



Jolivê Alves da Rocha Filho

**PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: CONVERGÊNCIA ENTRE
DIREITO PÚBLICO E PRIVADO**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob orientação do
Professor Rodolfo da
Costa Arruda Silva.**

SÃO PAULO

2020

Resumo: A presente pesquisa investigou parcerias com Organizações Sociais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade – em especial, buscou compreender quais as limitações impostas pela CRFB a essas parcerias e a temas correlatos. Ao aplicar os recortes de pesquisa aos julgados do Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que a ADI 1923 – em sede cautelar e em sentença definitiva de mérito – deveria constituir o objeto da pesquisa. Foram identificadas limitações a diversas atuações – de agentes públicos, de gestores de Organizações Sociais, de controladores e de legisladores –, mas percebeu-se que essas imposições constitucionais não obstam as parcerias com Organizações Sociais. Ainda, notou-se que a argumentação dos ministros favoreceu a discricionariedade administrativa e valorizou o agente público. Por fim, foi proposta visão de parcerias com Organizações Sociais que possibilite a prestação de serviços públicos de forma inovadora, criativa e em constante melhora, por meio de alto grau de cooperação institucional, notadamente entre a Administração Pública e os órgãos de controle.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Administração Pública; Organizações Sociais; contratos de gestão; serviços públicos.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais – Stella e Jolivê – e ao meu irmão – Marco Aurélio – pelo amor, carinho e infinito apoio ao longo de tantos anos e de tantas vivências diferentes. Especialmente nesse momento, agradeço por sempre me permitirem sonhar e me instigarem a transformar meus sonhos em metas.

Também agradeço imensamente à toda minha família, por todo apoio e por toda inspiração. É um prazer poder conviver com pessoas tão atenciosas e carinhosas.

Agradeço também a meus queridos amigos. Aos amigos de Uberlândia, que me acompanham a longo tempo e que, mesmo apesar da distância, nos sentimos próximos de tanto carinho que temos. Aos amigos de São Paulo, que tão bem me receberam em uma cidade completamente diferente e, em pouco tempo, criamos amizade extremamente forte e sincera.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Rodolfo da Costa Arruda Silva, sempre muito disponível e presente. Seus comentários, assertivos e minuciosos, foram essenciais para essa pesquisa. Além disso, trouxe novas perspectivas e apuro metodológico para a pesquisa. Muito obrigado pela orientação, com acompanhamento tão próximo e com tanto diálogo.

Também agradeço muito à equipe da Escola de Formação. Em especial, à Mariana Vilella, à Ana Luiza Arruda e ao Yasser Gabriel, que estiveram na linha de frente e que, mesmo em tempos difíceis e diferentes, fizeram a experiência da Escola de Formação ser maravilhosa. O profissionalismo e a competência de vocês me inspiram extremamente.

Por fim, agradecimento *in memoriam* ao meu avô, Luciano. Sua curiosidade e seu verdadeiro espírito de pesquisador fizeram toda a diferença em minha formação, e me instigam a continuar pesquisando e seguindo aprendendo.

SUMÁRIO

1. Introdução	5
2. Metodologia	10
3. A prestação de serviços públicos por OS	12
3.1. O novo modelo de Administração Pública é constitucional?	14
3.2. Evolução do conceito de serviços públicos	18
3.3. A constitucionalidade da atuação indireta do Estado	24
3.4. Variação da prestação conforme a atividade	31
4. A natureza jurídica das Organizações Sociais	35
4.1. OS como ente da Administração Indireta.....	35
4.2. A OS como ente particular colaborador do Poder Público	38
5. O controle em parcerias com OS	40
5.1. Os métodos de controle de parcerias com OS	42
5.2. Os parâmetros de controle de parcerias com OS	49
5.3. Como deve ocorrer o controle de contratos de gestão?	55
6. Contratações no âmbito de parcerias com OS	58
6.1. O contrato de gestão como convênio	59
6.2. A constitucionalidade da dispensa de licitação	62
6.1.1. A qualificação deve ser precedida de licitação?	63
6.1.2. O contrato de gestão deve ser precedido de licitação?.....	67
6.1.3. A OS possui o dever de licitar?	72
7. Qual a relação entre estrita legalidade e princípios?.....	78
8. Conclusão	81
9. Referências bibliográficas	88

1. Introdução

O Governo de Fernando Henrique Cardoso buscou ressignificar o papel da Administração Pública brasileira. O principal objetivo era substituir a “Administração Pública Burocrática” – de padrões hierárquicos rígidos e controlada a partir dos processos decisórios –, criando o modelo de “Administração Pública Gerencial”, calcada em eficiência e no controle por resultados.

A prestação de serviços públicos teve destaque, especialmente em relação aos serviços públicos “não exclusivos”¹. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado apresentou a intenção de:

Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.²

Para realizar essa transferência, foi editada a Lei 9.637 (“Lei das OS”), que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais. O primeiro passo dessas colaborações é a qualificação de uma entidade privada sem fins lucrativos como OS, nos termos do art. 1º da Lei³, se atendidos os requisitos necessários.

Posteriormente, celebra-se contrato de gestão entre Administração Pública e OS, elaborado a partir da consensualidade. Nesse pacto, o Poder Público possui atribuições – no geral, disponibilização de patrimônio público⁴, com repasse de recursos públicos –, ao passo que a OS deve observância a resultados, com critérios objetivos de produtividade e metas estabelecidas no

¹ Essa distinção é abordada no capítulo 3.2.

² BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995, pp. 46 – 47. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 16 nov. 2020.

³ “Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.”

⁴ Cf. “Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.”

contrato⁵. Assim, a prestação de serviços públicos desloca-se da esfera estatal para ocorrer no âmbito da OS, por meio de contrato de gestão.

As OS são conhecidas como entidades do Terceiro Setor, uma vez que não estão ligadas ao Setor Público, segundo os elaboradores da Lei das OS. Também não estão ligados ao “Mercado”, por não possuírem finalidade lucrativa. Nas palavras de Luiz Carlos Bresser-Pereira, formam um “espaço público não-estatal”⁶. Portanto, não estão completamente submetidas ao regime jurídico de direito privado – pois são “públicas” –, mas também não se vinculam totalmente às normas que regem o Estado, visto que são “não estatais”. Há composição entre dois regimes jurídicos que, a princípio, são distintos.

Além desse ponto, a Lei das OS inova em diversos outros temas. Dentre as principais mudanças, tem-se o papel principal da Administração Pública, que se torna “gerencial” – baseada em definição de objetivos, flexibilidade, autonomia do administrador, cobrança de resultados, descentralização e redução de níveis hierárquicos. É uma aproximação, pelo Poder Público, do modelo utilizado em empresas privadas⁷.

Outro ponto de transformação é a prestação de serviços públicos. Usualmente, a Administração Pública disponibiliza utilidades diretamente aos usuários ou por delegação ao setor privado mediante contratos de concessão ou permissão. Entretanto, pela Lei das OS, o Poder Público repassa recursos a OS para que elas realizem a prestação de serviços públicos⁸. O Programa Nacional de Publicização, previsto na Lei das OS⁹, prevê a extinção de

⁵ Cf. “Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

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

⁶ Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. *Entre o Estado e o Mercado: o Público Não Estatal*. In: Luiz Carlos Bresser Pereira; Nurial Cunill Grau. (Org.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. 1ed., Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 17.

⁷ Cf. BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995, p. 16. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 09 nov. 2020.

⁸ A distinção entre esses modelos de atuação será melhor abordada ao longo da pesquisa.

⁹ “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

entidades públicas para posterior absorção de suas atividades por OS, propondo a prestação de serviços públicos sob lógica diferente da tradicional.

Essas duas mudanças apresentadas possuem proximidade com disposições constitucionais que moldam a atuação da Administração Pública. Nesse sentido, pode-se verificar a compatibilidade entre essas alterações no papel da atuação administrativa e a Constituição da República ("CRFB").

Do mesmo modo, temas clássicos de direito administrativo são colocados em debate pela Lei das OS. Como exemplo, há o controle, que – segundo a lei – muda parte de seu eixo de análise, considerando as disposições legais com ênfase nos resultados¹⁰. Como o controle é afirmado por disposições constitucionais, há pendências quanto à constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei das OS nesse tema.

A licitação também é tema a ser debatido. A Lei 9.648 alterou a Lei 8.666 ("Lei de Licitações")¹¹ para dispensar licitação prévia à celebração do contrato de gestão, de modo que é possível discutir possíveis limitações ao dever constitucional de licitar, além de sua lógica e de seu fundamento.

Considerando essas diversas matérias – além de outras – o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista formularam Ação Direta de Inconstitucionalidade ("ADI") em desfavor da Lei das OS e da alteração da Lei de Licitações promovida pela Lei 9.648/98.

Essa ADI recebeu o número 1.923 para sua tramitação. Como houve pedido de medida cautelar, dividiu-se em dois julgamentos – o primeiro, em sede cautelar, e o segundo, definitivo de mérito. Ambos os julgamentos se alongaram no tempo: o julgamento da medida cautelar iniciou-se em 1999 e encerrou-se em 2007, ao passo que o julgamento definitivo de mérito teve

órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1o, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: [...]"

¹⁰ Em exemplo, nota-se os inc. do art. 20 da Lei das OS:

"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".

¹¹ Acrescentou à Lei de Licitações o inc. XXIV, em seu art. 24:

"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."

início em 2011 e encerramento em 2015. Por conseguinte, fornecem panoramas evolutivos em termos temporais.

A ADI 1.923 permite compreender o posicionamento do STF em relação a parcerias com OS, mas também em temas mais amplos – como o conceito de serviços públicos. O posicionamento do STF nessa ADI trata de diversos tópicos transversais ao direito administrativo e à CRFB, permitindo compreender interpretações acerca de normas constitucionais e o arranjo jurídico adotado para a Administração Pública, para além de parcerias com OS.

Observando esse panorama, a presente pesquisa investigou como o STF, na ADI 1923, decidiu quanto às limitações impostas pela CRFB à atuação de organizações sociais e aos contratos de gestão.

A importância em responder a essa pergunta reside nos variados custos decorrentes do desconhecimento de quais são as limitações impostas pela CRFB à atuação das organizações sociais e à celebração de contratos de gestão. Esses custos abrangem diversos atores envolvidos em parcerias com OS, tais como a Administração Pública, os órgãos de controle, o Poder Legislativo, além de proporcionar outras percepções para essas colaborações e para a segurança jurídica envolvida no tema.

O desconhecimento dos limites impostos pela CRFB a parcerias com OS impede que os agentes públicos utilizem o parâmetro interpretativo adequado para aplicar a Lei das OS, de forma que conhecer a discussão constitucional do tema pode auxiliar na efetividade de parcerias com OS. Além disso, os demais temas abordados são correntes no cotidiano dos agentes públicos, de forma que as balizas interpretativas do STF podem ajudar a melhorar o processo de tomada de decisão por gestores públicos. Ainda, o conhecimento desses limites é necessário para que os administradores públicos entendam seus próprios limites e suas possibilidades de atuação criativa.

A ADI 1.923 também deve ser estudada pelos agentes de controle – independentemente do tipo de controle que exercem. As discussões promovidas demonstram o posicionamento do STF em relação a temas administrativos, que são passíveis de revisão por controladores – como licitações. Dessa forma, os órgãos de controle devem compreender os argumentos do STF,

para as aplicarem, se verificadas as mesmas condições. Portanto, os órgãos de controle não podem desconhecer os limites impostos pela CRFB à atuação administrativa, sob pena de criarem insegurança jurídica ou de trazerem inefetividade a uma parcela do texto constitucional.

De igual modo, compreender os limites impostos pela CRFB a parcerias com OS é importante sob a perspectiva legislativa, visto que a ADI 1.923 trata de interpretações da CRFB sobre temas específicos que devem ser objeto de atenção do legislador infraconstitucional. Essas limitações impostas pela CRFB também são limites à atuação legislativa, que, se descumpridos, darão causa a inconstitucionalidades.

Ao mesmo tempo, atuações criativas do legislador – incluindo novas parcerias com o Terceiro Setor – podem ser pensadas a partir dos debates presentes na ADI 1.923, considerando limites impostos pela CRFB e os entendimentos do STF acerca de questões legais da atividade administrativa, como a atribuição de discricionariedade, pela lei, ao administrador público.

A compreensão do contrato de gestão em sua perspectiva funcional depende do conhecimento das imposições da CRFB ao tema. As interpretações do STF auxiliam a pensar os limites do contrato de gestão e a possibilidade de arranjos criativos em parcerias com OS, além de ensejar contratos de gestão bem estruturados. Conhecer os métodos e parâmetros de controle, por exemplo, pode amparar contratos de gestão mais próximos da realidade do controle, de forma que sua execução encontre menos obstáculos práticos.

Outro ponto importante é a segurança jurídica. Os atores envolvidos em parcerias com OS não devem desconhecer os limites impostos pela CRFB a parcerias com OS, sob pena de ignorarem a estrutura jurídica que o STF percebe em contratos de gestão e em outros temas ligados ao direito administrativo. Nesse sentido, essas instituições podem modelar seu comportamento a partir da compreensão desses limites, criando expectativas com base na realidade.

2. Metodologia

Inicialmente, a presente pesquisa buscava responder “Como, na visão do Supremo Tribunal Federal, a CRFB apresenta limites a legislações infra-constitucionais e à atuação prática acerca de Organizações Sociais e contratos de gestão?” a partir da análise da ADI 1.923. No entanto, essa pergunta de pesquisa mostrou-se imprecisa. Primeiro, porque a pergunta era extremamente ampla, abrangendo temas distantes de parcerias com OS; segundo, porque não destacava o enfoque no processo decisório, com análise das razões de decidir; terceiro, porque poderiam existir ações que tratassem do tema que estivessem excluídas do objeto de pesquisa. Além disso, não havia justificativa metodológica plausível que justificasse a escolha de analisar única e exclusivamente a ADI 1.923.

Para corrigir esses problemas, optou-se por expandir a análise do objeto, pesquisando a jurisprudência do STF relativa a OS e a contratos de gestão. A fim de selecionar as decisões que fariam parte do universo de acórdãos da pesquisa, buscou-se na base de dados do STF utilizando os seguintes critérios: Base – Acórdãos; e Classe – ADI, ADPF e ADO¹². Em seguida, foram pesquisados os termos “organizações sociais”¹³, “organização social”¹⁴, “contratos de gestão”¹⁵ e “contrato de gestão”¹⁶.

A pesquisa adotou três recortes metodológicos: (i) processual, selecionando apenas ações de controle concentrado de constitucionalidade – ADI, ADO, ADPF e ADC – com decisão proferida pelo Plenário; (ii) temporal, selecionando somente decisões propostas e julgadas após a promulgação da CRFB; e (iii) temático, selecionando apenas as decisões que tratem de parcerias com OS.

Após análise preliminar dos acórdãos selecionados e aplicando os recortes metodológicos adotados, foram identificadas as decisões que comporiam

¹² Vez que são os instrumentos processuais para controle concentrado de constitucionalidade no STF.

¹³ Retornou os seguintes julgados: ADI 1923, ADI 1923 MC, ADI 2213 MC.

¹⁴ Retornou os seguintes julgados: ADI 1923, ADI 1923 MC, ADI 5450, ADI 1842.

¹⁵ Não retornou resultados, em termos de julgamento colegiado.

¹⁶ Retornou os seguintes julgados: ADI 1923, ADI 1923 MC, ADI 3994.

o universo de acórdãos das pesquisas e aqueles excluídos por não terem pertinência com o tema, conforme representado na tabela abaixo:

Ação encontrada	Pertinência temática
ADI 1923	Guarda relação com a presente pesquisa.
ADI 1923 MC	Guarda relação com a presente pesquisa.
ADI 2213 MC	Não guarda relação com a presente pesquisa - o termo "organizações sociais" não é utilizado no sentido ligado a parcerias com o terceiro setor).
ADI 5450	Não guarda relação com a presente pesquisa - trata-se de matéria ligada à autonomia das entidades desportivas).
ADI 1842	Não guarda relação com a presente pesquisa - trata-se de matéria ligada à titularidade do saneamento básico.
ADI 3994	Não guarda relação com a presente pesquisa - trata-se da criação da Empresa Brasil de Comunicação.

Além dessas ações, identificou-se a ADI 1943, em que se discutia a Lei das OS. Entretanto, essa ADI foi extinta sem resolução de mérito em decisão monocrática, uma vez que seu objeto era o mesmo da ADI 1923, que já

havia sido julgada. Havendo, portanto, perda superveniente do objeto, razão pela qual a ADI 1943 não constituiu objeto da presente pesquisa.

Apenas a ADI 1923 e a ADI 1923 MC atenderam aos três recortes adotados, de forma que apenas essa ADI – em sede cautelar e definitiva de mérito – constituiu o objeto de análise. Essa conclusão permitiu readequar a pergunta de pesquisa, que se tornou “Como o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1923, decidiu quanto às limitações impostas pela Constituição Federal de 1988 à atuação de organizações sociais e aos contratos de gestão?”.

Delineado o objeto, foi necessário estudar os votos proferidos pelos ministros em ambos os acórdãos. Para isso, buscou-se as razões utilizadas para decidir apresentadas nos votos, verificando sua relação com a CRFB e com a legislação infraconstitucional.

Após realizar a leitura preliminar dos votos, identificou-se quatro categorias de análise: (i) serviços públicos, (ii) natureza jurídica de OS, (iii) controle e (iv) licitações. Posteriormente, essas categorias deram origem aos capítulos específicos da presente pesquisa¹⁷. A despeito da divisão, objetivou-se realizar uma análise global, que não excluísse a intersecção entre os dados de diferentes esferas¹⁸.

3. A prestação de serviços públicos por OS

A CRFB positivou modelo de Estado baseado em ideais republicanos e democráticos. Elencou objetivos e valores fundamentais para o desenvolvimento e atuação do Estado brasileiro, adotando concepção de Estado calcada no pluralismo político, no respeito às liberdades individuais e na persecução de objetivos constitucionais descritos no art. 3º da CRFB. De igual modo, atribuiu a titularidade de diversas atividades ao Estado. Em exemplo, encontra-se a atuação legislativa e jurisdicional, bem como a atividade econômica desenvolvida pelo Estado, os serviços públicos, dentre outras.

O presente capítulo trata especificamente dos serviços públicos. De início, é preciso considerar que não há consenso doutrinário acerca do conceito

¹⁷ Em especial, aos capítulos 3, 4, 5 e 6.

¹⁸ Um exemplo é o capítulo 7, que não está relacionado a nenhuma categoria em específico.

de serviços públicos. Existem conceituações mais amplas, que abrangem toda atividade material prestada por qualquer ente estatal¹⁹, e conceitos mais restritos, que abarcam apenas as atividades prestacionais realizadas pela Administração Pública²⁰. Para os fins desta pesquisa, adota-se o conceito restritivo, visto que a Lei das OS trata apenas da Administração Pública, como revela a expressão "*Poder Executivo*" empregada no texto normativo²¹.

A Lei das OS apresenta novo modelo para a prestação de serviços públicos, substituindo a prestação direta por prestação indireta, na qual o Estado é agente indutor e fiscalizador. Além disso, adota concepção de prestação de serviços públicos a partir da consensualidade, uma vez que as parcerias com OS são realizadas por meio de contratos. Assim, a Administração Pública pode modificar o método de atuação em serviços públicos, com valorização da atuação indireta e da consensualidade²².

Na ADI 1.923, ambas as questões foram abordadas pelo STF. Em primeiro lugar, se há compatibilidade entre a Lei das OS e a Administração Pública definida constitucionalmente e, de outro lado, se é constitucional a prestação de serviços públicos por estímulos aos particulares, inclusive considerando peculiaridades de cada serviço presente na Lei das OS – saúde, educação, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e proteção ao meio ambiente.

Diante disso, há diversas questões que precisam ser respondidas, tais como: (i) a nova concepção de Administração Pública, pensada a partir da atuação indireta e da consensualidade, é constitucional?; (ii) qual foi o conceito de serviços públicos adotado?; (iii) quais as diferenças entre atuação direta e indireta? A atuação indireta é constitucional?; (iv) quais as variações da prestação conforme o serviço público a ser prestado?

¹⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 29a. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 139.

²⁰ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo*, 21a. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315.

²¹ "Art. 1o O *Poder Executivo* poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."

²² Ambos os temas serão tratados posteriormente.

3.1. O novo modelo de Administração Pública é constitucional?

O modelo de parcerias da Administração Pública com Organizações Sociais insere-se em contexto de Reforma do Estado, conforme demonstrado no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado²³. Buscava-se tornar a Administração Pública mais ágil e dinâmica, com eficiência na prestação de serviços públicos. O objetivo era construir uma “Administração Pública Gerencial”, valorizando resultados em detrimento de meios burocráticos e calçada em flexibilização e autonomia do administrador público²⁴.

Essa questão é essencial para estudar o posicionamento do STF na ADI 1.923, visto que as decisões e as argumentações possibilitam a compreensão de possíveis limites e fundamentos jurídicos de novas legislações sobre temas administrativos. Também demonstram o entendimento do STF sobre o modelo para prestação de serviços públicos imposto pela CRFB à Administração Pública Brasileira.

O Min. Eros Grau inicia o debate sobre a (in)compatibilidade da Administração Pública Gerencial com a CRFB. Adota a premissa de que “o Estado pode tudo quanto deva fazer”²⁵, e considera que o regime de parcerias da Administração Pública com OS não é compatível com esta premissa, por ser “indefinido e difuso”, contrariando a função administrativa.

Entretanto, o Min. Eros Grau não apresentou critérios ou razões para considerar as parcerias da Administração Públicas com OS como indefinidas ou difusas, de forma que não há profundidade conceitual clara nesse argumento.

De igual modo, o argumento apresentado pelo Min. Eros Grau não se sustenta. Isso porque, se bem utilizadas, as parcerias com OS são

²³ Cf. BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

²⁴ Cf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público (Brasília), Brasília, v. 47, n. 1, 1996, p. 7-40. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em 05 out. 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 146. Acesso em: 19 set. 2020.

compatíveis com o “dever-poder do Estado”, conforme reconhecido em momento posterior do julgamento pelo Min. Eros Grau, que reconsiderou seu argumento inicial após conhecer o funcionamento da Rede SARA, por meio de informações trazidas à ADI 1.923 pelo Min. Gilmar Mendes.

As informações relativas ao funcionamento da Rede SARA de Hospitais do Aparelho Locomotor, apresentadas pelo Min. Gilmar Mendes, apresentam a Rede SARA como referência em prestação eficiente de serviços de saúde, atingindo resultados e atendendo à sociedade, mesmo sem o tradicional regime jurídico de direito público. A relevância da Rede SARA para o julgamento ocorre pois, segundo o Min. Gilmar Mendes, a Lei das OS foi baseada no regime jurídico da Rede SARA – estabelecido na Lei 8.246/91. Essas informações fáticas impulsionaram a reconsideração do voto inicial do Min. Eros Grau, passando a votar pela constitucionalidade do modelo, em sede cautelar, e reconhecendo que o argumento acerca do regime “indefinido e difuso” de parcerias com OS não encontra respaldo nas situações fáticas.

Outro argumento pela inconstitucionalidade do modelo é apresentado pelo Min. Ricardo Lewandowski e pelo Min. Marco Aurélio. Ambos consideram que “ (...) esta lei [Lei das OS] incorpora alguns mecanismos que se prestam a escamotear, a fugir do regime de Direito Público que rege a prestação de serviços públicos por parte do Estado”²⁶. A incompatibilidade entre a Lei das OS e a CRFB ocorreria em virtude da ausência do regime jurídico de direito público em sua completude. No entanto, não demonstraram a razão pela qual serviços públicos somente podem ser prestados por meio de regime jurídico de direito público.

Este argumento é rebatido pelos Min. Luiz Fux e Min. Gilmar Mendes, que consideram o regime jurídico das OS como mais efetivo para a prestação de serviços sociais, conforme apresenta o Min. Gilmar Mendes:

Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos – que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superada –, a Administração Pública no Brasil adentrou o século

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 157. Acesso em: 05 out. 2020.

XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão. [...] A Lei nº 9.637 [Lei das OSs] institui um programa nacional de publicização de atividades e serviços [...] 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.²⁷

Dessa forma, a prestação de serviços públicos deve ser pensada a partir da eficiência e dos resultados, em detrimento de meios e aspectos formalísticos. O regime jurídico de direito público é visto, no argumento, como entrave à prestação efetiva de serviços públicos. Para ambos os ministros, a ausência de mecanismos tradicionais de direito público não constituiria inconstitucionalidade do modelo, mas sim demonstraria um meio encontrado pelo legislador para trazer eficiência à prestação de serviços públicos.

Os dois argumentos supracitados possuem uma característica em comum: são, em essência, valorativos. Nesse viés, a discussão possui caráter mais valorativo do que dogmático ou hermenêutico, visto que as duas linhas argumentativas tratam das convicções dos ministros acerca do regime jurídico de direito público – se os ministros valoram esse regime positiva ou negativamente. Os argumentos apresentados são, aparentemente, percepções pessoais dos ministros acerca dos benefícios ou malefícios trazidos pela aplicação do regime jurídico de direito público ao modelo de prestação de serviços públicos por OS.

Ainda, o Min. Luiz Fux apresentou outro argumento a ser considerado: a Constituição não deve engessar projetos políticos. Para ele, “ (...) a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas devem ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes”²⁸. Entretanto, esse argumento é pouco útil sob a lógica da hermenêutica constitucional, vez que não há entendimento do que seriam “consensos mínimos”, e há diversos

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 187. Acesso em: 05 out. 2020.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 56. Acesso em: 06 out. 2020.

dispositivos ao longo da CRFB que não são consensos. O argumento está deslocado do caso examinado pelo STF, possuindo extrema amplitude e podendo ser utilizado como justificativa de atentados à CRFB.

Percebe-se, portanto, que o STF não estabeleceu critérios objetivos que permitam avaliar a compatibilidade entre o modelo de Administração Pública originalmente desenhada pela Constituição Federal e as parcerias com OS, visto que as argumentações apresentadas se basearam em convicções íntimas de cada ministro acerca dos aspectos positivos e negativos da aplicação do regime jurídico de direito público ao modelo de prestação de serviços públicos por OS. Dessa forma, as argumentações utilizadas neste tópico são pouco aplicáveis a outros casos e são fator de imprevisibilidade decisória e consequente insegurança jurídica.

Além da dificuldade de reprodução desses argumentos pelo próprio STF em casos semelhantes e da insegurança jurídica decorrente da não adoção de critérios objetivos, há outras implicações de ordem prática. A primeira delas é a ausência de parâmetro decisório para outras leis vindouras, dificultando a percepção dos legisladores quanto aos limites constitucionais. De igual modo, essa indefinição de critérios avaliativos também prejudica a tomada de decisão pelo Poder Executivo, a quem cabe celebrar e operacionalizar estes contratos de prestações de serviços com OS, bem como aos órgãos de controle interno e externo.

Como visto, as consequências práticas dessa imprevisibilidade decisória são contundentes. A insegurança jurídica aumenta riscos negociais e traz receio a potenciais investidores e operadores, além de não ajustar as expectativas dos atores envolvidos. Assim, além dos impactos para as atividades jurisdicional, legislativa e executiva do Estado, aumentam-se os custos transacionais.

3.2. Evolução do conceito de serviços públicos

As atividades elencadas no art. 1º da Lei das OS²⁹ são serviços públicos, de forma que sua prestação é dever do Estado. Nesse sentido, a CRFB delimitou modelos para prestação desses serviços públicos, em termos gerais e com medidas específicas para cada serviço.

Entretanto, a classificação de serviços públicos e seus elementos constitutivos não é definida pela legislação, de modo que essa classificação coube à doutrina e à jurisprudência. A ADI 1.923 é capaz de fornecer um panorama da evolução da classificação de serviços públicos, visto que foi julgada em diversos momentos – o julgamento da medida cautelar iniciou-se em 1998 e o julgamento de mérito encerrou-se em 2015.

O relator original da ação, Min. Ilmar Galvão, foi o primeiro a se manifestar acerca da classificação de serviços públicos. Conforme será visto posteriormente, o Min. Ilmar Galvão considerou as Organizações Sociais como entes da Administração Indireta, ou seja, como manifestações do Estado, de forma que as atividades prestadas por OS são prestações diretas estatais. Assim, o serviço público é caracterizado pela titularidade do Estado e pela prestação estatal.

Ainda, as atividades elencadas na Lei das OS são de competência comum dos entes federativos, sendo titularizadas pelo Estado em suas diversas manifestações. Por conseguinte, o Estado pode prestar esses serviços sob diversas formas, a incluir a Administração Indireta, conforme apresentado no seguinte trecho de seu voto:

[...] cuidar da saúde, proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, proteger o meio ambiente, as florestas, a fauna e a flora, não permitindo inferir-se do mencionado texto que o Estado não pode desempenhar-se desses encargos senão por meios dos agentes de sua Administração Direta, conquanto não seja menos certo que não

²⁹ “Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.”

poderá confiar a execução de tais tarefas, por inteiro, à iniciativa privada³⁰

Há outra percepção importante exposta no trecho: os serviços citados não podem ser executados única e exclusivamente pela iniciativa privada.

Percebe-se que o pensamento do Min. Ilmar Galvão revela uma concepção ainda incipiente de serviços públicos. No conceito apresentado, a prestação de serviços públicos por particulares é impensável, visto que o serviço público é a atividade titularizada e prestada pelo Estado.

O próximo passo na classificação de serviços públicos é dado pelo Min. Eros Grau, que enxerga a possibilidade de prestação de serviços públicos por particulares. Nesse contexto, as atividades elencadas na Lei das OS³¹ podem ser prestadas pelo Estado e pelos particulares, independente de delegação estatal. São serviços públicos não-privativos, por serem de livre prestação por particulares³².

Para o Min. Eros Grau, atividades de educação e de saúde consubstanciam serviços públicos, mesmo quando prestadas por particulares. Entretanto, silencia acerca de considerar – ou não – atividades de cultura, desenvolvimento tecnológico e científico e proteção ao meio ambiente como serviços públicos, quando prestados por particulares.

Essa distinção entre serviços públicos também é exposta pelo Min. Gilmar Mendes, que considera as atividades do art. 1º da Lei das OS como serviços públicos não-exclusivos.

Diante disso, o conceito de serviço público deixou de ser atividade titularizada e prestada pelo Estado, para se tornar apenas atividade titularizada pelo Estado. Consequentemente, abre-se a possibilidade de prestação de

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 110. Acesso em: 27 set. 2020.

³¹ Atividades ligadas à saúde, educação, cultura, meio ambiente e desenvolvimento tecnológico, conforme abordado anteriormente.

³² Vale ressaltar que a expressão “serviços públicos não privativos” foi utilizada pelo Min. Ilmar Galvão na ADI 1.923 anteriormente. No entanto, o Min. não definiu o conceito de serviço público não privativo. Além disso, conforme citado, não havia possibilidade de execução completa de serviços públicos por particulares, de forma que a separação entre serviços públicos privativos e não-privativos não seria coerente.

determinados serviços públicos por particulares, sem que haja delegação do Estado, ou seja, por direito próprio.

Na ADI 1.923, o Min. Ayres Britto apresentou considerações inovadoras acerca de serviços públicos. Em primeiro lugar, diferenciou atividade econômica e prestação de serviços públicos. O critério utilizado para a distinção foi o ator principal: a atividade econômica, em sentido estrito, possui o mercado como agente fundamental, ao passo que os serviços públicos têm o Estado como ente central.

O Min. Ayres Britto ainda acrescenta que o Estado é responsável por “atividades estatais”, dentre as quais se inserem as atividades públicas e serviços públicos. As atividades públicas são custeadas com impostos e contribuições sociais, em oposição aos serviços públicos, que são autofinanciados – por taxas, se prestados pelo setor público, ou por tarifas e preços públicos, se prestados pelo setor privado mediante concessão ou permissão.

Há outra distinção importante, realizada entre serviços públicos de titularidade estatal exclusiva e serviços públicos de titularidade estatal, mas não exclusiva. O Min. Ayres Britto afirmou que os serviços públicos exclusivos são específicos e divisíveis, ou seja, são “prestados aos respectivos usuários com perfeita ou inconfundível identidade material e mensurabilidade no seu individualizado desfrute”³³.

Ainda, há outra diferença essencial. Existem serviços públicos de titularidade estatal que podem ser prestados pela iniciativa privada, sob concessão, permissão ou autorização. Para o Min. Ayres Britto, essas atividades são serviços públicos quando prestados pelo Estado ou pela iniciativa privada. Em contrariedade, os serviços públicos não-exclusivos são de natureza pública apenas quando prestados pelo Estado³⁴. Quando prestadas apenas por particulares, essas atividades são serviços de relevância pública.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 25. Acesso em: 28 set. 2020.

³⁴ Seja sozinho ou por meio de concessão, permissão ou autorização.

Em síntese, o serviço público é de titularidade estatal, mesmo que seja prestado mediante concessão ou permissão. Além disso, a atividade de titularidade mista consigna serviço público, se prestada pelo Estado, ou serviço de relevância pública, se realizada pela iniciativa privada.

Essas concepções trouxeram vigor doutrinário ao inc. II, do art. 129³⁵ e ao art. 197³⁶, ambos da CRFB. Os referidos dispositivos ganharam novo ânimo pois possuem, em seu âmago, o conceito de “serviços de relevância pública”, delineado no voto do Min. Ayres Britto.

Em seguida, o Min. Luiz Fux teceu suas considerações acerca do conceito de serviços públicos, aderindo à separação entre serviços públicos privativos e não-privativos³⁷, utilizando como critério a capacidade de prestação pelo particular sem que haja delegação estatal. No entanto, o Min. Luiz Fux não define o caráter do serviço público não privativo prestado por particulares, apresentando três teses:

- Trata-se de serviço público, pois a atividade material não muda conforme diferenças do executor (sendo essa diferença meramente subjetiva) – viés objetivo;
- Trata-se de atividade econômica em sentido estrito, visto que o Poder Público está ausente da prestação – viés subjetivo;
- Trata-se de atividade econômica de interesse público, formando posição intermediária – viés misto;

Embora não tenha apresentado posicionamento, o Min. Luiz Fux afirmou que o STF tende a favorecer o viés objetivo no que tange à educação. Nesse viés, a educação configura serviço público, prestada pelo Estado ou por particulares, de modo que as atividades educacionais estariam sujeitas às questões regulatórias de serviço público.

³⁵ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”

³⁶ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

³⁷ Também conhecidos como serviços públicos compartilhados e serviços públicos não exclusivos.

A evolução dos serviços públicos pode ser percebida:

A análise comparativa possibilita compreender que o amadurecimento do conceito de serviços públicos no STF levou a sua consignação como atividade titularizada pelo Estado, uma vez superada a concepção do serviço público como atividade prestada pelo Estado, apresentada pelo Min. Ilmar Galvão.

	Min. Ilmar Galvão	Min. Eros Grau	Min. Ayres Britto			Min. Luiz Fux
Conceito de serviço público	Atividades titularizadas e prestadas pelo Estado	Atividades titularizadas pelo Estado	Atividades titularizadas pelo Estado			Atividades titularizadas pelo Estado
Separações possíveis	Inexiste	Serviços públicos exclusivos e não exclusivos	Atividade econômica e serviço público	Atividade pública e serviço público	Serviços públicos exclusivos e não exclusivos	Serviços públicos exclusivos e não exclusivos
Critério para separação	Inexiste	Possibilidade de prestação por particulares, sem delegação estatal	Ator principal (mercado e Estado, respectivamente)	Custeados com impostos e contribuições e autofinanciados, respectivamente	Possibilidade de prestação por particulares, sem delegação estatal O serviço público exclusivo é divisível, e o serviço público não exclusivo não	Possibilidade de prestação por particulares, sem delegação estatal
Possibilidade de prestação por particulares	Inexiste	Possível	Possível			Possível
Serviço público prestado por particulares	Inexiste	Não há tese exposta	Consigna serviço de relevância pública			Há controvérsia doutrinária. Pode consignar serviço público, atividade econômica ou atividade econômica de relevância pública

Fonte: elaboração própria

Além disso, a distinção entre serviços públicos exclusivos e não exclusivos foi sedimentada na ADI 1.923. O critério utilizado para a divisão manteve-se o mesmo: serviços públicos exclusivos podem ser prestados apenas pelo Estado ou mediante delegação estatal; já os serviços públicos não exclusivos podem ser prestados por particulares, em direito próprio.

Vale ressaltar que o Min. Ayres Britto apresentou duas divisões que não foram citadas por outros ministros na ADI 1.923. A primeira delas trata-se da distinção entre atividade econômica e serviço público, sendo o ator principal a diferença. A segunda concernente à distinção entre atividade pública e serviço público, de maneira que o modelo de financiamento dessas atuações constitui a diferença. Ainda, o Min. Ayres Britto consignou a divisibilidade como segundo critério para a divisão entre serviços públicos exclusivos e não

exclusivos. Entretanto, esse segundo critério não foi utilizado por nenhum outro ministro na ADI 1.923.

Ambas as distinções e o novo critério apresentado pelo Min. Ayres Britto não ecoaram no conceito de serviço público desenvolvido ao longo da ADI 1.923.

A partir do voto do Min. Eros Grau, o STF consignou a prestação de serviços públicos não-exclusivos por particulares. Em um primeiro momento, o STF reconheceu a possibilidade de prestação de serviços públicos por particulares, retirando o aspecto de “prestação estatal” do conceito. Em um segundo momento – a partir do voto do min. Ayres Britto –, o STF buscou definir juridicamente o serviço público prestado por particulares. Nesse tópico, o posicionamento dos ministros oscilou, com a formação de três teorias distintas: objetiva; subjetiva e mista.

A teoria objetiva utiliza a atividade exercida como critério, de forma que o serviço público prestado por particulares constitui serviço público. Em contrapartida, a teoria subjetiva baseia-se no sujeito que realiza a atividade, de modo que atuações de particulares consistem atividade econômica em sentido estrito. Por sua vez, a concepção mista cria uma terceira via, por meio da atividade econômica de interesse público, que se situa entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

O conceito de serviço público e suas nuances evoluíram gradativamente durante a ADI 1.923. No entanto, essa evolução não foi linear em alguns temas, especialmente em razão das considerações do Min. Ayres Britto, que não foram repetidas posteriormente.

Essa evolução demonstra maior abertura do STF à prestação de serviços públicos não-exclusivos por particulares – mesmo que, eventualmente, essa atividade não seja denominada serviço público³⁸. Em exemplo, o conceito de serviço público perdeu o aspecto de “prestação estatal”, para se tornar apenas atividade titularizada pelo Estado, o que justifica a atuação privada no serviço público.

³⁸ Isso ocorreria caso o STF adotasse a teoria mista ou subjetiva.

Nota-se, com isso, que a concepção de serviços públicos – em especial aqueles não-exclusivos – foi adaptada para justificar a atuação indireta e parcerias com particulares – para além de concessão, autorização e permissão. O conceito apresentado permite arranjos distintos da prestação direta, de forma que o Estado deixa de ser o único ator nesse tema, tornando-se agente importante, mas que não atua isoladamente.

3.3. A constitucionalidade da atuação indireta do Estado

De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, a CRFB positivou dois modelos de atuação do Estado:

O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. [...] Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado Gendarme tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico [...] Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia³⁹

Conforme exposto, na atuação direta, o Estado é agente imediato de utilidades aos usuários de serviço público, de forma que não há intermédio de um particular – salvo em caso de delegação de serviços públicos, como ocorre, por exemplo, na concessão de serviços públicos. Na atuação indireta, o Estado estimula particulares à prestação desses serviços. Duas normas constitucionais em específico tratam desse tema:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

³⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*, In: *Direito administrativo econômico*, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O art. 174 privilegia a atuação indireta, na qual o Estado assume papel de “fiscalização, incentivo e fomento” da atividade econômica. Em contrapartida, o art. 175 versa sobre a atuação direta, na qual o Estado presta o serviço público sem intermédio de particulares — salvo àquelas prestadas sob o regime de concessão ou permissão.

Entretanto, não há compatibilidade exata entre o art. 174 e a atuação indireta, visto que o artigo trata de atividade econômica, e a prestação de serviços públicos pode possuir natureza jurídica distinta de atividade econômica quando prestado por particular, conforme definido no subcapítulo anterior. Ainda, o art. 175 trata de serviços públicos, ao passo que o art. 174 trata de atividade econômica, de modo que os artigos possuem objetos diferentes

Dessa forma, a distinção entre atuação direta e indireta não possui clareza no texto constitucional. Todavia, o STF verificou a compatibilidade entre a atuação indireta e a CRFB, na ADI 1.923, considerando os arts. 174 e 175, além dos artigos pertinentes a cada serviço público específico. A compreensão dos argumentos do STF neste tema é essencial para constatar a conformidade de novos modelos prestacionais com a CRFB, permitindo a percepção de bases e/ou limites constitucionais para inovações na prestação de serviços públicos.

No debate deste tema, o Min. Ilmar Galvão considerou que a CRFB não instituiu normas definidoras da forma como ocorrerá a prestação desses serviços:

Em nenhum lance estabelecem os mencionados dispositivos o dever de o Estado realizar essas atividades por meio de órgãos da Administração Direta, o que significa que poderá fazê-lo por meio de entidades para isso por ele constituídas, como são as organizações sociais.⁴⁰

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 109. Acesso em: 02 out. 2020.

Para ele, os artigos constitucionais ligados aos serviços mencionados no art. 1º da Lei das OS⁴¹ não definem um modelo necessário para a prestação de serviços públicos, e, portanto, o Estado é livre para escolher o modo de prestação. Esse pensamento foi repetido diversas vezes durante a ADI 1.923, inclusive no voto vencedor, do Min. Luiz Fux, e em votos que o acompanharam, como da Min. Carmen Lúcia.

Embora o Min. Ilmar Galvão tenha consignado que não há regras para a prestação desses serviços públicos, não há atuação indireta propriamente dita. O Min. Ilmar Galvão considera que a OS é ente da Administração Indireta⁴², de forma que não se pode falar em estímulo aos particulares, característico da atuação indireta.

O Min. Gilmar Mendes traz maior precisão conceitual à divisão entre atuação direta e indireta. Nesse sentido, expõe que “de produtor direto de bens e serviços públicos, o Estado passa a constituir o fomentador das atividades publicizadas”⁴³.

Percebe-se que o termo “produtor direto de bens e serviços públicos” significa a atuação direta, na qual o Estado disponibiliza diretamente os serviços aos usuários. Em contrapartida, o termo “fomentador” demonstra a atuação indireta, com estímulo estatal aos particulares.

Em seu voto, o Min. Ayres Britto segue a divisão entre atuação direta e indireta apresentada pelo Min. Gilmar Mendes. No entanto, estabelece que a atuação indireta deve ser apenas complementar à atuação direta, considerando as disposições constitucionais acerca de cada serviço público. Em

⁴¹ “Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.” – BRASIL. Lei 9.637/98, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em 01/10/2020.

⁴² Esse tema será aprofundado no próximo capítulo.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 173. Acesso em: 02 out. 2020.

exemplo, cita os serviços de saúde, nos quais a CRFB define que “as instituições privadas poderão participar de maneira complementar”⁴⁴.

Segundo a lógica argumentativa exposta pelo Min. Ayres Britto, a atuação indireta não poderia ser o meio principal para prestação de serviços públicos, e, portanto, deveria ser secundária à atuação direta. Normas que utilizem a atuação indireta de modo não-complementar à atuação direta seriam inconstitucionais. Por consequência, o Programa Nacional de Publicização da Lei das OS também seria inconstitucional, visto que consiste em “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”⁴⁵, direcionando a atuação estatal para o modelo indireto de maneira não-complementar, por criação de OSs para substituir a atuação direta.

Além disso, o Min. Ayres Britto relaciona a atuação direta e indireta aos dispositivos constitucionais acerca da atuação estatal na atividade econômica e na prestação de serviços públicos – arts. 174 e 175, conforme citado anteriormente. Em primeiro lugar, considera que apenas os “serviços estritamente públicos” encaixam-se no art. 175. Por conseguinte, não há atuação indireta em serviços privativos, o que está plenamente de acordo com o conceito de serviço público privativo, uma vez que ele não admite prestação por particulares, e, portanto, não admite atuação indireta.

O Min. Ayres Britto também afirma que o Programa Nacional de Publicização levaria o Estado a exercer o papel que possui na atividade econômica – atuação como indutor, fiscalizador e regulador –, por substituir a atuação direta pela atuação indireta. Portanto, na visão do Min., a atuação indireta assemelha-se ao modelo positivado no art. 174 da Constituição, que define

⁴⁴ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

⁴⁵ “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.”

as funções do Estado na atividade econômica como agente de fiscalização, incentivo e planejamento.

O Min. Luiz Fux reafirma a divisão entre atuação direta e indireta utilizada anteriormente. No entanto, discorda da posição apresentada pelo Min. Ayres Britto acerca do caráter exclusivamente complementar da atuação indireta. Caberia ao agente eleito a definição entre atuação direta e indireta, considerando a eficiência de ambos os modelos. A opção pela atuação indireta é resultado de um pleito eleitoral, de modo que é consequência de uma manifestação democrática, sendo escolha da população.

Assim, a proporção entre atuação direta e indireta é de responsabilidade do vencedor do pleito eleitoral, mas este deve se atentar aos resultados das atuações. O controle da relação entre os dois tipos de atuações não se baseia no critério da complementaridade, mas sim em resultados. Por sua vez, o resultado dessas atuações deve consistir na prestação eficiente de serviços públicos.

O voto do Min. Luiz Fux conceitua o fomento, expressão da atuação indireta. Para ele, o fomento dá continuidade à prestação de serviços públicos, mas por meios de colaborações entre os particulares e o Poder Público. A atuação indireta é marcada pela consensualidade e pela participação dos administrados, mitigando a livre iniciativa, uma vez que a regulação estatal incide com maior vigor.

No caso da Lei das OS, o Min. Luiz Fux considera o contrato de gestão como instrumento de fomento, trazendo a atuação particular para a persecução do interesse público. O estímulo característico da atuação indireta ocorre por meio da cessão de bens, recursos e pessoal para as OS. No entanto, não se encerra em estímulo aos particulares, visto que possui sistema de controle por resultados.

Em contrapartida, o Min. Eros Grau e o Min. Marco Aurélio sustentaram que o Estado deve prestar serviços públicos de modo direto. O argumento do Min. Eros Grau foi explorado anteriormente⁴⁶, e verificou-se que o

⁴⁶ No subcapítulo 3.1, que trata da compatibilidade entre o modelo de OS e o Estado brasileiro, definido constitucionalmente.

fundamento apresentado não era coerente, como o próprio reconheceu posteriormente ao retificar seu voto.

O Min. Marco Aurélio considera que o Estado deve prestar serviços públicos de maneira direta, visto que

[...] diante de todos esses preceitos constitucionais, não há como se admitir a transferência integral da execução direta dessas atividades para a iniciativa privada, assumindo o Estado papel de mera indução e coordenação. [...] O Estado não pode simplesmente se eximir da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação, pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de “parcerias” com o setor privado.⁴⁷

O excerto externa o entendimento de que a atuação direta é imposição constitucional. Citando o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o Min. Marco Aurélio consigna que a prestação de serviços públicos é dever do Estado, de forma que deve ser realizada de maneira direta.

Entretanto, o Min. Marco Aurélio não considerou a atuação indireta inconstitucional, não tecendo qualquer argumento acerca da atuação indireta, mas sim apenas quanto à demissão do Estado na prestação de serviços públicos. Para ele, é possível questionar a constitucionalidade da atuação indireta quando esta suprimir a atuação direta, na esteira do voto do Min. Ayres Britto.

Há indicativo de que a atuação indireta seja, para o Min. Marco Aurélio, inconstitucional, vez que considera a atuação direta imposição constitucional. Essa leitura é contraposta pela afirmação de que “não há como se admitir a *transferência integral* da execução direta dessas atividades para a iniciativa privada, assumindo o Estado papel de mera indução e coordenação [grifo próprio]”⁴⁸. Portanto, é possível questionar: para o Min. Marco Aurélio, seria

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> pp. 98 - 99. Acesso em: 04 out. 2020.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 98. Acesso em: 04 out. 2020.

constitucional a transferência *parcial* de serviços públicos para a iniciativa privada, ou o Estado não pode atuar indiretamente?

Em suma, compreende-se que o STF trouxe novas considerações acerca da atuação indireta ao julgar a ADI 1.923. Em primeiro lugar, a Corte considerou que o silêncio do texto constitucional significa que a Administração Pública pode prestar o serviço público como quiser, observadas as demais balizas constitucionais. A CRFB não impôs a atuação direta, mas apenas atribuiu o dever ao Poder Público de prestar serviços públicos.

Contudo, a proporção entre a atuação direta e indireta gerou controvérsia. Para o Min. Ayres Britto, a atuação indireta é apenas complementar à atuação direta. Já para o Min. Luiz Fux, a proporção entre atuação direta e indireta deve ser escolhida pelo agente eleito, estando dispensado o caráter apenas complementar da atuação indireta. O STF aderiu à tese do Min. Luiz Fux, não fixando critério para a verificação da proporção entre atuação direta e indireta. Assim, a Corte não fixou balizas para a gradação entre atuação direta e indireta, de maneira que a atuação indireta pode ser imensamente superior – em termos quantitativos – à atuação direta, e vice-versa.

Em suas argumentações acerca da atuação indireta na prestação de serviços públicos, os ministros apresentam entendimento de que o modelo de prestação indireta possui estreita relação com o art. 174 da Constituição, que atribui ao Estado as funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”⁴⁹. Ainda, o artigo afirma que o planejamento é “indicativo para o setor privado”, revelando um caráter de consensualidade.

Na ADI 1.923, o STF conferiu nova interpretação ao texto do art. 174 da CRFB, a fim de adequá-lo ao conceito de atuação indireta. O referido artigo trata de atividade econômica, o que não é propriamente o objeto de uma OS, que não pode possuir fins lucrativos. Portanto, a Corte compatibilizou o fomento com o art. 174 da CRFB, alçando a atuação indireta a nível

⁴⁹ Art. 174. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

constitucional. Como visto, também consignou que o art. 175 somente dispõe acerca de serviços públicos privativos.

Em termos de impactos práticos, a ausência de proporção obrigatória entre atuação direta e indireta ganha destaque. A conclusão do STF na resolução deste caso concreto permite que o administrador público decida o modelo de atuação a ser utilizado, estabelecendo a relação entre atuação direta e indireta. Dessa forma, há maior liberdade para o agente público, que, no exercício de sua discricionariedade, pode priorizar a atuação direta ou indireta.

Permitiu-se uma utilização desmedida da atuação indireta ou da atuação direta para a prestação de serviços públicos, o que não traduz um aspecto negativo. Isso possibilita que o agente público estabeleça arranjos criativos para a prestação de serviços públicos, mesclando atuações diretas e indiretas e envolvendo múltiplos atores – públicos e privados. Ao mesmo tempo, é necessário que a Administração Pública não tente se eximir da prestação de serviços públicos, utilizando parcerias como subterfúgios da ineficiência de determinado serviço.

3.4. Variação da prestação conforme a atividade

Conforme já mencionado anteriormente, a CRFB possui disposições direcionadas a serviços públicos específicos, bem como esta categoria de serviços não é homogênea, visto que cada serviço público possui um marco regulatório específico.

Os serviços públicos elencados no art. 1º da Lei das OS⁵⁰ – ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde – possuem particularidades. Uma vez cancelado o modelo geral de parcerias com OS, surge a necessidade de compatibilizar essas especificidades com a Lei das OS, possibilitando a atuação prática dessas entidades, sem desrespeito ao texto constitucional.

⁵⁰ Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Os aspectos específicos de cada serviço público – apresentados pela CRFB – são necessários para sua prestação, uma vez que constituem parte do marco regulatório do serviço. Em termos práticos, essas peculiaridades de determinados serviços públicos devem ser conhecidas por todos os atores envolvidos em parcerias com OS – administrador, gestor da OS, controladores, dentre outros –, para que o serviço público seja prestado e avaliado de acordo com suas normas específicas. Em teoria, a verificação de decisões do STF quanto às particularidades de cada serviço público permite compreender seu comportamento em relação ao tema – em exemplo, se atribui maior ou menor valor a essas especificidades.

Na ADI 1.923, é possível perceber dois elementos importantes: o silêncio do STF relativo aos estabelecimentos de ensino dirigidos por OS e a utilização do conceito de “identidade de razões”.

A prestação de serviços relativos à educação não foi bem definida na ADI 1.923. Para o Min. Ilmar Galvão, os estabelecimentos de ensino dirigidos por OS devem ser considerados oficiais e gratuitos:

[...] se se considerar que as organizações sociais não integram a Administração Pública, ter-se-á de admitir que, por meio da instituição de entidades da espécie estaria escancarada a possibilidade de privatização de toda a atividade das instituições de ensino da União, dos Estados e dos Municípios e, conseqüentemente, sob risco de extinção, o direito, constitucional, ao ensino gratuito.

Acontece, entretanto, como já exposto, que tais entes, por serem verdadeiras criaturas do Estado [...] não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, razão pela qual, além de sujeitarem-se ao dever de assegurar ensino fundamental obrigatório e gratuito, os seus estabelecimentos de ensino haverão de ser considerados oficiais, para fim da gratuidade prevista no art. 206 [...] ⁵¹

Há duas premissas possíveis apresentadas no voto do Min. Ilmar Galvão, que variam conforme a natureza jurídica da OS: como ente da Administração Indireta ou como particular. Adotando o primeiro pressuposto, o estabelecimento de ensino dirigido por OS deve ser considerado oficial e gratuito,

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, pp. 107 – 108. Acesso em: 30 out. 2020.

conforme afirma o Min. Ilmar Galvão. No entanto, o STF adotou a segunda proposição, considerando a OS como ente particular que colabora com Administração Pública⁵².

Uma vez desconsiderada a premissa apresentada pelo Min. Ilmar Galvão – de que a OS é ente da Administração Indireta –, o STF deveria relacionar a prestação de serviços de educação por OS com as exigências constitucionais para o ensino, para viabilizar essa prestação em termos práticos sem maiores controvérsias. Entretanto, à exceção do voto do Min. Ilmar Galvão, os ministros não se manifestaram sobre a gratuidade de ensino, estabelecimentos oficiais de educação e ensino fundamental obrigatório.

Não se definiu como ocorrerá a prestação de serviços educacionais por OS, uma vez que não se sabe se os estabelecimentos de ensino dirigidos por OS devem ser considerados oficiais e gratuitos, além de disponibilizarem ensino fundamental obrigatório. Nesse tópico, o STF não decidiu, mesmo com o alerta do Min. Ilmar Galvão, relativo à possibilidade de privatização do serviço público de ensino⁵³.

Essa ausência de definição impacta a tomada de decisão do administrador público quanto aos aspectos e limites na modelagem de parcerias para prestação de ensino por OS, bem como aos controladores quando do exercício do controle interno e externo destas contratações, uma vez que não há parâmetros que norteiem as atuações de ambos. Também não existe indicativo para o legislador infraconstitucional de como o STF percebe as parcerias com OS relativas à educação, o que desestimula inovações, mudanças legais e uma aplicação estável do texto constitucional.

A definição de como ocorrerá a prestação de serviços educacionais por OS é do administrador público. Entretanto, suas decisões nesse tema passam a conter alto risco de questionamento por órgãos de controle, uma vez que não há argumentação sobre esse tema específico na ADI 1.923. Há possibilidade de que a relação entre Administração Pública e entidades de controle

⁵² Esse tema será aprofundado no próximo capítulo.

⁵³ O voto condutor – do Min. Luiz Fux, sequer menciona o art. 206 da CRFB, que trata da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

seja tensionada, pois o STF não apresentou disposição objetiva de como devem lidar com esse tema.

Outro ponto importante está relacionado à comunicação entre disposições constitucionais de diferentes serviços públicos. Na ADI 1.923, o STF consignou que determinada norma dos serviços de saúde e educação também se aplicam a outros serviços públicos, como explicitado no voto do Min. Luiz Fux:

[...] o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde [...] e educação [...], mas que se estende por *identidade de razões* a todos os serviços sociais.⁵⁴ [grifo próprio]

Nesse sentido, algumas disposições constitucionais relativas a serviços públicos específicos podem ser utilizadas para outros serviços públicos, pelo conceito de "identidade de razões".

Entretanto, percebe-se que não há, na ADI 1.923, critério para aplicação da "identidade de razões" entre serviços públicos. Do mesmo modo, não se apresenta fundamento ou justificativa acerca da "identidade de razões", de modo que não há indicativo dos limites de sua aplicação e de seu próprio significado.

Conclui-se que, na ADI 1.923, o STF gerou insegurança jurídica quanto a variação da prestação em razão dos diferentes serviços públicos. Como apresentado, esse problema ocorreu de diferentes formas: por silêncio do STF acerca de tema específico e pela utilização de conceitos sem fundamentos claros e objetivos. Os principais efeitos dessa insegurança jurídica estão ligados a ausência de parâmetros, nesse tema, para aplicação de decisões por controladores, para produção de legislação e para celebração e execução de contratos de gestão.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 62. Acesso em: 31 out. 2020.

4. A natureza jurídica das Organizações Sociais

A Lei das OS afirma, em seu art. 1º, 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 nesta Lei.

Temporalmente, a entidade é privada até o momento de sua qualificação, visto que sua constituição ocorre no âmbito da iniciativa privada. Entretanto, a entidade cria vínculos com o Poder Público por meio de sua qualificação e, posteriormente, estabelece contrato de gestão com a Administração Pública. A partir da celebração desse pacto, a OS passa a prestar atividades com patrimônio público.

Desse modo, as OS possuem características de direito privado, considerando seu ato constitutivo, mas também públicas, dada sua qualificação e a utilização de patrimônio público. Por conseguinte, há um estado de indefinição quanto a sua natureza jurídica.

Essa indefinição da natureza jurídica da OS é um assunto de extrema importância para sua operacionalização, vez que as normas jurídicas que incidem sobre a entidade variam conforme a natureza jurídica. Trata-se da maior aproximação ou do maior distanciamento da OS às normas que regem o setor público.

Na ADI 1.923, questionou-se se as OS são (i) entidades da Administração Indireta ou (ii) entes particulares, apenas colaborando com o Poder Público.

4.1. OS como ente da Administração Indireta

A Administração Indireta é um dos conceitos tradicionais de direito administrativo. Para Odete Medauar, "Administração Indireta é o conjunto de entidades personalizadas que executam, de modo descentralizado, serviços

e atividades de interesse público”⁵⁵. Os entes da Administração Indireta mantêm vínculos com a Administração Direta, mesmo possuindo personalidade jurídica própria.

A CRFB possui disposições para a Administração Indireta – muitas das quais também vinculam a Administração Direta. Em exemplo, a Administração Indireta está presente no *caput* do art. 37⁵⁶, que define os princípios administrativos. Além de repercussões próprias do direito administrativo, há consequências em outras áreas – os litígios entre Administração Indireta e entes federativos são de competência do STF⁵⁷, por exemplo.

No debate constitucional do tema, o Min. Ilmar Galvão percebe as OS como entes da Administração Indireta. Utiliza a divisão entre corporação e instituição, considerando que, na corporação, a vontade da entidade é a vontade de seus organizadores, por meio de processo representativo. Já na instituição, o ente possui finalidade decidida pelo próprio instituidor.

Conforme essa divisão, as entidades da Administração Indireta seriam instituições que possuem o Estado como instituidor. A finalidade do ente, definida pelo instituidor – Estado –, seria a execução do interesse estatal.

No caso de OS, o Estado seria seu instituidor ao proceder à qualificação. Também poderia realizar o movimento inverso, efetuando sua desqualificação.

O Min. Ilmar Galvão apresenta outro argumento: a OS é executora material da função administrativa, realizando apenas gestão e usufruto do patrimônio público – caracterizando somente um instrumento técnico para prestação de serviços públicos. Assim, a OS seria resultado de uma descentralização da atividade administrativa, o que é característico da Administração Indireta.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

⁵⁶ “Art. 37. 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: [...]”

⁵⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”.

O terceiro argumento apresentado por ele consiste na relação entre o Estado e a OS, considerando que a OS depende da vontade estatal. Para o Min., “sua vida e sua morte [da OS] se acham na dependência da vontade do Estado”⁵⁸. Esse conceito está ligada à percepção do Estado como ente instituidor da OS, capaz de lhe “dar vida” e de encerrar suas atividades como OS.

Seriam três os requisitos para que um ente seja da Administração Indireta: instituição pelo Estado, atuação como executora de função administrativa e dependência da vontade estatal. Dessa forma, o Min. Ilmar Galvão trouxe requisitos materiais às entidades de Administração Indireta, consignando a possibilidade de que extrapolem aquelas definidas no inc. XIX do art. 37⁵⁹ da CRFB – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

No entanto, a lógica apresentada pelo referido ministro possui uma controvérsia insanável. Os entes da Administração Indireta só podem ser criados por lei específica⁶⁰, conforme afirma o próprio ministro:

[...] o que o inciso XIX do art. 37 da CF/88 declara ser vedada, sem lei específica, é a criação de autarquia ou a autorização para instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, ou, *a fortiori*, a criação ou instituição de qualquer ente da Administração Indireta, entre os quais os organismos sociais autônomos (SESI, SENAI e SESC), dos quais parecem aproximar-se as novéis organizações sociais.⁶¹

Por conseguinte, as OS só poderiam ser criadas por lei específica. Essa obrigatoriedade traria fortes dificuldades à atuação prática das OS, especialmente considerando que a tramitação de leis possui diversas etapas, podendo ser extremamente morosas. Ainda, a discricionariedade administrativa seria

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 100. Acesso em: 23 out. 2020.

⁵⁹ “XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

⁶⁰ Cf. inc. XIX, art. 37, CRFB, citado imediatamente acima.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 102. Acesso em: 19 set. 2020.

extremamente reduzida, visto que o agente público necessitaria da chancela do Poder Legislativo para realizar qualificações.

O Min. Ilmar Galvão busca solucionar essa controvérsia afirmando que o Estado não cria OS, apenas qualifica uma pessoa jurídica de direito privado como OS. Entretanto, esse argumento não está de acordo com argumentos anteriores apresentados, que consideram o Estado como instituidor da OS e que há uma relação de dependência entre a OS e a vontade estatal. O Ministro afirmou, na ADI 1.923, que “por meio da qualificação que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização”⁶².

Portanto, a argumentação utilizada pelo Min. Ilmar Galvão nesse tópico é inconsistente, pois em um momento afirma que o Estado é criador da OS – o que, segundo a CRFB, levaria à necessidade de lei para criação da OS – e, em outro momento, declara que não há obrigatoriedade de lei para instituição de OS.

4.2. A OS como ente particular colaborador do Poder Público

Demonstrada a incoerência argumentativa do Min. Ilmar Galvão, cabe compreender qual a linha argumentativa adotada pelo STF quanto à natureza jurídica das OS.

O Min. Luiz Fux consignou a tese que contou com maior apoio dos demais ministros do STF: a OS não é parte da Administração Pública, apenas um ente colaborador. Para ele, apenas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista são entes da Administração Indireta. As OS estariam excluídas do conceito de Administração Indireta por não possuírem natureza jurídica dos entes “clássicos” da Administração Indireta.

Ainda segundo o Min. Luiz Fux, as OS não possuem vínculo ao controle jurídico da Administração Pública em suas decisões, ou seja, sua

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 99. Acesso em: 19 set. 2020.

racionalidade é desvinculada do Poder Público. Dessa forma, distanciam-se ainda mais do conceito de Administração Indireta.

Essa interpretação entende o inc. XIX, art. 37, da CRFB como um rol taxativo, de forma que somente as entidades presentes nesse inciso são parte da Administração Indireta. Essa visão é oposta pela interpretação ampliativa, apresentada pelo Min. Ilmar Galvão, que estabelece requisitos para os entes da Administração Indireta.

Essas duas perspectivas – taxativa e ampliativa – possuem critérios diferentes. O viés taxativo baseia-se na própria natureza jurídica do ente – se é autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista. Em contraposição, a interpretação ampliativa verifica a relação que o Estado mantém com a entidade, sem observar a forma jurídica atribuída. Assim, a perspectiva taxativa observa critério formal, ao passo que a interpretação ampliativa possui um fundamento material.

A divisão entre a interpretação taxativa-formal e a ampliativo-material possui grande repercussão prática. Na ADI 1.923, o STF consignou que as OS não se sujeitam às regras⁶³ presentes no art. 37 da CRFB, por não serem entes da Administração Indireta. Dessa maneira, a natureza jurídica – como Administração Indireta ou como ente particular colaborador – influencia a incidência da CRFB na atuação da entidade.

No entanto, por receber recursos públicos, as OS estão vinculadas aos princípios presentes no *caput* do art. 37 da CRFB. Ambas as naturezas jurídicas de OS aventadas pelo STF na ADI 1.923 levam à conclusão de que a OS deve observar os princípios administrativos – embora por razões diferentes – por ser ente da Administração Indireta ou por usufruir do patrimônio público.

Nota-se uma cisão entre as regras e os princípios do art. 37 da CRFB. As regras desse artigo apenas sujeitam a Administração Direta e Indireta, estando os demais entes excluídos da incidência dessas normas. Já seus princípios, descritos no *caput*, vinculam as OS, visto que elas recebem patrimônio

⁶³ Esse argumento será aprofundado posteriormente.

público, de forma que é possível afirmar que as entidades que recebem recursos públicos estão sujeitas a maior influxo da principiologia publicista.

Esses princípios administrativos deveriam ser mitigados para não obstarem a finalidade das parcerias da Administração Pública com OS, consistente na prestação efetiva de serviços públicos. Nesse sentido, a transposição dos princípios administrativos não poderiam encerrar a flexibilidade e eficiência da atuação de OS.

Essa concepção apresentada pelo STF permite que o legislador infraconstitucional opere a incidência de princípios constitucionais de modo funcional – mitigando sua incidência e compatibilizando-a com outros fatores. A aplicação principiológica deve ser pensada a partir da finalidade estabelecida pelo legislador, sendo compatibilizada com outras questões jurídicas envolvidas – neste caso, o objetivo de prestar serviços públicos de modo eficiente e o regime jurídico de direito privado presente na OS.

5. O controle em parcerias com OS

Em 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional 19, proposta pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso. Dentre as principais alterações apresentadas, encontra-se a adição do princípio da eficiência ao rol de princípios que norteiam a Administração Pública⁶⁴. A eficiência da atuação do agente público exige a persecução das finalidades estatais – como a prestação de serviços públicos, com proveitosas relações de custo-benefício.

A necessidade de eficiência deve gerar esforço advindo do Poder Público na busca por resultados, formando novo vetor para a Administração Pública, repensando a alocação de recursos e a racionalidade decisória. Para atender a essa nova lógica, foram criados novos subsistemas jurídicos, que possuem relação com outros temas, como a Administração Pública Gerencial. Nesse viés, ganham destaque parcerias do Poder Público com OS, que devem ser controladas a partir de uma perspectiva de resultados – segundo o Plano

⁶⁴ Localizados no *caput* do art. 37 da CRFB: “Art. 37. 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: [...]”

Diretor de Reforma do Aparelho do Estado⁶⁵, em claro diálogo com o princípio da eficiência.

Esse controle por resultados está consignado na Lei das OS, estando presente na avaliação do contrato de gestão:

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo **comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados**, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º **Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados**, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

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. [grifos próprios]

Dessa forma, a OS torna-se responsável por realizar o serviço público de maneira proveitosa e eficaz, com destaque para resultados práticos.

Essa mudança de vetor da Administração Pública e o novo modelo de obrigações em contratos administrativos requer que a forma de controle

⁶⁵ Cf. BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995, p. 17 Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 07 out. 2020.

exercido seja repensada, considerando a eficiência e os resultados como eixo da atuação do administrador público, de modo que o controle passe a focar em efeitos práticos e em consequências da atuação administrativa. Há uma mudança no paradigma do controle, de maneira que a atividade controladora ganha novos elementos.

Para os fins almejados pelo presente trabalho, o controle será dividido em dois elementos: (i) métodos de controle; e (ii) parâmetros de controle. Em seguida, buscar-se-á (iii) problematizar o papel do controle, considerando a Lei das OS e a ADI 1.923.

5.1. Os métodos de controle de parcerias com OS

O controle da atividade administrativa é formado por uma série de procedimentos administrativos, bem como por processos em sentido amplo, tais como aqueles de improbidade administrativa ou de tomada de contas especial.

Por alterar o paradigma de controle, tornando-o focado em resultados, a Lei das OS trouxe disposições próprias sobre métodos de controle de suas atividades, como o dever do Conselho de Administração de fiscalizar o cumprimento de metas⁶⁶.

Na ADI 1.923, o STF foi questionado acerca da constitucionalidade das mudanças dos métodos de controle trazidas pela Lei das OS. Além disso, houve a necessidade de compatibilizar as disposições constitucionais acerca do tema com a lógica do controle por resultados.

O STF abordou distintas formas de controle, o controle interno pela própria Administração Pública e o controle externo, judicial e de contas, com destaque para o controle financeiro, que serão aqui abordados.

Neste tema, o Min. Ilmar Galvão considera que a OS está sujeita a modelos já existentes de fiscalização. O controle interno, definido pela própria

⁶⁶ "Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: [...] X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa".

Lei das OS, que possui diversos dispositivos para criar controle interno relativo à entidade, como o dever de fiscalização da execução do contrato de gestão por órgão superior⁶⁷. Já o controle financeiro não foi fixado pela Lei das OS, mas, segundo o Min. Ilmar Galvão, isso não diminui sua incidência:

[...] tendo em vista a imposição, pela Constituição, do dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, por tratar-se de entidade que recebe verba do erário, imposição essa que, obviamente, não se pode ter por afastada por não ter sido mencionada na lei sob apreciação.⁶⁸

Entende-se que a base do controle financeiro, a ser exercido pelos Tribunais de Contas, é constitucional, de forma que não é necessário que a Lei das OS o mencione. Essa premissa pode ser universalizada: o controle por Cortes de Contas com enfoque financeiro incide mesmo sobre subsistemas jurídicos que não o afirmam diretamente.

A atuação do Ministério Público também faz parte do controle – inclusive do controle financeiro. Neste ponto, uma rápida leitura de alguns dispositivos da Lei das OS – especialmente do art. 10⁶⁹ – poderia levar à conclusão de que a lei afasta a atividade fiscalizatória do Ministério Público. Entretanto, o Min. Ilmar Galvão assegura que a atuação do Ministério Público não pode ser afastada, especialmente por sua natureza constitucional⁷⁰.

Assim, as instituições que exercem o controle externo, notadamente Tribunais de Contas e Ministério Público, atuam em todas as ocasiões em que há recebimento ou administração de recursos públicos, mesmo sem

⁶⁷ “Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 117. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶⁹ “Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público”.

⁷⁰ Vale ressaltar que a própria Presidência da República afirmou isso nos autos da ADI 1.923, conforme assinala o Min. Ilmar Galvão.

disposição infraconstitucional específica ou àquelas com intenção de seu afastamento.

O recebimento de recursos públicos é o próprio âmbito de incidência do controle financeiro, conforme afirma o Min. Ilmar Galvão. Nesse sentido, a atuação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas para fiscalizar entidades que utilizam verba pública é inderrogável pela legislação infraconstitucional.

Essa relação entre recursos públicos e controle financeiro está presente na CRFB:

Art. 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gereencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

O STF preocupou-se em garantir a incidência desse dispositivo constitucional sobre as parcerias com OS – mesmo que haja maior presença do direito privado e silêncio acerca desse tema na Lei das OS.

Em oposição ao controle externo – que não necessitou de complementação na Lei das OS –, o controle interno é formatado por dispositivos da legislação ordinária. É uma nova diferença entre os métodos de controle, a ser acrescentada à tradicional distinção⁷¹.

Segundo o STF, outro método de controle é o controle judicial, com possibilidade, inclusive, de responsabilização por improbidade administrativa. O executor do contrato de gestão pode ser responsabilizado – por improbidade administrativa – nos casos de danos ao erário público ou de violação aos princípios da Administração Pública.

⁷¹ Considera-se como “tradicional distinção” o controle interno como aquele que ocorre dentro do órgão/Poder e controle externo, aquele realizado por outro órgão/Poder.

A possibilidade de responsabilização por eventuais atos de improbidade administrativa praticados por gestores de OS está prevista na própria Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Como as OS recebem subvenção pública, os atos praticados por gestores contra o patrimônio de OS estão sujeitos às sanções por improbidade administrativa.

Os atos que implicam improbidade administrativa podem ser divididos em duas categorias, conforme sua natureza jurídica⁷²: aqueles que possuem repercussão financeira – enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário – e os atentatórios aos princípios administrativos. A análise de cada uma dessas espécies de atos leva a conclusões acerca das considerações realizadas na ADI 1.923.

A violação dos princípios da Administração Pública chama atenção, visto que a OS é entidade particular. Entretanto, ao celebrar contrato de gestão, a OS passa a dever observância aos princípios que regem a Administração Pública, uma vez que recebe recursos públicos. Conforme assinala o Min. Luiz Fux, “o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública”⁷³.

⁷² Essa distinção é clara na Lei de Improbidade Administrativa. Sua Seção I trata “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito”, a Seção II trata “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário” e a Seção II-A trata “Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário”. Em contrariedade à natureza financeira dessas seções, há a Seção III, “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 78. Acesso em: 21 out. 2020.

Disso decorre que os “princípios da Administração Pública” não são, em termos práticos, restritos ao Poder Público, visto que existem entidades privadas sujeitas a esses princípios – como as próprias OS. Como essa sujeição nasce da utilização de recursos públicos, os princípios constitucionais ditos “administrativos” possuem proximidade inderrogável a esses recursos, não vinculando apenas a Administração Pública.

Os gestores da OS podem ser sancionados por atos de improbidade administrativa por malversação de recursos públicos, por violação a princípios ou a regras financeiras. Isto também se aplica, conforme exposto anteriormente, para sanções em âmbito de controle financeiro por Tribunais de Contas. Dessa forma, ambos métodos de controle incidem sobre a OS em razão da utilização de patrimônio público. Assim, a celebração do contrato de gestão torna os gestores da OS passíveis de sanções por improbidade administrativa e por violação a disposições legais em matéria financeira.

Especificamente em relação ao controle interno executado pela Administração Pública, o Min. Gilmar Mendes afirma que “a lei também prevê que o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão”⁷⁴.

Nesse sentido, a Administração Pública é agente de fiscalização⁷⁵ – o que é comum em contratos administrativos⁷⁶. Contudo, no contrato de gestão, o Poder Público passa a verificar a “forma como a autonomia será exercida, metas a serem cumpridas [...] e controle de resultado”⁷⁷. Dessa forma,

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 182. Acesso em: 20 out. 2020.

⁷⁵ A Administração Pública possui poder-dever de fiscalizar atos próprios e de órgãos públicos. Entretanto, o controle realizado pelo Poder Executivo sobre OS não se trata de controle interno, visto que a OS é apenas ente particular que colabora com a Administração Pública, não sendo parte de sua estrutura.

⁷⁶ Conforme o art. 58, inc. III, da Lei 8.666/93: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] III - fiscalizar-lhes a execução”.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 140. Acesso em: 20 out. 2020.

o Poder Executivo exerce verdadeiro controle, verificando, inclusive, como foi realizada a atividade discricionária dos gestores da OS.

O Poder Executivo passa a exercer papel de contratante e de controlador, de modo que se perdem as distinções entre essas posições jurídicas. Por conseguinte, as partes não possuem igualdade no contrato de gestão. Mesmo na perspectiva de atuação contratual⁷⁸ do Poder Público, por instrumento consensual, a Administração Pública goza de supremacia em relação à OS contratada.

O controle realizado pelo Poder Executivo está ligado às características obrigatórias do contrato de gestão⁷⁹ e os arranjos contratuais do acordo, que devem ser definidas por Ministros de Estado⁸⁰. Portanto, a OS pode violar dois tipos de disposições: as legais – oriundas da Lei das OS e de outras normas sobre o tema – e as contratuais – provenientes das disposições contratuais, modeladas a partir da discricionariedade administrativa do Ministro de Estado.

Baseando-se nessa distinção, o controle pode ser abordado sob dois aspectos: legal e contratual. O primeiro – aspecto legal – é proveniente das disposições da Lei das OS, de forma que sua base é proveniente da lei e atrelada ao tipo contratual, devendo existir em todos os contratos de gestão, visto que é própria da tipicidade do contrato. Já o segundo aspecto – contratual – é resultante das cláusulas contratuais, modeladas a partir da discricionariedade, devendo ser verificada a partir de cada caso concreto.

Essa diferenciação permite notar a maior relevância das disposições próprias contidas no contrato de gestão – modeladas a partir da discricionariedade administrativa – no marco regulatório que incide sobre a OS, notadamente no campo do controle. O grau de incidência do controle depende do

⁷⁸ Como será abordado posteriormente, essa perspectiva contratual pode ser percebida como convencional.

⁷⁹ Dentre as características obrigatórias, pode-se citar “a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções”, presente no art. 7º, inc. II, da Lei das OS.

⁸⁰ A Lei das OS, em seu art. 7º, parágrafo único, afirma que “os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.”

conteúdo do contrato, de modo que há valorização das disposições contratuais, em detrimento da mera observância ao tipo contratual. Há apreço pela discricionariedade administrativa, que pode influir no objeto do contrato de gestão de maneira intensa, aumentando a adaptabilidade do contrato de gestão ao caso concreto e trazendo maior relevância ao juízo do agente público.

Por conseguinte, este controle contratual não pode ser visto a partir de uma perspectiva universalizada, mas sim ligada à situação fática, sob pena de constituir a “maldição do regime único” de contratos administrativos – utilizando a terminologia proposta por Floriano de Azevedo Marques Neto⁸¹. Ainda segundo o referido autor, os contratos de gestão estão sujeitos à maldição do regime único por duas razões: a falta de um regime completo para esses contratos na legislação; e a utilização da Lei de Licitações como regime geral dos contratos administrativos ou como parâmetro hermenêutico de interpretação do contrato de gestão.

Esses dois erros citados por Floriano de Azevedo Marques Neto não podem ser cometidos pelos controladores⁸², pois, ao adotar a concepção de regime único, não haveria observância ao controle contratual presente na Lei das OS e chancelado pelo STF. Também seria desprezada a discricionariedade do agente público, submetendo os contratos de gestão a “maldição do regime único”, que possui efeitos danosos – o principal deles, a ausência de normas específicas, amoldadas ao caso concreto⁸³.

Dessa forma, ignorar a distinção entre controle legal e controle contratual – o que está ligado a utilização da Lei de Licitações como regime hermenêutico e como regime geral de contratos administrativos – traz, como

⁸¹ Para o Professor, a “maldição do regime único” é uma tendência doutrinária e legal de submeter os diferentes contratos administrativos a uma suposta unicidade de regime – “Embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual” – AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. *Do contrato administrativo à administração contratual*. In: Revista do Advogado - Contratos com o Poder Público. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, a. XXIX, n. 107, dez./2009, pp. 74-82.

⁸² Seja ele judicial, administrativo, externo, dentre outros.

⁸³ Cf. AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. *Do contrato administrativo à administração contratual*. In: Revista do Advogado - Contratos com o Poder Público. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, a. XXIX, n. 107, dez./2009, p. 78.

consequência, o enrijecimento dos contratos de gestão, de modo que sua adaptabilidade é perdida.

5.2. Os parâmetros de controle de parcerias com OS

Um ponto importante do controle é seu material. Significa o objeto do controle, ou seja, os parâmetros estabelecidos para verificar o comportamento de agentes e de entidades.

Na ADI 1.923, os ministros chancelaram dois parâmetros de controle: princípios e resultados – como já visto. Esses conteúdos de análise partem de bases normativas diferentes, visto que os princípios possuem natureza constitucional, ao passo que os resultados são produto de uma opção legislativa, considerando a Administração Pública Gerencial.

Para os fins desta pesquisa, entende-se controle de resultados aqueles cujos parâmetros são baseados nos efeitos da atividades administrativa. São indicadores e dados, quantitativos e qualitativos. Em oposição, considera-se controle de meios como aquele que verifica exclusivamente aspectos formais da atuação do administrador ou da entidade.

Conforme entendimento do STF explicitado anteriormente, os princípios constitucionais aplicam-se às OS, uma vez que essas entidades recebem recursos públicos. Entretanto, esses princípios não incidem sobre OS do mesmo modo que atingem a Administração Pública, conforme afirma o Min. Luiz Fux:

Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado.⁸⁴

Entende-se que o objetivo declarado das parcerias com OS – trazer eficiência para a prestação de serviços públicos, por meio de um regime flexível – é suficiente para mitigar a aplicação de princípios. Assim, o propósito da Lei

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 78. Acesso em: 22 out. 2020.

das OS é capaz de diminuir o grau de incidência de disposições constitucionais.

Entretanto, o que seria a compatibilização entre princípios e a atuação prática de OS? Na ADI 1.923, o STF não estabeleceu o equilíbrio ou sequer limites entre esses dois conceitos. Em verdade, apenas repetiu que a qualificação como OS, a celebração do contrato de gestão, a atividade do executor, dentre outros atos, devem observar os princípios constitucionais, como a impessoalidade.

A ausência de compatibilização permite múltiplas interpretações acerca dos limites à atuação de OS, impostos por princípios constitucionais. No entanto, a atuação do controle depende do conhecimento do grau de incidência desses princípios, uma vez que eles são parâmetro para verificação de potenciais ilicitudes. Exemplo é o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que possibilita a sanção por violação aos “princípios da Administração Pública”⁸⁵. Não há como sancionar por improbidade administrativa, de forma justa e adequada, sem saber como ocorreria a “compatibilização” entre a atuação das OS e aplicabilidade dos princípios.

Como visto, o STF não realizou esse exame de compatibilidade. Nesse tema, o eixo decisório foi deslocado para entidades de controle. Portanto, em decorrência da omissão do STF, caberá aos agentes de controle, no exercício de suas funções ordinárias, definir quais os limites dos princípios quando aplicados a OS.

Nesse caso, o STF transferiu o ônus decisório para outros entes. Esse pensamento dialoga com as conclusões de Guilherme Mantovani Coli, em pesquisa da Sociedade Brasileira de Direito Público, que afirma:

rememorando as conclusões traçadas ao longo dos capítulos, afirmo que o TCU já vinha operando, de algum modo, as Organizações Sociais segundo o modelo ressaltado na ADI 1923, não tendo essa decisão do STF alterado significativamente a

⁸⁵ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”

forma como essas parcerias vinham sendo por entendidas pela referida Corte de controle.⁸⁶

Como afirma o autor, o STF chancelou um modelo que, na prática, já vinha sendo aplicado pelo Tribunal de Contas da União – que é entidade de controle externo. Nesse sentido, o deslocamento do eixo decisório do STF para o controle externo significa a manutenção da lógica até então adotada pelo Tribunal de Contas da União. A ausência de compatibilização entre princípios e atuação prática opera uma mudança do ônus decisório.

Os resultados das parcerias com OS também são objeto do controle, conforme afirmou o STF na ADI 1.923. Entretanto, a Lei das OS não traz disposição específicas acerca do controle de resultados, limitando-se a afirmar, em seu art. 9º, que

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Esse é o único artigo da Lei das OS que menciona o Tribunal de Contas, de forma que o controle externo com enfoque nos resultados decorre de uma interpretação teleológica da supracitada lei. O STF afirmou a incidência de controle externo, como visto anteriormente, mas, de igual modo, não trouxe elementos para formatar a atuação do controle externo considerando o controle por resultados.

Embora a tônica de parcerias com OS seja o controle por resultados, como demonstrado no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, o Min. Luiz Fux afirma que o controle incide sobre a discricionariedade administrativa:

na realidade, o exercício da competência discricionária, *in casu*, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas [...] ⁸⁷

⁸⁶ COLI, Guilherme Mantovani. *As Organizações Sociais e a ADI 1923-DF: o que já pensava o TCU sobre essas entidades?*. 2015, p. 69. Acesso em 22 out. 2020. Disponível em <<http://sbdp.org.br/publication/as-organizacaoes-sociais-e-a-adi-1923-df-o-que-ja-pensava-o-tcu-sobre-essas-entidades/>>.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em:

Nesse sentido, o controle externo verifica a legalidade do ato administrativo utilizando parâmetros que verificam o processo de tomada de decisão – em exemplo, notando se o administrador manteve respeito aos princípios constitucionais. Dessa forma, não há apenas análise de resultados relativos à atuação do administrador, mas sim um controle do processo decisório.

Todavia, o agente público faz parte da estrutura administrativa, ao passo que as OS são entes privados que apenas colaboram com a Administração Pública⁸⁸. Haveria um controle de meios da OS, ou ela seria controlada apenas a partir de resultados?

Na ADI 1.923, o STF consolidou o controle de meios sobre OS, embora não o tenha feito explicitamente. Conforme visto anteriormente, declarou que os agentes de OS devem observância aos princípios constitucionais, como a impessoalidade e a moralidade, de forma que esses princípios formam parâmetros de controle. Assim, o controlador pode verificar quais comportamentos desviam-se daquilo que considera ideal.

Por conseguinte, não há apenas controle de resultados em parcerias com OS – embora esse seja o principal elemento a ser considerado. O controle de meios também está presente, em relação ao agente público e à própria OS. Como os princípios devem ser compatibilizados com a atuação particular, o controle de meios não incide de maneira tão forte quanto incide sobre a Administração Pública.

A inovação de controle de resultados insculpida no espírito da Lei das OS não significou controle apenas por resultados, mas sim novo conteúdo para a análise dos entes controladores. Dessa forma, o prisma de controle não foi completamente deslocado para os resultados, mas os resultados passaram a fazer parte da lógica controladora, com maior relevância do que os demais parâmetros de controle.

Em um primeiro momento, poder-se-ia aparentar que a lógica desenhada para o contrato de gestão – ligada ao desempenho – foi desautorizada

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 71. Acesso em: 26 out. 2020.

⁸⁸ Conforme demonstrado no capítulo dedicado à natureza jurídica de OS.

pelo STF, que garantiu a presença do controle de meios. No entanto, Luiz Carlos Bresser Pereira previa a continuidade do controle de meios:

No caso da administração pública gerencial, os controles *pari passu* de procedimentos e o sistema de *checks and balances* continuam a ser utilizados, mas perdem importância relativa. No plano ainda hierárquico, são crescentemente substituídos pelo controle *a posteriori* de resultados previamente contratados; [...] ⁸⁹

A perda de importância relativa citada pelo autor pode ser encontrada na argumentação do Min. Luiz Fux, que afirmou a necessidade de compatibilizar os princípios constitucionais com a atuação privada da OS⁹⁰ – o que diminui o parâmetro de controle, mitigando a incidência do controle de meios. Percebe-se que, na ADI 1.923, o STF esteve afinado às concepções de Luiz Carlos Bresser Pereira, especialmente considerando a perda de relevância do controle de meios.

Para o STF, assim como apresentado por Luiz Carlos Bresser Pereira, as parcerias com OS são um arranjo complexo, que não pode ser visto apenas sob a lógica de resultados. Também, o objeto do contrato de gestão envolve a submissão da OS a princípios administrativos e ao controle de meios, formando um marco regulatório específico, que não pode ser reduzido ao mero sinalagma entre recursos públicos e prestação de serviços.

A complexidade do contrato de gestão passa a envolver lógica de governança da OS. Ainda, possui cláusulas oriundas da discricionariedade administrativa, conforme visto acima.

Nesse cenário, o STF afirmou que o controle – em seus diversos tipos e conteúdos – incide sobre parcerias com OS. Entretanto, a Lei das OS possui poucas disposições acerca de controle, de forma que a decisão do STF impôs um controle sem determinar como ele ocorrerá. Embora apliquem-se as

⁸⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*, São Paulo, Ed. 34, Brasília : ENAP, 1998, p. 146.

⁹⁰ “Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>, p. 78. Acesso em: 07 nov. 2020.

disposições da CRFB – como visto anteriormente, as parcerias com OS inovam na disciplina de controle, com os resultados como eixo principal do controle e com controle contratual, de forma que há diferenças entre o controle tradicionalmente exercido e aquele adotado para parcerias com OS.

A ausência de critérios próprios para controle de OS, somada ao cenário de superposição de controles – diversos tipos e conteúdos de controle⁹¹, tornam as parcerias com OS sujeitas aos “impasses do controle” – utilizando a nomenclatura proposta por Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma⁹².

Um empecilho possível é a competição entre órgãos de controle, especialmente considerando a superposição do controle definida pelo STF. Como os órgãos e tipos de controle são muitos, há possibilidade de que os controles atuem descoordenadamente, sem comunicação. Esse cenário traria insegurança jurídica, pois existiria uma polifonia dos órgãos de controle, ainda sendo possível a desarmonia decisória.

No entanto, a ausência de um marco de controle na Lei das OS e na ADI 1.923 não significa a inexistência de uma configuração da forma de exercer o controle.

Em exemplo, Juliana Bonacorsi de Palma constatou que a figura do “homem médio” do Tribunal de Contas da União é a caracterização de um administrador público de diligência extraordinária e conduta irrepreensível, cuja discricionariedade é exercida nos moldes do juízo de conveniência e oportunidade que o Tribunal de Contas realizaria⁹³. No entanto, Victoria Spera Sanchez constatou que a conduta adotada pelo Tribunal de Contas de São Paulo quanto à diligência do gestor de OS é diferente:

⁹¹ Dentre os tipos, pode-se citar o controle judicial, o controle externo, o controle interno, o controle administrativo objetivo e o controle administrativo subjetivo. Já quanto aos conteúdos de controle, há o controle por princípios, o controle por resultados e um mitigado controle de meios.

⁹² AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública*. In: PEREZ, Marcos Augusto; e PAGANI DE SOUZA, Rodrigo (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 21-38.

⁹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o 'administrador médio' do TCU?*. Jota, 22 ago. 2018. Disponível em <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em 29 out. 2020.

outro questionamento pode ser suscitado: o TCE-SP permite que o gestor público falhe? Sim! Dentro do universo de processos referentes a gestão de museus, o Tribunal permite que o gestor erre, sob a recomendação de que tal falha seja sanada. A um primeiro olhar, parece ser correto que o administrador tenha a oportunidade de aprimorar o seu trabalho. No entanto, nos dois casos mais emblemáticos da pesquisa, observamos a falha apontada (confraternização com verba de repasse e supersalários) se repetir no processo subsequente, sem que fossem consideradas aplicação de sanções mais graves.⁹⁴

Percebe-se que há diferença entre o grau de diligência necessário ao administrador público e ao gestor de OS. Em termos práticos, a conclusão de Victoria Spera Sanchez, comparada ao exposto por Juliana Bonacorsi de Palma, permite compreender que a incidência do controle ocorre de maneira diferente quando se trata de OS. Nesse sentido, a própria atividade controladora modelou parâmetros para o controle de parcerias com OS, no silêncio da Lei das OS e do STF na ADI 1.923.

Assim, o estabelecimento de parâmetros e de marco de controle têm sido feito pela própria entidade controladora, e não em sede de jurisdição constitucional. Com isso, o STF não se desincumbiu do ônus decisório, mas o transferiu, em movimento semelhante ao que fez ao não detalhar a compatibilização entre princípios constitucionais e a natureza privada de OS.

A omissão do STF amplia a capacidade decisória dos entes controladores, pois a eles caberá a definição dos parâmetros para o controle, além da própria atividade controladora. É uma postura que permite expansão do controle.

5.3. Como deve ocorrer o controle de contratos de gestão?

Ao longo das análises realizadas, tratou-se a ausência de decisões em temas específicos como fator de insegurança jurídica e de transferência de ônus decisório pelo STF. Aqui, propõe-se mudança na maneira de observar

⁹⁴ SANCHEZ, Victoria Spera. *A Gestão Descentralizada dos Museus do Estado e São Paulo: Uma análise do controle estabelecido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP)*. Disponível em <<http://sbdp.org.br/publication/a-gestao-descentralizada-dos-museus-do-estado-de-sao-paulo-uma-analise-do-controle-estabelecido-pelo-tribunal-de-contas-do-estado-de-sao-paulo-tce-sp/>>. Acesso em 29 out. 2020.

essas questões, enxergando o contrato de gestão a partir de um viés funcional.

Em primeiro momento, a inexistência de definições exatas – como a falta de compatibilização entre princípios e flexibilidade de OS – gera insegurança jurídica, visto que não indica, aos agentes envolvidos, o posicionamento do STF ou a interpretação que realiza da Lei das OS. Esse comportamento, de não definir questões particulares, desloca o eixo decisório para entes de controle, como visto anteriormente.

Entretanto, essas entidades de controle podem – e devem – diminuir, ou até eliminar, a insegurança jurídica gerada. A atuação desses entes deve possuir coerência decisória, com diálogo entre decisões, seguindo os mesmos parâmetros para casos semelhantes. A postura dos controladores deve se manter regular, sem decisões divergentes sobre temas similares. Desse modo, a ausência de definições sobre temas específicos na Lei das OS e na ADI 1.923 aumenta o ônus do controlador, que deve estar atento às demais decisões sobre a matéria e aplicá-las, a fim de mitigar a insegurança jurídica.

O não estabelecimento de determinações específicas também possibilita atuação flexível do controle, atento ao caso concreto. Como não há definição exata sobre determinados temas na norma jurídica ou em sede de controle concentrado de constitucionalidade, os agentes de controle não estão vinculados a entendimentos anteriores externados pelo STF nesses tópicos. Portanto, podem verificar questões fáticas com flexibilidade e com atenção às peculiaridades de cada situação.

Conforme visto anteriormente, a tônica de parcerias com OS é a flexibilidade e a discricionariedade – materializadas, por exemplo, no controle contratual. Sendo assim, o comportamento do STF – ao não tomar determinadas decisões sobre questões envolvendo parcerias com OS, como a compatibilização entre princípios e atuação flexível – possui alta funcionalidade⁹⁵: manter a flexibilidade e a discricionariedade em parcerias com OS.

⁹⁵ Não se sabe se intencional ou não.

Por essa razão, os agentes de controle devem estar especialmente atentos a esses dois temas: flexibilidade e discricionariedade. Ao tratar de Procedimentos de Manifestação de Interesse – assunto distinto, mas que também é aproximação público-privada –, Tarcila Reis e Eduardo Jordão afirmaram que

a regulamentação deve ser interpretada, pelo gestor e pelo controlador, como vetor de flexibilidade administrativa. [...]

Conviver com ela [a flexibilidade] e responder por suas consequências é oportunidade de conferir ao gestor público um papel mais ativo e determinante na aproximação com a iniciativa privada.⁹⁶

Essa lição também é válida para parcerias com OS, pois a flexibilidade é marca do modelo. Dessa forma, o silêncio do STF gera baixa regulamentação, o que, segundo o pensamento apresentado por Tarcila Reis e Eduardo Jordão, deve ser entendido como vetor de flexibilidade administrativa. Os agentes de controle não devem entender os administradores como braço mecânico da lei, mas como agentes racionais, sob pena de fulminar a flexibilidade necessária às parcerias com OS.

A discricionariedade administrativa também foi chancelada na ADI 1.923 – inclusive, para além de parcerias com OS: conforme abordado anteriormente, cabe ao agente eleito estabelecer a proporção entre atuação direta e indireta. Esse espaço decisório deve ser respeitado pelos controladores, que devem entender o administrador como agente legítimo, racional e apto para a tomada de decisão. Estudos notam que “o órgão de controle estaria tentando capturar as políticas públicas e assumir indevidamente a discricionariedade dos gestores”⁹⁷. Especificamente em relação a parcerias com OS, a retirada de discricionariedade é ainda mais danosa, pois seria perdida a adaptabilidade dos contratos de gestão. Além disso, o STF legitimou apenas o agente eleito a estabelecer a proporção entre atuação direta e indireta.

⁹⁶ REIS, Tarcila. JORDÃO, Eduardo. *A Experiência Brasileira de MIPs e PMIs: Três Dilemas da Aproximação Público-Privada na Concepção de Projetos*. In: Marçal Justen Filho; Rafael Wallbach Schwind. (Org.). *Parcerias Público-Privadas - Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 211.

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos*. Revista Direito GV (Online), v. 13, 2017, p. 878.

A conjunção dos três fatores apresentados – inexistência de excessivos detalhamentos pela legislação ou pelo STF – de parcerias com OS, flexibilidade, discricionariedade – possibilita modelar contratos de gestão inovadores, adaptados ao caso concreto e capazes de evoluir, se constatados problemas. Somam-se essas características à complexidade do objeto de contrato de gestão, já apresentado, que permite arranjos contratuais criativos e inovadores, adaptáveis e modelados a partir de problemas e objetivos concretos. Pode-se, por exemplo, incluir mecanismos anticorrupção ou projetos para efetivação de direitos fundamentais.

Portanto, é possível afirmar que a ausência de definição quanto a temas específicos na ADI 1.923 não é integralmente problemática, visto que possibilita atuações mais próximas do caso concreto e criativas do agente administrativo e dos controladores. Desse modo, o controle de contratos de gestão deve se orientar por balizas como: buscar a segurança jurídica, considerando o silêncio do STF em determinados assuntos em parcerias com OS; compreender a regulamentação como vetor de flexibilidade administrativa⁹⁸; respeitar o espaço discricionário do agente público; e permitir inovações e criatividade em contratos de gestão – com observância à legalidade.

6. Contratações no âmbito de parcerias com OS

A operacionalização do modelo de parcerias da Administração Pública com Organizações Sociais está diretamente ligada ao regime de contratações adotado. Conforme o pensamento governista à época da edição da Lei das OS, o regime jurídico de direito público era extremamente focado em meios, em detrimento de resultados⁹⁹. Considerava-se que havia uma inflexibilidade burocrática que impedia a prestação efetiva de serviços públicos.

A efetividade da atuação das OS está ligada à ausência de licitação e de concurso público – uma vez que estes são considerados, pelos criadores do modelo de parcerias com OS, meios excessivamente formalistas¹⁰⁰. Isso pode

⁹⁸ Utilizando os termos apresentados por Tarcila Reis e Eduardo Jordão.

⁹⁹ Cf. BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 10 out. 2020.

¹⁰⁰ “Por que falhou a 8.666? Essencialmente, porque, ao adotar uma perspectiva estritamente burocrática, ao pretender regulamentar tudo tirando autonomia e responsabilidade do

ser percebido pela dispensa de licitação em contratações com OS, dado que a Lei 9.648/98 adicionou a celebração de contratos como hipótese de dispensa de licitação¹⁰¹. Revela-se vínculo entre atuação prática das OS e ausência de licitação.

Assim, o posicionamento do STF quanto à dispensa de licitação e de concurso público demonstra sua abertura ao regime de contratações apresentado na Lei das OS e ao pensamento presente na elaboração da lei. Também revela seus entendimentos acerca das disposições constitucionais sobre licitação.

A abordagem do tema de licitações em contratações com OS, pelo STF, abrange duas discussões elementares: (i) natureza jurídica do contrato de gestão e da (ii) constitucionalidade da dispensa de licitação, a serem analisadas.

6.1. O contrato de gestão como convênio

A Lei das OS define que parcerias da Administração Pública com OS devem ocorrer por meio de contratos de gestão. É por intermédio destes contratos que há destinação de patrimônio público – recursos, bens e servidores – às OS, para que prestem serviços públicos.

No entanto, no julgamento da ADI 1.923, os ministros consideraram que não se trata de contrato, mas sim de convênio. Também consignaram que a distinção entre contratos e convênios possui efeitos práticos e, por isso, torna-se necessário compreender os critérios utilizados para classificação de determinada relação jurídica como convênio ou como contrato.

O Min. Ayres Britto foi o primeiro a expressar a compreensão de que o contrato de gestão seja, na verdade, convênio. Para ele, contratos possuem

administrador público, atrasou e encareceu os processos de compra do Estado e das empresas estatais, sem garantir a redução da fraude e dos conluíus” – BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Uma nova lei de licitações*. Gazeta Mercantil, 27 set. 1996, p. 1. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Articles/1996/736.Uma_Nova_Lei_de_Licitacoes.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

¹⁰¹ A Lei 9.648 adicionou o inc. XXIV ao art. 24 da Lei de Licitações:

“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”.

interesses opostos, ao passo que convênios possuem interesses recíprocos e convergentes. Aplicando esta premissa teórica aos contratos de gestão, o Min. Ayres Britto entende que “no caso da celebração, entre Estado e organização social, de ‘contrato de gestão’, impossível deixar de reconhecer a presença de interesses tão recíprocos quanto convergentes”¹⁰².

O Min. Luiz Fux apresenta a mesma lógica: o contrato possui feição comutativa, e o convênio é negócio associativo. Nesse viés, o convênio é produto de um fim compartilhado entre as partes. No caso concreto, esse fim é a prestação efetiva de serviços públicos por OS, conforme definido na Lei das OS.

Em síntese, o STF consignou duas lógicas relevantes neste tema: a natureza da relação jurídica é importante, em detrimento do nome apresentado pela lei; e a diferença entre contrato e convênio reside nos interesses das partes – se contrapostos, forma-se contrato e, se compartilhados, forma-se convênio.

A distinção entre contrato e convênio foi essencial na ADI 1.923, pois o STF considerou que a celebração de convênios está imune ao dever constitucional de licitar. A Administração Pública pode estabelecer relações jurídicas onerosas sem que haja licitação, desde que as partes compartilhem o mesmo fim.

O Min. Ayres Britto afirma que a imunidade de licitação à convênios firmados entre Administração Pública e OS ocorre por duas razões, transcrevendo obra de 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; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 34. Acesso em: 11 out. 2020.

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 dispositivo."¹⁰³

Esse argumento de base legal – de que a Lei de Licitações excluiria os convênios, ao utilizar os termos “contratadas” e “obrigações recíprocas”, em seu art. 2º¹⁰⁴ – ignora o art. 116 da mesma lei: “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

A própria Lei de Licitações afirma que há possibilidade de aplicação das normas de licitações aos convênios, acordos e ajustes – e demais figuras contratuais nas quais não há contraposição de interesses. Essa aplicação não é irrestrita, devendo ser utilizada apenas “no que couber”. No entanto, esse artigo foi desprezado pelo STF, não sendo sequer citado nos votos.

Diversas possibilidades podem ser aventadas quanto à aplicabilidade da Lei de Licitações em parcerias com OS. A primeira, de que a Lei de Licitações se aplicaria subsidiariamente à Lei das OS, de forma que, no silêncio da Lei das OS, deve ser utilizada a Lei de Licitações. Em oposição, pode-se dizer que o regime de contratos de gestão é extremamente diferenciado do modelo de contratos administrativos previstos na Lei de Licitações, de modo que a Lei de Licitações seria inaplicável neste tema. Posição intermediária também poderá afirmar que a aplicabilidade da Lei de Licitações depende de características do caso concreto.

Como visto anteriormente, esse silêncio do STF gera insegurança jurídica, mas deve ser utilizada de maneira funcional pela Administração e pelos órgãos de controle para garantir boas contratações.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

¹⁰⁴ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Conclui-se que, no julgamento da ADI 1.923, o STF diminuiu o âmbito de incidência da Lei de Licitações, ao considerar que ela apenas atinge contratos, excluindo convênios utilizados pela Administração Pública.

Este raciocínio pode ser replicado a nível constitucional. Na CRFB, o dever de licitar está positivado no inc. XXI, art. 37, que define “[...] obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”¹⁰⁵. Na ADI 1.923, o STF interpretou o dever de licitar de modo a excluir instrumentos cujas partes possuam interesses convergentes. Assim, o dever de licitar está, na visão do STF, atrelado à presença de interesse opostos.

6.2. A constitucionalidade da dispensa de licitação

Além da natureza conveniente do contrato de gestão, o STF abordou o tema da constitucionalidade da dispensa de licitação. A argumentação acerca deste tema possibilita compreender como o STF entende o dever constitucional de licitar e a Lei de Licitações.

Nesse sentido, a ADI 1.923 apresenta percepções do STF acerca de procedimentos para decisões administrativas. Verifica-se a constitucionalidade de procedimentos distintos da licitação na Administração Pública, além das bases constitucionais e justificativas para hipóteses de dispensa de licitação.

As parcerias com OS possuem três momentos de decisão do Poder Público ou da OS. Essas atividades decisórias devem ser precedidas de licitação? O presente subcapítulo trata das respostas do STF a questões ligadas ao tema, ou seja, se (i) a qualificação deve ser precedida de licitação?; (ii) a

¹⁰⁵ Art. 37. 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: [...]

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

celebração do contrato de gestão deve ser precedida de licitação?; e (iii) as compras realizadas por OS devem ser precedidas de licitação?

6.1.1. A qualificação deve ser precedida de licitação?

Prevista no art. 1º da Lei das OS¹⁰⁶, a qualificação consiste na atribuição do título de OS a entidade privada sem fins lucrativos que atenda requisitos determinados pela lei. A qualificação como OS não é somente titulação, mas também é requisito essencial para a celebração do contrato de gestão, por disposição do art. 5º da Lei das OS¹⁰⁷.

O Min. Ayres Britto foi o primeiro a se manifestar acerca da licitação que precederia a qualificação. Para ele,

os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídico-privada como organização social são de índole rigorosamente formal [...]A patentear que não sobra mesmo espaço para decisão desataviada ou totalmente discricionária da Administração Pública. Donde a impossibilidade de recusar o qualificativo de organização social àquelas entidades que atendam os pressupostos formais [...]¹⁰⁸

Dessa maneira, a qualificação de entidade é um ato vinculado, inexistindo espaço para discricionariedade do administrador. Como todas as entidades que atendam aos requisitos seriam qualificadas como OS, inexistente espaço para discricionariedade, de forma que não há necessidade do processo licitatório previsto na Lei de Licitações.

O restante da análise do Min. Ayres Britto detém-se acerca do inc. II do art. 2º da Lei das OS, que consiste em:

¹⁰⁶ “Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.

¹⁰⁷ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015, pp. 40 – 41. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em: 12 out. 2020.

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

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

O Min. Ayres Britto afirma que a aprovação dada pela autoridade competente, mencionada no inciso II, necessita de publicidade e motivação, com observância aos princípios constitucionais arrolados no *caput* do art. 37¹⁰⁹. Nesse tópico, reforçou a incidência dos princípios constitucionais ao procedimento de qualificação.

Essa perspectiva utiliza a CRFB como eixo principal do direito administrativo, de forma que os subsistemas jurídicos – e a própria atividade administrativa – devem ser interpretados com base na CRFB. A noção de constitucionalização da atividade decisória do Poder Público foi fortalecida. Em razão disso, há enorme influxo dos princípios constitucionais sobre os temas tangentes à Administração Pública.

Além disso, o Min. Ayres Britto percebe o termo presente na Lei das OS "*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação*" como inconstitucional, pois violaria o princípio republicano. Isso porque, como visto anteriormente, a qualificação é ato plenamente vinculado, por existirem apenas requisitos formais. Nesse sentido, não pode haver critério discricionário, expressado por conveniência e oportunidade.

No entanto, o Min. Ayres Britto não explica a relação entre princípio republicano e o ato vinculado. Também não apresenta por qual razão o princípio republicano impede, neste caso específico, o exercício da discricionariedade administrativa. De igual modo, não discute o motivo pelo qual o referido princípio exige que o ato de qualificação seja vinculado.

Na mesma linha apresentada pelo Min. Ayres Britto, o Min. Luiz Fux afasta a incidência de licitação para qualificação de OS. Para o Min. Luiz Fux,

¹⁰⁹ "Art. 37. 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: [...]".

“não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo”¹¹⁰. A mesma lógica apresentada anteriormente – de que o dever de licitar somente se estende a instrumentos com contraposição de interesses – aplica-se à qualificação. Entretanto, aparece novo elemento, que também é próprio da definição técnica de contrato: o intuito lucrativo.

Apresentam-se duas características essenciais de contratos: interesses contrapostos e objetivo de lucrar. Inexistindo alguma dessas características, não se pode falar em contrato e, portanto, não há dever de licitar.

Para o Min. Luiz Fux, a qualificação da entidade privada como OS trata-se de credenciamento. Todas as entidades que atenderam aos requisitos da Lei das OS receberão o título, ou seja, não há exclusão de interessados. Assim, não há competição, visto que o objetivo – a qualificação – é ilimitado, de modo que não há necessidade de procedimento licitatório. Em contrapartida, discorda da inconstitucionalidade do termo “quanto à conveniência e oportunidade” arguida pelo Min. Ayres Britto. O Min. Luiz Fux considera que estes termos conduzem a uma atuação discricionária do administrador, o que traz flexibilidade a sua atuação.

No entanto, apresenta que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Argumenta que, mesmo dentro da competência discricionária, o agente público deve observar os princípios arrolados no *caput* do art. 37 da CRFB. Decisão que não observe princípios é arbitrária, mesmo se for tomada em exercício de competência discricionária. Assim, a análise de constitucionalidade se dá diante do caso concreto, pela verificação do atendimento aos princípios constitucionais.

O Min. Luiz Fux também ressalta a autorregulamentação do Poder Público, que deverá estabelecer “diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais”¹¹¹, conforme o art. 20 da Lei das OS. O agente público

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015, p. 66. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹¹¹ “Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicação - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de

deve se autolimitar, fixando outros critérios objetivos além da Lei das OS. Assim, a discricionariedade possui caráter funcional: objetiva a instituição de critérios que possibilitam os resultados previstos na Lei.

A conveniência e oportunidade não são apenas competências do administrador, mas possuem papel claro. A autorredução da margem de discricionariedade, explicitada pelo Min. Luiz Fux, garante a fixação de critérios objetivos, que são menos rígidos e mais próximos da realidade, quando comparados à Lei das OS. O administrador público deve exercer sua discricionariedade em viés funcional, podendo, inclusive, normatizar parte de sua própria atividade.

Neste tema, o STF concluiu que não deve haver licitação quando o objetivo é inesgotável. Não há necessidade de um processo amplo e complexo quando o objeto pode ser percebido por inúmeras entidades, ou seja, inexistente competição em qualquer faceta.

A ausência de licitação também ocorre em razão dos critérios meramente formais e objetivos. Como não há verificação de questões materiais, não há necessidade de um processo que possua as complexidades da licitação, mas apenas de um procedimento que garanta a qualificação aos interessados que atendam aos requisitos positivados na Lei.

Ao argumentar acerca desse tópico, o Min. Luiz Fux sintetizou duas principais características do contrato: possui interesses contrapostos e feição lucrativa. Como visto anteriormente, o dever de licitar somente incide sobre relações contratuais com estas características, o que exclui outros instrumentos de parcerias à disposição da Administração Pública.

A grande divergência ocorre quanto aos termos “conveniência” e “oportunidade”, e sua relação com a margem de discricionariedade. Para o Min. Ayres Britto, a qualificação é ato vinculado, de forma que não poderia haver qualquer margem de discricionariedade, pois esta permitiria uma atuação desvinculada de critérios objetivos. Já para o Min. Luiz Fux, há margem 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: [...]”

discricionariedade, que possui caráter funcional e deve observar os princípios constitucionais.

Estabelece-se oposição quanto à margem de discricionariedade. O Min. Ayres Britto considera que a abertura de margem para critérios não-objetivos já é suficiente para considerar a discricionariedade como inconstitucional. Em contrapartida, o Min. Luiz Fux entende que a CRFB apenas reduz a margem de discricionariedade, visto que a atuação em desconformidade com os princípios constitucionais seria arbitrária.

O conflito apresentado na ADI 1.923 é relativo à percepção, pelos ministros, da atuação discricionária do agente público. De um lado, há uma corrente que desvaloriza os critérios de conveniência e oportunidade, prezando pelo ato administrativo plenamente vinculado, apresentando-se uma concepção que enxerga o administrador como “boca da lei” e reduz a liberdade do gestor. De outro, uma corrente que confere maior relevância à discricionariedade administrativa, atribuindo-lhe caráter funcional. O agente público deixa de ser mero executor da lei, ganhando maior capacidade decisória, atento às questões materiais e concretas.

Na ADI 1.923, o STF consignou a segunda concepção, proposta pelo Min. Luiz Fux, uma vez que o voto deste foi voto condutor.

Estabelecida esta oposição, nota-se que o debate possui a CRFB e seus princípios como centro. As discussões formuladas neste tópico tratam da constitucionalização da atividade decisória da Administração Pública, uma vez que os ministros reiteradamente afirmam que a qualificação deve guardar relação com os princípios constitucionais.

Assim, as argumentações postas na ADI 1.923 ressaltaram a CRFB como eixo de atuação do agente público, que deve observância a seus princípios no momento da qualificação. Os princípios devem constituir a tônica da Administração Pública, contendo a atuação do administrador. Entretanto, revelam posicionamentos diferentes acerca das vantagens e desvantagens da discricionariedade administrativa.

6.1.2. O contrato de gestão deve ser precedido de licitação?

Outra decisão da Administração Pública em que se questiona eventual necessidade de licitação é a escolha da OS. Tradicionalmente, define-se licitação como “o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração”¹¹². Uma rápida leitura do conceito poderia levar à conclusão de que a escolha do contratante, para o contrato de gestão, deve ocorrer mediante licitação.

Entretanto, o STF consignou que o contrato de gestão é acordo, e não contrato propriamente dito, de modo que não há contratantes em sentido técnico empregado aos contratos. Conforme visto anteriormente, não há licitação para escolher a OS com a qual se celebrará contrato de gestão.

Este argumento foi vitorioso, mas não foi o único apresentado sobre o tema. Aqui, busca-se compreender os outros argumentos, inclusive aqueles contrários à ausência de licitação para o contrato de gestão. O objetivo é verificar o posicionamento do STF quanto ao dever constitucional de licitar e acerca do âmbito de incidência da Lei de Licitações. Além disso, as manifestações do STF impõem restrições ao legislador infraconstitucional, conforme será demonstrado.

O primeiro a se manifestar sobre o tema foi o Min. Ilmar Galvão. Para ele, a dispensa de licitação é constitucional, “posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e entidades outras não qualificadas para o objetivo colimado”¹¹³⁻¹¹⁴. Uma entidade “concebida e criada pelo Estado” é uma entidade da Administração Indireta, visto que é uma manifestação estatal em forma de outra pessoa jurídica. Assim, este argumento está ligado a outra concepção apresentada pelo Min. Ilmar Galvão – de que a OS é ente da Administração Indireta, o que não se confirma na prática¹¹⁵.

¹¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 217.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 113. Acesso em: 13 out. 2020.

¹¹⁴ A evolução legislativa também demonstra que pode ser necessária licitação, com participação de entes da Administração Indireta, vide Marco Legal do Saneamento – Lei 11.445.

¹¹⁵ Conforme abordado no capítulo 4.1.

Além dos temas abordados anteriormente – o contrato de gestão como convênio, imune ao dever de licitar, e o erro do Min. Ilmar Galvão – o STF discutiu a interpretação do termo “ressalvados os casos especificados na legislação”, presentes no art. 37, inc. XXI, da CRFB¹¹⁶.

Para o Min. Ilmar Galvão, o legislador ordinário possui capacidade para dispensar a licitação nas hipóteses em que assim desejar. Não estabeleceu ressalvas às exceções do dever de licitar, de modo que o legislador infraconstitucional pode estabelecer hipóteses de dispensa conforme vontade própria.

O entendimento de que a CRFB autoriza o legislador ordinário a criar hipóteses de dispensa de licitação é apresentado por diversos outros ministros, como pelo Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Ayres Britto.

O Min. Luiz Fux apresenta um argumento funcional para a dispensa de licitação: essa exceção ao dever de licitar é exemplo de função regulatória da licitação. Nesse sentido, a dispensa tem finalidade prática, que consiste na utilização da licitação – no caso, de sua dispensa – para incentivar atividades benéficas.

A função regulatória da licitação aplicada ao caso concreto é a própria lógica do fomento. A dispensa é um instrumento de estímulo a entes privados – por meio de recursos públicos – para que prestem serviços relevantes a sociedade, conforme reconhecidos pela qualificação como OS. Nesse caso, exceção do dever de licitar não é respaldada somente pela capacidade do legislador ordinário de apresentar hipóteses de dispensa de licitação, mas também possui como base a indução de práticas sociais benéficas.

Um excerto do voto do Min. Luiz Fux chama atenção:

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

¹¹⁶ “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais¹¹⁷

Percebe-se que há um esforço argumentativo do Min. Luiz Fux em assegurar que a dispensa de licitação é fundada em “critério objetivo e razoável de desequiparação”. Assume-se, de início, que há desigualdade em razão da exceção ao dever de licitar. Entretanto, o Ministro preocupa-se em afirmar que essa desigualdade está vinculada à realidade, consistindo no tratamento diferenciado que as entidades classificadas como OS recebem, por prestarem serviços relevantes à sociedade¹¹⁸.

Esse esforço argumentativo está ligado ao principal argumento contrário à dispensa de licitação, apresentado pelo Min. Eros Grau. Para ele, o princípio da igualdade afirma que o tratamento desigual somente é justificável quando existirem razões fáticas que o legitimem, inclusive em licitações. Por consequência, a dispensa de licitação deve ser fundamentada – ligada à natureza do objeto da licitação ou dos licitantes –, diferenciando-se o suficiente de outros procedimentos licitatórios para justificar a dispensa.

Para o Min. Eros Grau, isso não ocorre no caso concreto, uma vez que inexistem razões que justifiquem a dispensa de licitação para a celebração do contrato de gestão. Esse mesmo entendimento é apresentado pelo Min. Marco Aurélio.

Assim, o Min. Eros Grau estabeleceu uma premissa teórica – a dispensa de licitação somente pode ocorrer quando houver razão para tal – e aplicou-a a Lei das OS, considerando que não há justificativa para a exceção ao dever de licitar.

Conforme exposto, o Min. Luiz Fux não adotou a aplicação formulada, mas aderiu à premissa teórica estabelecida pelo Min. Eros Grau. O Min. Luiz Fux considerou que a dispensa de licitação deve estar fundada em desigualdade justificada, e que essa desigualdade está presente em parcerias da

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015, p. 77. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹¹⁸ Esse entendimento faz referência à “função regulatória da licitação”, anteriormente apresentada pelo Min. Luiz Fux.

Administração Pública com OS. Está presente, inclusive, pois a dispensa de licitação possui um papel claro – consoante à função regulatória da licitação. Ambos os ministros partiram da mesma premissa teórica, mas chegaram a conclusões distintas.

Portanto, o pensamento apresentado pelo Min. Ilmar Galvão – de que o legislador ordinário pode dispensar a licitação conforme quiser – não se perpetuou ao longo da ADI 1.923, visto que os Min. Eros Grau e Min. Luiz Fux consideraram que há necessidade de justificativa para a dispensa da licitação.

Traz-se nova interpretação ao termo “ressalvados os casos especificados na legislação”, do art. 37, inc. XXI, da CRFB¹¹⁹. A interpretação do inciso de maneira isolada do restante do texto constitucional leva à conclusão de que o legislador infraconstitucional estaria autorizado a criar exceções para o dever de licitar como quisesse. No entanto, a argumentação consignada na ADI 1.923 interpreta a CRFB em sua totalidade, o que gera o dever do legislador de observar a igualdade, sob pena de inconstitucionalidade.

É possível dividir as linhas adotadas pelo STF nessa matéria em duas. A primeira foi apresentada pelo Min. Ilmar Galvão, e trata-se dos fundamentos explícitos do dever constitucional de licitar – localizados no art. 37, inc. XXI, da CRFB. A outra tese, delineada pelo Min. Eros Grau e pelo Min. Luiz Fux, acrescenta fundamentos implícitos ao dever de licitar. Dessa maneira, a exigência de licitação não seria fruto apenas da regra presente no art. 37. O dever de licitar seria consequência do princípio constitucional da isonomia.

Ao adotar a tese do Min. Luiz Fux, o STF reconheceu a segunda linha: a licitação é exigência constitucional, em razão de fundamentos explícitos – art. 37, inc. XXI – e de fundamentos implícitos – princípio constitucional da isonomia. No entanto, pode ser afastada, como ocorre em contratos de gestão, pois há razão que justifique esse tratamento desigual¹²⁰.

¹¹⁹ Repise-se: “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

¹²⁰ Nas palavras do Min. Luiz Fux, é a função regulatória da licitação.

Assim, a atuação legislativa acerca de dispensa de licitação é restringida, considerando essa nova interpretação do dever de licitar, vez que legisladores ordinários somente podem dispensar a licitação quando houver justificativa razoável.

6.1.3. A OS possui o dever de licitar?

Além das questões relativas à exigência, ou não, de licitação para qualificação e para celebração do contrato de gestão, questiona-se: a OS deve promover licitação para a celebração de contratos necessários para a execução do objeto da parceria com a Administração Pública?

A OS, por receber recursos públicos, possui regime misto de direito público e privado. Em exemplo, a OS está sujeita a controle externo – típico do regime jurídico de direito público –, mas a remuneração de seus membros não está sujeita à determinação legal¹²¹. Em relação a licitações, essa combinação de direito público e direito privado gera problema prático: a OS deve observar o direito público e, portanto, licitar, ou seguir o direito privado, sem dever de licitar?

A Lei das OS optou pelo segundo entendimento. Em seu art. 4º, afirma que o Conselho de Administração da OS deverá editar regulamento próprio, que discipline as contratações realizadas¹²². Dessa forma, a OS não estaria obrigada a seguir o disposto na Lei de Licitações, mas deve observar o critério imposto pela Lei, elaborando regulamento com procedimentos para contratações.

A CRFB atribuiu à União a competência privativa para editar “normas gerais de licitação”¹²³. Ao ajuizarem a ADI 1.923, os requerentes alegaram

¹²¹ A Lei das OS apresenta que: “art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: [...] V - fixar a remuneração dos membros da diretoria”.

¹²² “VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;”

¹²³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

que a edição de regulamento próprio feriria a competência privativa da União em estabelecer normas gerais.

O STF foi questionado acerca da constitucionalidade deste modelo – que não segue a Lei de Licitações e há edição de regulamento próprio. A argumentação dos ministros permite compreender suas interpretações acerca do dever constitucional de licitar e do âmbito de incidência da Lei de Licitações.

O Min. Ilmar Galvão argumentou conforme os objetivos concretizados na Lei das OS. À época, considerava-se o regime jurídico de direito público inflexível e burocrático, o que levou o Governo a utilizar meios ligados ao regime de direito privado¹²⁴. Dessa maneira, o intuito das parcerias da Administração Pública era flexibilizar o regime jurídico atinente à prestação de serviços públicos. Segundo esse pensamento, a exigência de licitação para que a OS realize compras seria incompatível com esse modelo versátil e ágil, o que é comprovado pela própria Lei das OS, ao considerar que as compras devem ser reguladas por instrumento próprio.

Nesse sentido, o Min. Ilmar Galvão utilizou a finalidade da Lei da OS para demonstrar a necessidade de que a OS não licite. Trata-se de um argumento de caráter funcional, que substitui elementos legais pelo papel que a Lei das OS busca desempenhar.

Também argumenta que a competência privativa da União não seria ferida pela edição própria de procedimentos para compras pelas OS. Para ele, “a edição de norma própria [...] não malfere a competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação, que se dirigem à administração pública e não a organizações não-governamentais e de caráter privado”¹²⁵. A previsão de competência para edição de normas gerais de licitação, positivada na CRFB, seria destinada apenas à Administração Pública, excluídas todas outras entidades que não fazem parte do Poder Público.

¹²⁴ Cf. BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, 1995, pp. 13 – 16. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>, p. 114. Acesso em: 13 out. 2020.

O Min. Luiz Fux consigna que as OS não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública – o que está plenamente de acordo com as manifestações do Min. Luiz Fux quanto à natureza jurídica das OS¹²⁶. Por estarem distantes da definição de Administração Pública, as OS não estariam sujeitas às regras presentes no art. 37 da CRFB.

No entanto, as OS recebem recursos públicos mediante contrato de gestão. Por conseguinte, estariam sujeitas aos princípios que regem o Poder Público, notadamente os do *caput* do art. 37. Esses princípios não incidiriam do mesmo modo que incidem sobre a Administração Pública, devendo ser aplicados de maneira mitigada:

Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado.¹²⁷

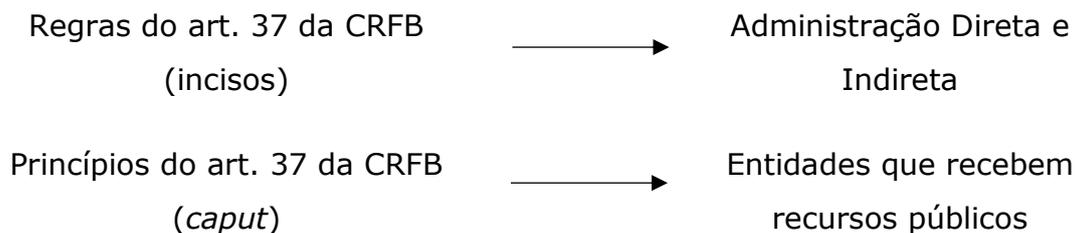
O Min. Luiz Fux, assim como o Min. Ilmar Galvão, utiliza os objetivos da Lei das OS para afastar a incidência de normas. Todavia, o Min. Ilmar Galvão utilizou o intuito das parcerias com OS para justificar a não aplicação de uma regra, ao passo que o Min. Luiz Fux usou o propósito para mitigar a aplicação de princípios.

Além disso, o Min. Luiz Fux também apresenta a natureza jurídica – de direito privado – das OS para justificar a atenuação da aplicação de princípios. Conclui-se que a combinação entre o objetivo consignado na lei e o regime jurídico das OS possibilita a aplicação mitigada dos princípios constitucionais presentes no *caput* do art. 37.

Esquemmatizando o exposto pelo Min. Luiz Fux, tem-se que:

¹²⁶ Para o Min. Luiz Fux, a Administração Indireta é composta apenas por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme explorado no Capítulo 4.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015, p. 78. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em: 13 out. 2020.



Percebe-se que o Ministro operou cisão entre os princípios e as regras do art. 37 da CRFB. Isso significa que não se pode falar em “princípio da licitação” e “princípio do concurso público”, por exemplo, visto que essas matérias estão localizadas nos incisos do art. 37¹²⁸ e, portanto, são regras.

A Administração Indireta recebe recursos públicos – pois é parte do Poder Público –, de forma que está sujeita aos princípios administrativos. Em termos práticos, isso cria um regime mais flexível para entidades que recebem recursos públicos mas não são entes da Administração Indireta, pois estão desvinculadas das regras do art. 37. Os princípios – aos quais a doutrina, em geral, reconhece alto grau de adaptabilidade e plasticidade¹²⁹ – ainda possuem aplicação mitigada para que sejam compatíveis com o modelo de parcerias com OS. Flexibiliza-se ainda mais o regime de OS. Assim, a argumentação do Min. Luiz Fux consolida a lógica presente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, criando base constitucional para regime de flexibilidades.

Essa posição é contraposta pela argumentação do Min. Marco Aurélio, que percebe a licitação como exigência do princípio republicano — sem deixar de lado a isonomia. Para ele, o procedimento licitatório é o modo de tratar o patrimônio estatal como público, distante do patrimonialismo. Toda atividade estatal deve submeter-se ao regime jurídico de direito público, pois este é expressão do republicanismo a garantir o caráter público dos recursos.

Por essa razão, a edição de regulamento próprio, por OS, seria afronta ao princípio republicano. O Min. Marco Aurélio entende que:

¹²⁸ Os efeitos práticos dessa percepção são extremamente distintos, a depender da corrente doutrinária adotada acerca da distinção entre regras e princípios.

¹²⁹ Importante salientar que esse tema está distante de consenso – Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.

No mundo dos fatos, portanto, a legislação impugnada autoriza que uma entidade, com rótulo de pessoa jurídica privada – selecionada discricionariamente pelo gestor público –, mas com patrimônio público, servidores públicos, receitas públicas e dirigentes integrantes do Poder Público, exerça as próprias atividades sem respeitar as regras do regime jurídico público.¹³⁰

A inconstitucionalidade da ausência de licitação ocorreria em razão de tratamento privatístico da coisa pública, o que estaria em desacordo com o princípio republicano.

O Min. Marco Aurélio ainda tece críticas ao pensamento do Min. Ilmar Galvão – de que o legislador infraconstitucional pode dispensar a licitação quando desejar. Citando Celso Antônio Bandeira de Mello, o Min. Marco Aurélio afirma que permitir a ausência de licitação por deliberações legislativas ordinárias seria negar a estatura constitucional do “princípio licitatório”, visto que poderia ser derogado pela legislação infraconstitucional.

Ao longo da ADI 1.923, o STF acrescentou novas razões, especialmente principiológicas, para exigência de licitação. Ao fundamento explícito foram somados os fundamentos implícitos, de maneira que o procedimento licitatório passou a ser visto como exigência da isonomia e do republicanismo.

Existe contradição no posicionamento do STF quanto ao dever de licitar: ao mesmo tempo que reafirmou a licitação – como exigência de regra constitucional e de princípios –, reduziu o âmbito de incidência do dever de licitar.

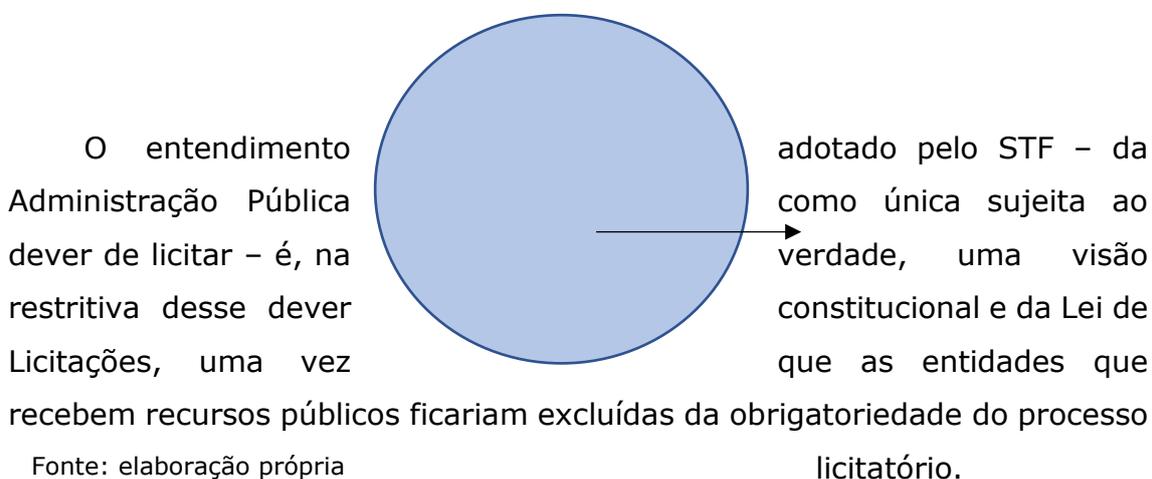
Outra divergência relativa a este tema reside na natureza jurídica do dever de licitar. Para o Min. Luiz Fux, a exigência de licitação é regra formal, por estar localizada nos incisos do art. 37 da CRFB. Já para o Min. Marco Aurélio, é um princípio constitucional. Entretanto, essa oposição não foi efetivamente discutida, uma vez que se restringiu a curtas passagens nos votos dos ministros.

Há um adicional dissenso quanto ao dever de licitar, relativo a seu caráter subjetivo. Na ADI 1.923, dois caminhos foram traçados: critério que

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015, p. 102. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em: 13 out. 2020.

considera a natureza jurídica do contratante, no qual a Administração Pública é sujeita ao dever de licitar, excluídas todas as outras entidades; e outro de consideração orçamentária, para o qual os entes – públicos ou privados, como OS – que recebem recursos públicos estão sujeitos ao dever de licitar.

O critério da natureza jurídica possui a Administração Pública como elemento subjetivo. No entanto, o Poder Público utiliza patrimônio público, de forma que está sujeito ao dever de licitar mesmo que se adote o critério orçamentário. Assim, o critério orçamentário contém o critério da natureza jurídica:



Em síntese, o STF diminuiu a incidência do dever de licitar e da Lei de Licitações na ADI 1.923. Essa interpretação restritiva pode ser separada em dois componentes:

- Elemento objetivo: é apenas o contrato – formado pela contraposição de interesses e com objetivo de lucro
- | | | |
|--|--|--|
| <p>Critério da natureza jurídica – Administração Pública é sujeita do dever de licitar. Não inclui OS.</p> | | <p>Critério orçamentário – entidades que recebem recursos públicos devem licitar. Inclui OS.</p> |
|--|--|--|

- Elemento subjetivo: somente a Administração Pública possui o dever de licitar;

Contudo, há valorização dos princípios constitucionais nos procedimentos para formação de contratos, seja pela Administração Pública ou por OS. Há, igualmente, restrição do dever de licitar, especialmente considerando a Lei de Licitações, mas não há contenção de um procedimento impessoal que garanta a idoneidade da contratação.

7. Qual a relação entre estrita legalidade e princípios?

A Administração Pública está vinculada a diversos princípios positivados ao longo do texto constitucional. Há princípios explícitos – como aqueles insculpidos no *caput* do art. 37¹³¹ - e princípios implícitos, que decorrem de outras normas constitucionais.

Esses princípios moldam a atuação do agente público, devendo estar presentes em todas as atividades administrativas. Mesmo as decisões discricionárias os devem atenção, de forma que o administrador público está vinculado a eles nas mais diversas hipóteses.

Por essa razão, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos princípios. É necessário que as decisões judiciais os observem, verificando sua relação com o restante do sistema normativo.

A aplicação de princípios em decisões judiciais pode ocorrer de diversas formas¹³², revelando distintas posturas do Poder Judiciário em relação à Administração Pública. Especificamente em relação à ADI 1.923, nota-se que os ministros, em seus argumentos, aplicam os princípios para (i) subsidiar declaração de inconstitucionalidade de norma em abstrato e para (ii) controlar concretamente a atividade administrativa.

A utilização dos princípios constitucionais para declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica foi operada por ministros ao longo da ADI 1.923. Segundo esta linha argumentativa, a norma jurídica deve dar pouca discricionariedade ao agente público, de forma que sua atuação dentro da

¹³¹ “Art. 37. 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: [...]”

¹³² Em exemplo, podem declarar abstratamente uma norma inconstitucional por violar princípios, vedar práticas concretas que não observam princípios, utilizar os princípios como parâmetro de controle, dentre outros.

estrita legalidade¹³³ também observará os princípios constitucionais. Esse entendimento é exemplificado no voto do Min. Marco Aurélio:

[...] o que fez o legislador? Emprestou ao administrador público verdadeiro cheque em branco para qualificar entidades privadas como organização social. [...]

Tamanho margem de discricionariedade, sem balizas objetivas mínimas, abre espaço para decisões arbitrárias do administrador, a caracterizar ofensa direta aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade administrativa.¹³⁴

A concepção apresentada aplica os princípios abstratamente, uma vez que os princípios encerram a validade da norma jurídica logo no controle concentrado de constitucionalidade.

Essa perspectiva entende que a observância aos princípios depende de estrita legalidade, ou seja, que a norma deve possuir alto grau de detalhamento, sem conferir grande discricionariedade ao administrador público, sob pena de que este atue em desconformidade aos princípios. Demonstra-se desconfiança do administrador e pressupõe-se que, se lhe for dada maior discricionariedade – distante de legalidade estrita, que prevê detalhadamente o comportamento do administrador –, o agente público irá atuar sem observância aos princípios constitucionais, o que violaria a CRFB, subsidiando a declaração de inconstitucionalidade.

A aplicação excessivamente legalista de princípios, apegada a regras, também desvaloriza a discricionariedade administrativa. Isso porque considera que o escopo do juízo de conveniência e oportunidade deve ser minuciosamente explicitado no texto legal, sendo possível que o administrador público atue somente com estrita observância a regras legais. Caso contrário, o agente público utilizará a discricionariedade para violar os princípios constitucionais.

¹³³ Chama-se de "estrita legalidade" o apego a regras jurídicas, minuciosas e de conteúdo detalhado. Por essa razão, os princípios não fazem parte da estrita legalidade.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> pp. 110 - 111. Acesso em: 31 out. 2020.

Ainda, restringe-se a atividade legislativa, uma vez que o legislador ordinário somente poderia produzir leis excessivamente detalhadas, com pouco espaço para atuação discricionária. Seria inconstitucional qualquer lei que gerasse situações nas quais o administrador possui grande discricionariedade, uma vez que essa lei poderia – potencialmente – gerar situações de descumprimento de princípios¹³⁵, por não pormenorizar como o agente público deverá se comportar.

A outra hipótese de aplicação possível de princípios é concreta, ligada à conduta do agente público. Nesse sentido, não é necessário que a norma detalhe exaustivamente as medidas a serem tomadas pelo administrador público, mas sua interpretação à luz dos princípios garante a observância à CRFB. Essa perspectiva é utilizada pelo Min. Luiz Fux – e consagrada na votação da ADI 1.923 – como pode ser visto:

- (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;¹³⁶

Como os princípios devem guiar toda ação administrativa, as normas jurídicas não precisam prever minuciosamente a atividade do agente público, o que possibilita maior discricionariedade. Permite-se que o gestor possua mais liberdade em suas decisões, não sendo somente “braço mecânico” da legislação. No entanto, tamanha liberdade é sempre acompanhada da incidência de princípios constitucionais.

Essa perspectiva – de maior discricionariedade administrativa, demonstra menor desconfiança acerca do agente público. A atuação administrativa não precisa ser excessivamente regrada, visto que se espera que o administrador público aja de acordo com a principiologia publicista.

¹³⁵ Mesmo existindo possibilidade de sanção posterior.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>> p. 83. Acesso em: 01 nov. 2020.

Essa concepção também valoriza os agentes de controle, uma vez que eventuais desvios do administrador são controlados após sua atividade. Confia-se que controladores examinam e verificam a incidência de princípios em casos concretos, analisando como a discricionariedade administrativa foi utilizada.

A utilização de princípios para assegurar que a conduta do administrador deva ser idônea também possibilita atuação mais criativa do legislador ordinário, visto que não há necessidade de excessiva pormenorização de regras acerca da atividade administrativa. Desse modo, o legislador pode editar normas mais abertas, que possuam conteúdo mais fluído e mais plástico, atribuindo maior discricionariedade ao gestor público.

Portanto, há duas perspectivas opostas: de estrita legalidade, que utiliza os princípios como parâmetro de inconstitucionalidade de norma jurídica; e de discricionariedade, que utiliza os princípios para modelar a atuação administrativa. Esses entendimentos demonstram pensamentos diferentes acerca da Administração Pública e de sua relação com a legalidade – a primeira corrente desabona a tomada de decisão pelo Poder Público, ao passo que a segunda entende a Administração Pública como espaço legítimo para tomada de decisão.

Na ADI 1.923, o segundo entendimento prevaleceu, demonstrando confiança no administrador público, valorização a discricionariedade administrativa e utilização de princípios para verificar o comportamento do agente público, no exercício de sua discricionariedade.

8. Conclusão

As argumentações presentes na ADI 1.923 permitem compreender as limitações que a CRFB impõe a parcerias com OS e a temas correlatos, na visão do STF.

O primeiro ponto debatido foi o conceito de serviços públicos. Ao longo da ADI 1.923, o STF retirou limitações à prestação de serviços públicos: considerou que é atividade titularizada pelo Estado, de forma que não é necessário que sua prestação ocorra em âmbito estatal; consignou que particulares

podem prestar serviços públicos, embora não haja consenso sobre a natureza jurídica dessa prestação por particulares; ainda, dividiu os serviços públicos entre exclusivos e não-exclusivos, afirmando que os serviços públicos não-exclusivos podem ser prestados por particulares sem delegação estatal.

Além disso, o STF considerou a atuação indireta – prestação de serviços públicos por meio de estímulos aos particulares – como constitucional. Para isso, utilizou o art. 174¹³⁷ da CRFB como base da atuação indireta, ao passo que o art. 175¹³⁸ foi utilizado como norma para atuação direta. Entendeu que, não havendo imposição explícita no texto constitucional, o agente público pode escolher o modo de prestação do serviço – se direto ou indireto. A proporção entre atuação direta e indireta também cabe ao administrador público eleito.

Percebe-se que, nesse tema, o STF interpretou a CRFB de modo a excluir diversas limitações à prestação de serviços públicos, não formando, na ADI 1.923, restrições ao modo de prestação do serviço público e à proporção entre atuação direta e indireta e à participação de particulares no serviço público – salvo no serviço público exclusivo.

Em oposição, o STF considerou que a CRFB apresenta limitações ao conceito de Administração Indireta. De duas interpretações aventadas¹³⁹, optou por considerar o art. 37, inc. XIX¹⁴⁰ como taxativo em relação às formas jurídicas para formação de entes da Administração Indireta. Por essa razão, a CRFB limita a Administração Indireta a autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Também há limitações impostas pela CRFB ao controle. Em relação ao controle financeiro, o STF considerou que o controle exercido pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público de entidades que recebam recursos

¹³⁷ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

¹³⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

¹³⁹ Uma de natureza ampliativo-material e outra, taxativo-formal.

¹⁴⁰ “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

públicos possui base constitucional, de forma que não pode ser afastado pela legislação, incidindo mesmo sobre subsistemas que não o afirmam diretamente.

Do mesmo modo, o controle interno é imposição constitucional. Entretanto, esse tipo de controle é formatado pela própria legislação do subsistema. Sua incidência é exigência da CRFB, mas é essencial que a legislação infraconstitucional disponha sobre o controle interno.

Esses controles – financeiro e interno – incidem em razão do recebimento de recursos públicos pela OS. Dessa maneira, a CRFB também impõe que entidades que utilizem recursos públicos sejam controladas, em termos de controle financeiro e interno.

O STF também assegurou a possibilidade de responsabilização de gestores da OS por improbidade administrativa. Como a improbidade administrativa pode se dar por violação aos princípios, a OS deve observância aos princípios administrativos.

Esses princípios, por sua vez, devem ser compatibilizados para não frustrarem a flexibilidade de OS. Entretanto, o STF não realizou ou estabeleceu parâmetro para essa compatibilização, transferindo esse ônus decisório aos demais entes de controle.

Conclui-se que a CRFB impõe que a OS observe os princípios administrativos, mas o STF não apresenta as fronteiras dessa limitação imposta.

Pela aplicação de princípios a OS, o STF afirmou o controle de meios – aqui entendido como a verificação formalística da atividade decisória e de atos dos gestores de OS –, de forma que o controle por resultados não é o único presente em contratos de gestão. Como a observância da OS a princípios é imposição constitucional, entende-se que o controle de meios é, do mesmo modo, imposto pela CRFB. Ressalta-se que o controle de meios não desautoriza o controle por resultados, mas perde importância relativa quando existente o controle por resultados.

O STF também sedimenta que a Administração Pública é controladora em parcerias com OS, especialmente por meio da possibilidade de

desqualificação. Essa função de controle ocorre concomitante à posição de partícipe no contrato de gestão. Por conseguinte, o Poder Público e a OS não possuem paridade, estando a Administração Pública em posição jurídica superior à contratada.

Esse controle realizado pelo Poder Público possui duas bases diferentes. A primeira é legal, oriunda das disposições da Lei das OS e do restante do ordenamento jurídico, presente em todos os contratos de gestão. Já a segunda base é contratual, proveniente de cláusulas contratuais, delineadas pela discricionariedade administrativa e verificadas a partir de cada contrato de gestão. Assim, a Lei das OS positiva dois aspectos possíveis de controle: o controle legal e o controle contratual.

Ao realizar a chancela desse modelo, o STF entendeu que a CRFB não veda o controle a ser exercido pela Administração Pública e o controle contratual. Desse modo, o STF valorizou a discricionariedade administrativa, que é capaz de adaptar o contrato de gestão ao caso concreto. Percebe-se que o controle contratual deve ser verificado no caso concreto, sem partir de perspectivas universalizadas, sob pena de enrijecer os contratos de gestão.

O STF também interpretou a CRFB de modo a excluir diversas relações jurídicas do dever de licitar. Primeiramente, considerou os contratos como produto de interesses contrapostos – divididos em prestações e contraprestações – e com feição lucrativa. Ao passo que convênios – como, na visão do STF, é o contrato de gestão – possuem interesses recíprocos e uma finalidade compartilhada. Em seguida, afirmou que não há necessidade de licitação para escolha do partícipe em convênios, de forma que estão imunes à incidência do dever de licitar.

A qualificação da entidade privada como OS também não deve ser precedida de licitação. Isso porque a qualificação é ilimitada – todas as entidades que atenderem aos requisitos podem receber o título de OS –, de forma que não há competição. Além disso, a qualificação ocorre pela verificação de atos formais e objetivos, não havendo espaço para discussões materiais.

Na ADI 1.923, o elemento subjetivo do dever de licitar foi discutido. Duas interpretações foram apresentadas: somente a Administração Pública

ou todos os entes que recebem recursos públicos. O primeiro entendimento foi vencedor, de modo que entes como OS não estão obrigados a licitar.

Assim, o STF interpretou a CRFB e a Lei de Licitações de modo a apresentar quatro requisitos à incidência do dever de licitar: tratar-se de contrato – em sentido técnico; esgotabilidade do objeto do procedimento; existência de atos que não sejam somente formais e objetivos; a Administração Pública ser contratante.

Além disso, a Lei de Licitações positiva que, no que couber, deve ser aplicada a convênios¹⁴¹. Entretanto, o STF não realizou exame de compatibilidade entre essa lei e o contrato de gestão, não apresentando o que, da Lei de Licitações, cabe em parcerias com OS. Em vista disso, o administrador público não sabe quais limitações impostas pela Lei de Licitações aplicam-se à celebração do contrato de gestão. Essa situação gera insegurança jurídica, mas deve ser percebida de maneira funcional pelos agentes envolvidos, em busca de boas contratações.

Ainda em tema de licitações, o STF consignou importante limitação imposta pela CRFB. Afirmou que o dever de licitar não decorre somente de sua exigência expressa na CRFB, mas é exigência de diversos princípios constitucionais, como o princípio republicano e o princípio da impessoalidade. Por conseguinte, a CRFB exige justificativa – razões fáticas que legitimem a ausência de licitação – para que o dever de licitar seja afastado, e não mera vontade do legislador ordinário.

Especificamente em relação às parcerias com OS, a legitimidade da inexistência de licitação decorreria da função regulatória da licitação, que busca induzir práticas sociais benéficas – no caso, o fomento a entidades sem fins lucrativos que prestam serviços públicos.

Na ADI 1.923, também se discutiu a distinção entre princípios e regras. O voto vencedor consolidou que o caput do art. 37 da CRFB possui princípios, ao passo que os incisos desse artigo contém regras. Ainda, definiu-se que as

¹⁴¹ “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

regras se aplicam somente à Administração Direta e Indireta, mas que os princípios vinculam também entidades que recebem recursos públicos.

Por um lado, a CRFB impõe que entidades que recebem recursos públicos observem os princípios constitucionais, conforme visto anteriormente. Em outro ângulo, o texto constitucional não vincula essas entidades às regras do art. 37, sendo possível a utilização de recursos públicos sem observância a essas regras. Essa interpretação permite diversas atuações legislativas e práticas que inovem em matéria de parcerias, pois esses acordos podem se pautar em regras distintas daquelas do art. 37.

Também em tema de princípios, os ministros apresentaram duas interpretações distintas. A primeira acredita no excessivo detalhamento de condutas do administrador na lei, de forma que o cumprimento de princípios está ligado à forte legalidade. Consequentemente, há baixa discricionariedade e desconfia-se do gestor público. Em oposição, outro entendimento – adotado pelo STF, por maioria dos votos – percebe os princípios como molde da atuação administrativa, de modo que não é necessário que a lei detalhe minuciosamente a ação do administrador público, uma vez que a observância aos princípios manterá sua idoneidade. A perspectiva vencedora entende que a CRFB não veda a maior conferência de discricionariedade ao agente público e não impõe que a legislação detalhe excessivamente a atuação administrativa.

Entende-se que as disposições da Lei das OS e a argumentação do STF na ADI 1.923 permitem entender que o contrato de gestão é uma ferramenta inovadora, por criar modelo para a Administração Gerencial, com parcerias com entidades sem fins lucrativos e prever o fomento. Também não há extremas limitações impostas pela CRFB à prestação de serviços públicos, permitindo que o administrador utilize diferentes meios para sua prestação.

Da mesma forma, o STF compreendeu que a CRFB permite aumento da discricionariedade administrativa, possibilitando inovação e a adaptação do contrato ao caso concreto. É dado fim ao modelo de hiperlegalização, no qual o administrador é somente aplicador da lei, para se tornar verdadeiro agente racional, com alta capacidade decisória. Do mesmo modo, a anuência para a

presença de controle contratual e a desnecessidade de procedimento licitatório para celebração do contrato de gestão demonstram que as parcerias com OS são pensadas a partir do vínculo estabelecido entre a Administração e a OS, com menor utilização de contratos rígidos e detalhados pela legislação. Percebe-se que a interpretação da CRFB autorizou uma mudança de eixo do direito administrativo, com o deslocamento de parte da racionalidade decisória consolidada na legislação para a competência do administrador.

Diante das profundas alterações operadas, o contrato de gestão deve ser visto como um contrato flexível e adaptável, conforme demonstrado pela utilização de princípios na ADI 1.923. Como visto, os princípios possuem alta plasticidade, permitindo uma atuação versátil e rápida. O STF ainda afirmou que esses princípios devem ser compatibilizados com a natureza privada de OS, não impedindo sua atuação flexível.

Além disso, a natureza jurídica definida para OS – de entidade particular que colabora com o Poder Público – traz regime mais maleável, se comparado à Administração Direta ou Indireta, o que permite decisões da OS menos ligadas a regras constitucionais.

Essa flexibilidade – que deve ser encontrada nas decisões administrativas quanto ao tema, nos contratos de gestão e nas OS – deve ser explorada pelo Poder Público, baseando-se em experiências anteriores para aperfeiçoar o modelo. Em razão do potencial de parcerias com OS, derivado da discricionariedade e da flexibilidade, o contrato de gestão pode ser uma importante ferramenta de gestão pública e de inovação. É um instrumento em potencial para persecução de fins do Estado brasileiro – além do seu uso tradicional, relativo a serviços públicos –, como a busca por boas práticas de gestão e a efetivação de direitos fundamentais.

Conforme exposto anteriormente, o STF chancelou e trouxe maior base jurídica à inovação e à flexibilidade de parcerias com OS, afirmando poucas imposições constitucionais no tema. Dessa maneira, é essencial que os agentes de controle e a própria Administração Pública considerem, no momento de tomada de decisão, essa lógica – de inovação e flexibilidade – apresentada pela Lei das OS e ratificada pelo STF. Isso significa notar que os fundamentos

e objetivos das parcerias com OS são distintos de tipos contratuais clássicos, como aqueles previstos na Lei de Licitações. É necessário que os controladores entendam como legítimo o espaço para decisões do administrador, sob pena de redução dos objetivos dos contratos de gestão.

A ausência de definição, pela Lei das OS e pelo STF, de determinados limites impostos pela CRFB – como a compatibilização entre princípios e a natureza privada de OS, ou o modelo de controle de resultados somado ao controle de meios – possibilita que esses tópicos sejam verificados no caso concreto, permitindo atuações criativas e inovadoras. Entretanto, para que não exista insegurança jurídica, os órgãos de controle e o Poder Público devem atuar de modo estável, seguindo lógicas estabelecidas previamente e mantendo coerência decisória.

Assim, o ambiente regulatório criado pela Lei das OS e pelas limitações constitucionais apresentadas na ADI 1.923 deve ser utilizado de maneira funcional e finalística, por gestores, legisladores e controladores. A ausência de afirmações concretas e objetivas em relação a temas explorados exige alto grau de cooperação institucional, capaz de eliminar – ou reduzir imensamente – a insegurança jurídica. Ao mesmo tempo, essa maleabilidade de conceitos possibilita atuação flexível e inovadora do Poder Público, que é espaço legítimo para tomada de decisão nesse tema.

9. Referências bibliográficas

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do contrato administrativo à administração contratual. In: Revista do Advogado - Contratos com o Poder Público. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, a. XXIX, n. 107, dez./2009.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública. In: PEREZ, Marcos Augusto; e PAGANI DE SOUZA, Rodrigo (coords.). Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL, Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 15 out. 2020.

BRASIL. Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mai. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Brasília, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 16 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em 06 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 01 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>. Acesso em 19 set. 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público (Brasília), Brasília, v. 47, n. 1, 1996. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em 05 out. 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional, São Paulo, Ed. 34, Brasília: ENAP, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma nova lei de licitações. Gazeta Mercantil, 27 set. 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Articles/1996/736.Uma_Nova_Lei_de_Licitacoes.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o Público Não Estatal. In: Luiz Carlos Bresser Pereira; Nuria Cunill Grau. (Org.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. 1ed., Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

COLI, Guilherme Mantovani. As Organizações Sociais e a ADI 1923-DF: o que já pensava o TCU sobre essas entidades?. 2015. Disponível em <<http://sbdp.org.br/publication/as-organizacoes-sociais-e-a-adi-1923-df-o-que-ja-pensava-o-tcu-sobre-essas-entidades/>>. Acesso em 22 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 29a. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: Direito administrativo econômico, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo, 21a. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o 'administrador médio' do TCU?. Jota, 22 ago. 2018. Disponível em <[www.jota.info/opiniao-e-](http://www.jota.info/opiniao-e)

analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em 29 out. 2020.

REIS, Tarcila. JORDÃO, Eduardo. A Experiência Brasileira de MIPs e PMIs: Três Dilemas da Aproximação Público-Privada na Concepção de Projetos. In: Marçal Justen Filho; Rafael Wallbach Schwind. (Org.). Parcerias Público-Privadas - Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. 1ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

SANCHEZ, Victoria Spera. A Gestão Descentralizada dos Museus do Estado e São Paulo: Uma análise do controle estabelecido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP). Disponível em <<http://sbdp.org.br/publication/a-gestao-descentralizada-dos-museus-do-estado-de-sao-paulo-uma-analise-do-controle-estabelecido-pelo-tribunal-de-contas-do-estado-de-sao-paulo-tce-sp/>>. Acesso em 29 out. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.

SUNDFELD, Carlos Ari. PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. Revista Direito GV (Online), v. 13, 2017.