

**O PROCESSO DE ESCOLHA DOS ENTES PERTENCENTES AO TERCEIRO
SETOR QUALIFICADOS A RECEBER O TÍTULO DE ORGANIZAÇÃO
SOCIAL ***

**THE PROCESS OF SELECTION OF ENTITIES BELONGING TO THIRD
SECTOR QUALIFIED TO RECEIVE THE TITLE OF SOCIAL ORGANIZATION**

Antônio Alexandre Pereira Júnior**

193

RESUMO: A Lei 9637/98 dispõe sobre a qualificação de entidades pertencentes ao Terceiro Setor a serem qualificadas como OS, portanto o art 2º da referida lei destaca os requisitos específicos necessários para tal qualificação. Tais requisitos são divididos em dois seguimentos: o primeiro de caráter objetivo, dispondo das condições previstas nas letras de “a” a “i” do inciso I, do referido artigo. O Segundo requisito, de caráter subjetivo, consiste na aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. No que diz respeito ao segundo requisito, por ser uma decisão discricionária, baseada apenas na oportunidade e na conveniência, faltou à norma apresentar um mecanismo eficiente de escolha, que respeitasse os princípios da administração pública previstos no caput do art 37, da Constituição Federal.

Palavras chave: Terceiro Setor, Organização Social.

ABSTRACT: Law 9637/98 provides for the qualification of entities belonging to the Third Sector to be qualified as OS , so the article 2 of the Act outlines the specific requirements for this qualification. These requirements are divided into two segments: the first objective character , providing the conditions specified in letters "a" to "i " of item I, of that article. The second requirement of subjective character, is to approve , on the convenience and opportunity of their qualification as a social organization , the Minister or supervisory body of the owner or controller of the area of activity corresponding to its corporate purpose. With regard to the second requirement, being a discretionary decision based solely on the opportunity and convenience to the standard display lacked

* Data de recebimento: 09.11.2015
Data de aprovação: 30.12.2015

** Professor de Direito penal e processo penal na faculdade de Atenas – Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. **E-mail:** alexandrejr@yahoo.com.br



an efficient mechanism of choice, to respect the principles of public administration provided for in the caput of article 37 of the Federal Constitution

Keywords: Third Sector, social organization.

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, quanto a sua natureza. De um lado ficava o Estado, representado pela Administração Pública; do outro, o Mercado, a iniciativa particular e os indivíduos. Mais tarde com a verificação da incapacidade do Estado de cuidar do bem estar social, em decorrência da crescente demanda dos direitos sociais, ocorreu a evolução do Estado, do intervencionista para o Estado mínimo. Neste novo modelo de Estado, diante de sua incapacidade real de cuidar de todos os interesses sociais, delegou-se para a própria sociedade a missão de cuidar do seu bem estar, dessa conjuntura ocorreu uma mudança na ordem sociopolítica, que passa a ter juntamente com setor público e o setor privado, um chamado terceiro setor, como pilar de sustentação da sociedade. Este novo pilar denominado de terceiro setor é formado por grupos constituídos da própria sociedade, que ao se organizarem adotam uma personalidade jurídica e passam a defender os interesses da coletividade. São exemplos de representantes do terceiro setor as fundações, as associações, as sociedades civis. Em alguns casos, tais entes por atuarem no campo do interesse coletivo, realizando tarefas antes realizadas pelo Estado, podem receber bens públicos, orçamento público e até servidores para melhor cumprir as suas tarefas. Todavia para que isso ocorra é necessária uma chancela do poder público, que por intermédio de um procedimento administrativo, verifica a conveniência e a oportunidade para que isto aconteça. Tal procedimento foi criado pela Lei 9637/98, que criou as Organizações Sociais (OS), que não são novas espécies

de entes pertencentes ao terceiro setor, mas uma qualificação, que é dada, permitindo o recebimento das mencionadas prerrogativas.

Dentro deste contexto, este trabalho buscara explanar sobre a figura das Organizações Sociais, sobretudo a transparência do processo de escolha dos entes pertencentes ao terceiro Setor a serem qualificados como Organização social, por intermédio da adoção de princípios objetivados no caput do art 37, da Constituição Federal, apresentando uma hipótese de como deve ser este processo de escolha destes entes.

2. Desenvolvimento

2.1 Organização Social e a Lei 9637/98

As Organizações Sociais foram introduzidas no ordenamento brasileiro, por intermédio da Lei n. 9.637/98, sendo uma qualificação especial outorgada pelo governo federal a entidades da iniciativa privada, sem fins lucrativos, cuja outorga autoriza a fruição de vantagens peculiares, como isenção fiscal, destinação de recursos orçamentários, repasse de bens públicos, bem como empréstimo temporário de servidores governamentais. As áreas de atuação das organizações sociais são ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Desempenham, portanto, atividades de interesse público, mas que não se caracterizam como serviços públicos *stricto sensu*, razão pela qual é incorreto afirmar que as organizações sociais são concessionárias ou permissionárias. A professora Maria Sylvia Zanella DI Pietro¹ conceitua Organização social como sendo:

“pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade de desempenhar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão”.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. pag 486.



Como preceitua o capítulo II, da Lei 9637/98, sua criação foi pensada com o intuito de substituir entes públicos, ou seja, é a iniciativa privada, exercendo atividades que, antes da Emenda 19/98, eram desempenhadas por entidades públicas. Por isso, seu surgimento no Direito Brasileiro está relacionado com um processo de privatização *lato sensu* realizado por meio da abertura de atividades públicas à iniciativa privada. Tal plano ficou conhecido como Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, tendo sido lançado em novembro de 1995, por meio da Medida Provisória nº 1.591, de setembro de 1997². O referido programa autorizava o Poder Executivo a, por meio da qualificação de entidades privadas como "organizações sociais", transferir-lhes a gestão de bens e serviços públicos a cargos de entidades autárquicas e fundacionais, logo a intenção do governo era enxugar a máquina pública, devido ao seu auto custo e a incapacidade do Estado de atuar em demandas cada vez maiores, que no seu entender poderiam ser realizadas pela própria sociedade.

Para a mencionada professora³ podem ser apontadas como características das Organizações sociais os seguintes aspectos:

- a) é definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é declarada, pela Lei nº 9.637/98, como "entidade de interesse social e utilidade pública;
- c) ela pode atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- d) seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade;
- e) as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são definidas por meio de contrato de gestão, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidos, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade;

²² Idem. Pag 486 a 488

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. pag 487



- f) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada; o controle que sobre ela se exerce é de resultado;
- g) o fomento pelo Poder Público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social;
- h) As entidades poderão ser desqualificadas como organização social quando descumprir normas do contrato de gestão.

A Lei 9637/98 apresenta duas formas de atuação das Organizações Sociais, em conjunto com o Estado. A primeira é quando ela exerce atividade de natureza privada, com o incentivo do Poder Público⁴. Isso só foi possível, devido à própria lei que privilegiou tais entes ao alterar o inciso XXIV, do art 24, da lei 8666/93, aqui transcrito *in verbis*⁵:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

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

Com a dispensa autorizada por lei foi possível à realização de parcerias sem a necessidade da realização de processo licitatório. O segundo caso, voltado apenas para a área da saúde⁶, ocorreria quando a Organização social realizasse serviço público delegado pelo Estado, assim esta absorveria a atividades da entidade federal extinta, juntamente com o recebimento de suas instalações (bens móveis e imóveis), orçamento público e até mesmo servidores públicos, ou seja, o ente pertencente ao terceiro setor substituirá um ente público. Daí decorre a importância de uma melhor normatização de como

⁴ *Idem*

⁵ Lei 8666/93. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

⁶ Brasil, Lei 9637/98: “A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no [art. 198 da Constituição Federal](#) e no [art. 7o da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990](#). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm.



REPATS

esses entes pertencentes ao terceiro setor serão escolhidos, uma vez que qualificados como Organização Social receberão inúmeros benefícios para realizar serviço de utilidade pública, antes realizado pelo próprio Estado.

2.2 Qualificação como Organização Social dos Entes Pertencentes ao Terceiro Setor

A Lei 9637/98 dispõe sobre a qualificação de entidades pertencentes ao Terceiro Setor a serem qualificadas como organizações sociais, assim o art 2º da referida lei destaca os requisitos específicos necessários para tal qualificação. Tais requisitos podem ser divididos em dois seguimentos: o primeiro de caráter objetivo referente à comprovação do ato de registro constitutivo do ente, dispondo das condições previstas nas letras de “a” a “i” do inciso I, do referido artigo, conforme transcrito in verbis⁷:

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

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

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

⁷ Idem



no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

Como podem ser observados tais critérios são vinculados e objetivos de fácil constatação. Por fim, ainda há uma exigência de caráter subjetivo, que consiste na aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado⁸. A função dos direitos fundamentais sociais na Constituição

No que diz respeito a este requisito, a lei não esclarece como deve ser o procedimento de escolha de tais entes, apenas ressalta que a escolha deve ser feita pela autoridade competente, com base nos critérios de conveniência e de oportunidade. Neste ponto, faltou à norma apresentar um mecanismo eficiente de escolha, tendo deixado ao critério subjetivo, vinculados diretamente ao bom senso da autoridade competente a razão da escolha. Para diminuir tal discricionariedade, que além de ser incompatível com o grau de importância da decisão, não permite o controle da mesma, por parte de outras autoridades, a doutrina e a jurisprudência vêm apresentando maneiras de realizar tal controle, com o intuito de tornar o processo mais objetivo e consequentemente mais transparente, permitindo assim, um maior controle, por parte do próprio Estado e da sociedade⁹. A questão torna-se relevante em dois aspectos: o primeiro, é quando uma vez presentes todas as exigências objetivas do inciso I, do art 2º, da mencionada lei, o que poderia motivar a não qualificação do ente? E o segundo, estaria afeto ao fato de que existindo mais de um ente pertencente ao terceiro setor em condições de ser qualificado, qual seria o critério adotado para a escolha, uma vez que o Estado, neste caso, não

⁸ Brasil, Lei 9637/98. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm

⁹ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 8.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013. pag 632 à 638.



poderia deixar de zelar pelo interesse público, e ao mesmo tempo não poderia perder de vistas o princípio da isonomia?

Esse excesso de discricionariedade da autoridade competente, no que diz respeito à escolha dos entes privados do Terceiro Setor a serem qualificados como ente público, foi consolidado no inciso XXIV, do art 24 da lei 8666/93, inserido pela lei 9648/98¹⁰, quando tal inciso dispensou o processo licitatório neste tipo de contratação. Todavia, setores da sociedade entenderam pela inconstitucionalidade da mencionada lei, uma vez que esta contrariava diretamente a Constituição Federal de 1988, ao deixar ao livre arbítrio da autoridade competente a escolha dos entes privados, pertencentes ao Terceiro Setor a serem qualificados, sem respeitar os princípios da administração pública previstos no caput do art 37, da Constituição Federal de 1988. Por esse e por outros motivos, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista impetraram a Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1923, evocando que a lei contrariava o Estado Democrático de Direito, mais especificamente o art 1º da Constituição Federal de 1988, ao permitir a escolha do ente a ser qualificado sem nenhum critério objetivo de escolha.

2.3 Julgamento da ADIN nº 1923/DF pelo plenário do STF

O julgamento da ADI 1923/DF, iniciou pelas afirmações do Excelentíssimo senhor Ministro Aires Brito¹¹, em seu voto, que foi uma verdadeira aula sobre o terceiro setor e sobre Organizações Sociais. Ao tratar de diversos assuntos o eminente ministro destacou que os setores da educação, saúde, ciências e tecnologia, cultura, desporto, lazer e meio ambiente, são deveres do Estado e da sociedade, logo são de livre iniciativa privada, não necessitando de delegação do poder público para a sua realização, ou seja, não se trata de permissão ou concessão, logo não tem o

¹⁰Inciso XXIV, do art 24, da Lei 8666/93 “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

¹¹ Voto do Ministro Ayres Britto, na ADIN nº 1923/DF, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf



seu fundamento no caput do art 175, da Constituição Federal de 1988. Portanto não se trata de uma atuação direta do Estado, mas de uma atuação indireta, onde o mesmo induz a ação do privado, por intermédio de incentivos e estímulos à ação voluntária, podendo ser enquadrada como uma atividade de fomento, que no caso das Organizações Sociais, ocorre pela cessão de recursos, bens e pessoal da administração pública¹².

Em síntese o que a administração pública fez foi afastar a atuação direta do Estado, passando a atuar indiretamente, por meio da atividade de fomento, com o intuito de diminuir a máquina pública, e ao mesmo tempo, permitir a consecução de objetivos e metas com maior agilidade e eficiência, pois tais entes por pertencerem ao setor privado, não possuem os entraves da burocracia da máquina pública, ou seja, temos o Estado e a sociedade agindo em convergência de interesses. Em decorrência disto, não há o que se falar na figura do contrato administrativo, como acordo de vontades entre as partes, pois além de não existir contraposição de interesses não há a busca pelo lucro, o que aproxima esse acordo de vontades do gênero convênio. Assim dispensando a obrigação de licitar (inciso XXI, do art 37, da CF). Por conseguinte a assinatura do contrato de gestão é o ato administrativo, que no momento que qualifica o ente pertencente ao terceiro setor como Organização Social, também impõe as metas e objetivos a serem alcançados, isto é, o contrato de gestão configura uma hipótese de convênio, como ressalta o Ministro Ayres Brito ao destacar que¹³:

“por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF”.

¹² Idem

¹³ Voto do Ministro Ayres Britto, na ADIN nº 1923/DF, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf.



Por fim, o Ministro Ayres Brito enfatizou que em decorrência da escassez de recursos públicos, bens e servidores, o Estado não tem como qualificar todos os entes pertencentes ao terceiro setor que desejarem se qualificar como Organização Social, portanto para escolher o ente a ser qualificado deve seguir um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), conforme conclui o seu voto:

“Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, 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”. (grifo nosso)

Dessa forma o ministro enquadrou os procedimentos da lei em comento, dentro dos fundamentos do direito constitucional e do direito administrativo vigente.

Por sua vez o Ministro Luiz Fux¹⁴, seguindo a mesma linha de raciocínio do Ministro Ayres Brito, quanto ao procedimento de qualificação, assim externou o seu voto:

¹⁴ Voto do Ministro Luiz Fux na ADI 1923/DF, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf



“(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”.

Após o referido voto, Excelentíssimo ministro Marco Aurélio¹⁵, pediu vistas do processo, adiando o julgamento até o presente ano, quando o mesmo prolatou seu voto nos seguintes termos:

“(i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11 a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma”. (grifo nosso)

Quanto ao assunto em discussão o eminente ministro entendeu inconstitucional a aprovação discricionária, com base na conveniência e oportunidade, por parte da autoridade administrativa competente.

Todavia em 16/04/2015, o tema foi finalmente julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo sido a decisão proferida nos seguintes termos¹⁶:

“O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos

¹⁵ Voto do Ministro Luiz Fux na ADI 1923/DF, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

¹⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>



termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015”.

Ficou claro na mencionada decisão, que para o Supremo Tribunal Federal a escolha pela autoridade competente do ente pertencente ao terceiro setor a ser qualificado como OS, embora seja uma deliberação discricionária, não pode ser uma deliberação arbitrária. Isto é, ela deve ser pautada em critérios mais objetivos, respeitando os princípios constitucionais da administração pública previstos apenas no *caput* do art 37 (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência), e ainda os conceitos abstratos do art 20, da lei 9637/98¹⁷.

2.4 Um caminho possível a ser seguido, na escolha dos entes a serem qualificados como OS, nos termos da decisão plenário da ADI 1923/DF

Na decisão tomada pelo plenário do STF ficou evidente que a escolha pela autoridade competente do ente pertencente ao terceiro setor a receber o título de OS, embora seja um ato discricionário, não pode ser um ato arbitrário, devendo ser pautado em critérios objetivos, respeitando-se os princípios do *caput* do art 37, da Constituição Federal, aqui transcrito *in verbis*¹⁸:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (grifo nosso)

¹⁷ Voto do Ministro Luiz Fux na ADI 1923/DF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

¹⁸ Brasil, Constituição Federal de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm



No entanto, em nenhum momento o tribunal em questão fez menção a cumprir o art. 37, da CF, na íntegra, pois se assim fosse teríamos uma nova administração pública, com sua burocracia e emperramentos, e esse não é o interesse da norma, e sim utilizar a agilidade do setor privado em prol da sociedade.

Nos termos da decisão da ADI nº 1923/DF, fica a cargo da autoridade competente do Ministério a que estiver ligada atividade, a deliberação de qualificar ou não o ente pertencente ao terceiro setor, que se candidatar, ou a escolha de um ou alguns, quando existirem interessados e não for possível a qualificação de todos. Nos dois casos a referida autoridade deve definir previamente critérios objetivos, como parâmetros de julgamento, com o intuito de comprovar no primeiro caso a conveniência e a oportunidade, dessa forma motivando a decisão tomada, o que permitiria o controle por parte do Estado e da própria sociedade. Tais critérios poderão ter por base as diretrizes contidas no art 20, da Lei 9637/98, aqui transcrita in verbis:

“Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

III - controle social das ações de forma transparente”.

Além das diretrizes, que possuem um caráter abstrato é possível que a administração estabeleça outros critérios, todavia estes devem ser previamente definidos e também devem ser de conhecimento dos interessados. Isto é, para cumprir as exigências da lei 9637/98, que deve ser interpretada conforme a constituição, devido ao princípio do devido processo legal é notória a obrigatoriedade de um procedimento administrativo formal, onde seguindo os princípios da administração pública, do caput do art 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), seja garantido uma decisão da autoridade competente realmente voltada ao interesse público, e não voltada



para interesses particulares. Se assim não fosse a própria lei seria sem sentido, uma vez que exige expressamente, no caso de desqualificação processo administrativo formal, conforme pode ser observado, no parágrafo 1º do art 16¹⁹,

“art 16: [...]

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão”.

A Constituição Federal, no caput do artigo 37, positivou os princípios da administração pública, fornecendo eles a força de norma, da mesma forma a lei 9784/99, regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, apresentado regras e princípios gerais a serem seguidos, porém não existe no ordenamento jurídico um procedimento administrativo definido para o caso em questão.

2.5 Processo de Credenciamento

No direito administrativo moderno, um procedimento cada vez mais usado é o processo de credenciamento, que nos ensinamentos de Dallari²⁰

“Credenciamento ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé”.

A Constituição de 1988, no seu artigo 196 estabelece que a saúde é direito de todos e uma obrigação do estado. A Lei 8.112/90 no seu artigo 230,

¹⁹Brasil, Lei 9637/98. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm

²⁰ DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março, 2006.



estabelece ainda, como será a assistência à saúde dos servidores públicos federais²¹

“A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento.”

A base do processo de credenciamento é a falta de competição entre os futuros credenciados, uma vez que cumprido as exigências de habilitação impostas pela administração, e aceita as condições de prestação dos serviços, pelos entes a serem credenciados, dentre elas o preço pelo serviço prestado, todos poderão ser credenciados. Neste processo é o edital de chamamento público que torna público as condições estabelecidas, convocando todos os interessados. Segundo o entendimento de Sundelf²²:

“Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra -inviabilizando a competição - uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do credenciamento, que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos”.

O chamamento público é o primeiro ato externo, que ao mesmo tempo garante a publicidade do processo, defini os critérios de habilitação, os valores a serem pagos pela administração e como os serviços devem ser prestados, da mesma forma vincula as partes, de um lado a administração pública, do outro o interessado a se qualificar. A possibilidade de utilização do processo de credenciamento como modelo de um processo de qualificação, poderá ser usada, quando não houver restrição da quantidade para

²¹ BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de novembro de 1990. Brasília-DF, 11 de junho de 1990

²² SUNDELF, Carlos Ari., Credenciamento: uma solução para vários problemas. Fórum de Contratação e Gestão Pública- FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, mar. 2009.



qualificados, tal possibilidade foi evidenciada pelo Tribunal de Contas da União, na decisão 695/1995 de 06 de dezembro de 1995²³, definiu os princípios norteadores do credenciamento:

“Legalidade - a conveniência social no caso da assistência médica é latente, uma vez que com o credenciamento todos serão amplamente beneficiados e a legalidade encontra respaldo no art. 25 da Lei nº 8.666/93;

Impessoalidade - o credenciamento obedece este princípio, pois a finalidade da Administração é prestar a melhor assistência médica, com o menor custo possível e dentro dos limites orçamentários; é o que se pretende fazer, atingindo todas as entidades prestadoras de serviço que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos;

Igualdade - no credenciamento o princípio da igualdade estará muito mais patente do que na licitação formal. Poderá ser credenciada da pequena clínica, ou um consultório de apenas um médico, ao hospital de grande porte, com direito de participação de todos, sendo a sua utilização em pequena ou grande escala vinculada à qualidade e à confiança dos beneficiários que, conforme a aceitação destes, permanecerão ou serão descredenciados;

Publicidade - antes de se concretizar o credenciamento, deverá ser dada ampla divulgação, com aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, podendo, inclusive, a Administração enviar correspondência aos possíveis prestadores de serviço;

Probidade Administrativa - o credenciamento, da maneira que será executado, obedece rigorosamente aos postulados do princípio da probidade administrativa, uma vez que, embora tal procedimento não esteja expressamente previsto na Lei de Licitação, nenhum comprometimento ético ou moral poderá ser apontado, já que foram observados os demais princípios elencados para o certame;

Vinculação ao Instrumento Convocatório : é um princípio bastante fácil de ser seguido no esquema do credenciamento, pois os parâmetros serão definidos em atos da administração, que, mediante divulgação para conhecimento dos interessados, permitirá que sejam selecionados apenas aqueles que concordarem e se adequarem a seus termos;

Julgamento Objetivo - no credenciamento, o princípio do do julgamento objetivo será muito mais democrático do que no da licitação formal, pois, nesta, o julgamento é de uma Comissão, que escolherá um número reduzido de prestadores de serviço, que depois terão que ser aceitos pelos usuários. No caso do credenciamento, as entidades prestarão serviços aos beneficiários da assistência médica, de acordo com a escolha de cada participante, em razão do grande número de opções, portanto não basta ser credenciado para prestar serviço, tem que contar com a confiança da clientela. Estabelecer as hipóteses de descredenciamento, de forma que credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento, sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados;

²³ Decisão 695/95 do tribunal de Contas da União, Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Index.faces>.



Permitir o credenciamento a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas;
Prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo. (BRASIL, 1995)".

Nesses casos, onde não existe competição o modelo do processo de credenciamento realizado por intermédio de um chamamento público, é o que mais se aproxima das exigências constitucionais. Todavia quando existe competição, isto é, o número de interessados é maior do que o número dos que podem ser qualificados, a constituição exige critérios definidos de como será esta escolha, por parte da autoridade competente.

2.6 Decisão da Autoridade Competente, Nos Termos do Inciso II, do art 2º, da Lei 9637/98

A norma não é capaz de prevê e definir todas as condutas que um agente administrativo deve realizar para atingir o interesse público, daí a necessidade do poder discricionário, que é previsto pela própria lei, ao dar ao mesmo a competência de decidir. Para Mazza²⁴ *“o poder discricionário é uma prerrogativa de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos, com o intuito tomar decisões objetivando o interesse público, tomando por base o caso concreto”*. Embora seja uma prerrogativa, o poder discricionário não pode ser confundido com um privilégio, uma vez que este foge da impessoalidade, enquanto aquele possui regras claras de aplicação, pautadas em critérios previamente definidos, que no caso em questão, a lei em comento define como parâmetros a conveniência e de oportunidade. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho²⁵, *“é na valoração desses parâmetros que se encontra a discricionariedade”*. Para o mesmo autor²⁶, a conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder

²⁴ Mazza, Alexandre. Manual de direito administrativo.. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pag 253 e 254.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25.ed. rev ampl.São Paulo:atlas, 2012. Pag 49.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25.ed. rev ampl.São Paulo:atlas, 2012. Pag 49 a 51.



discrecionário. A primeira indica em que condições o agente deve se conduzir, a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Ambas devem demonstrar que a conduta escolhida pelo agente é adequada a finalidade que a lei expressa.

Além de aplicar o poder discrecionário na escolha do ente a ser qualificado como Organização Social, baseado na conveniência e na oportunidade, é essencial que sejam estabelecidos parâmetros de valoração, que estejam previamente bem definidos no edital de chamamento público, devendo ser de conhecimento de todos, assim a decisão do agente público poderá ser controlada pelo o Estado e pela sociedade civil. Tal escolha deve ser motivada, devendo ter em seu bojo os elementos de fato e de direito, que justifiquem a decisão tomada. Isto é, quando um agente público escolhe um ente do terceiro setor a ser qualificado como OS, deve justificar a sua escolha, e esta além de estar pautada na conveniência e na oportunidade, deve demonstrar que a escolhida é a mais capacitada a cumprir os objetivos e metas do contrato de gestão, que será firmado com a administração pública.

3. Conclusão

A lei 9637/98 dispõe em seu art 1º “que o poder executivo poderá qualificar como Organização Social, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino à pesquisa, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura, à saúde, atendidos os requisitos previstos em lei”. Na mesma lei em seu artigo 2º, consta que para ocorrer à qualificação dos entes do Terceiro Setor, são necessários dois requisitos, o primeiro de dimensão objetiva, referente à constatação de algumas exigências no estatuto de criação do ente que pretende receber tal qualificação. Neste ponto a norma traça com nitidez quais são os pontos a serem atingidos pelo ente que pretende ser qualificado. Já quanto ao segundo requisito, que é a aprovação pela autoridade competente, com base apenas nos critérios subjetivos de oportunidade e conveniência, a lei é bastante vaga, deixando um alto grau de



discricionariedade governamental²⁷ para a autoridade encarregada de decidir. Neste aspecto não existe qualquer critério objetivo para balizar a aprovação. Da mesma forma a lei não apresenta nenhum critério objetivo para balizar a escolha, no caso de existir mais de uma organização interessada na mencionada qualificação, o que denota que tal decisão não é transparente, nem está de acordo com a Constituição Federal de 1988. Por isso, e por outros motivos a lei mencionada foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, tendo sido esta julgada parcialmente procedente, todavia a mesma deve ser interpretada conforme a Constituição Federal. Mais especificamente, quanto o assunto em comento o STF enfatizou que a escolha não pode ser uma deliberação arbitrária, ou seja, ela deve ser pautada em critérios mais objetivos, respeitando os princípios constitucionais da administração pública previstos apenas no caput do art 37 (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência). Em resumo, nesta decisão o STF enfatizou que o contrato de gestão acaba não sendo um contrato administrativo, mas sim um convênio, não existindo a necessidade de processo licitatório para a sua celebração. Entretanto, o fato de ser uma espécie do gênero convênio, por si só, não afasta o dever de abertura de processo administrativo que demonstre objetivamente que o regime de parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade, frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado, quando titular da atividade em questão. Como é perceptível, o STF coaduna com o entendimento, que tanto na aprovação de apenas um ente a ser qualificado, quanto na escolha de um ente a ser qualificado, quando da existência de vários interessados, há a necessidade de procedimento administrativo, que norteiem a referida escolha e que a torne mais transparente para o controle do Estado e da própria sociedade civil.

4. Referências

²⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, ssociações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos , contábeis, trabalhistas e tributários**. 8.ed. Rio de janeiro, Forense, 2013. pag 632 a 638.



BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade, por uma teoria geral política**; Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: ed. Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL, **Lei 8112, de 1/11/1990.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 8666, de 21/06/1993.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL, **Lei nº 9637, de 15/05/1998.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25.ed. rev ampl.São Paulo:atlas, 2012.

Cenci,Ana Righi e outros. **Do Liberalismo ao Intervencionismo: o Estado como protagonista da (Des) Regulamentação Econômica.** Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista5/cenci.pdf>.

DALLARI, Adilson Abreu. **Credenciamento. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março, 2006.

DIAS, Maria Thereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação.** Belo Horizonte:Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da ADI nº 1923/DF, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Notícias do andamento processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto>.

PAES, José Eduardo Sabo.Fundações, **Associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos , contábeis, trabalhistas e tributários.** 8.ed. Rio de janeiro, Forense, 2013.



PAES, José Eduardo Sabo. **Sociedade Civil, Estado E O Terceiro Setor: Ordem Sociopolítica E Campos De Atuação**, Disponível em: WWW.UCB.br/Sites/000/docePDF/2013.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Temas de Direto Administrativo: Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo. 2012

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma reinvenção Solidária e Participativa do Estado, citado no Livro Sociedade em Transformação**. 3. ed. São Paulo, UNESP

SOUZA, Leonardo Marins de. **Tributação do Terceiro Setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

SUNDELF, Carlos Ari, **Credenciamento: uma solução para vários problemas. Fórum de Contratação e Gestão Pública**- FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, mar. 2009.

Voto do Ministro Ayres Britto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf

Voto do Ministro Luiz Fux , na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923/DF, Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf