



Escola da Magistratura do Estado Rio de Janeiro

A Constitucionalidade da Dispensa de Licitação para a Contratação de Organizações Sociais

Ursula Costa Albudane

Rio de Janeiro  
2013

URSULA COSTA ALBUDANE

**A Constitucionalidade da Dispensa de Licitação para a Contratação de Organizações  
Sociais**

Artigo Científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato  
Sensu da Escola de Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## A CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Ursula Costa Albudane

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** Com a disseminação das pessoas jurídicas integrantes do terceiro setor nos últimos anos, aliada à necessidade de implementação das garantias e direitos fundamentais por parte do Estado, torna-se cada vez mais comum observar organizações sociais atuando lado a lado com o Estado, quando não presta o serviço diretamente ao cidadão. Considerando os enormes entraves na contratação do particular para execução de um serviço público, o legislador criou hipóteses de dispensa de licitação para essa nova realidade. Cuida-se de uma nova realidade, bastante utilizada pelo Estado, em que não se transfere mais recursos ao particular para que este obtenha lucro, mas sim busca um parceiro na gestão do serviço público. A controvérsia recai sobre a constitucionalidade da contratação dispensada de licitação por parte do Estado. Destarte, o presente trabalho traz ponderações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional-Administrativo. Terceiro Setor. Licitação. Contratação Direta por Dispensa. Direitos Fundamentais e Transconstitucionalismo.

**Sumário:** Introdução. 1. As Instituições Sociais, a Defesa dos Direitos Fundamentais e o Transconstitucionalismo. 2. As Organizações Sociais - Análise da Legislação Aplicável. 3. Breves Anotações sobre Procedimento Licitatório e a Contratos Administrativos. 4. A Constitucionalidade da Dispensa de Licitação para a Contratação de Organizações Sociais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho em comento aborda o tema da constitucionalidade da previsão de contratação de entidades sociais integrantes do terceiro setor pelo Poder Público sem necessidade de procedimento licitatório prévio, determinada pelo art. 24, XXIV, da Lei

8.666/93. Trata-se de uma dispositivo legal oriundo da necessidade de não se observar tantos requisitos burocráticos quando da contratação de entidades desprovidas de interesse lucrativo. Relevante e controverso, o tema apresenta importância na medida em que o administrador público deve atuar sempre pautado nos princípios da isonomia, moralidade e interesse público.

Nesse sentido, um dos objetivos do presente estudo é expor a evolução das instituições sociais, identificá-las nos modelos contemplados pela legislação atual e demonstrar as formas de atuação paralela com o Estado.

Ressalta-se, ademais, a discussão doutrinária acerca da violação ou não dos princípios administrativos pelo Estado, quando da contratação por dispensa de licitação, assim como é trazida à baila as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Por fim, verificar-se-á que a atuação administrativa solitária, sem a participação da sociedade civil, na persecução do interesse público, com a contratação e contraprestação do serviço não surtirá o mesmo efeito do que na companhia das organizações sociais, que lidam diretamente com a população mais carente. Por conseguinte, qualquer tipo de inovação legislativa, que desonere os encargos na contratação das organizações sociais, será sempre muito bem recebida pela sociedade, já que o princípio da eficiência será levado ao grau máximo.

## **1. AS INSTITUIÇÕES SOCIAIS, A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRANSCONSTITUCIONALISMO**

O surgimento das instituições filantrópicas teve por base um sentimento de solidariedade, de ajuda mútua ao próximo que carece de alguma necessidade básica, no qual a

desigualdade social se apresenta como uma das principais causas. De certa forma, aquele que possui mais recursos sente-se responsável pela situação de miserabilidade de boa parte da população.

É com esse sentimento de amor ao próximo enlaçado à fé que muitos se organizaram para diminuir a desigualdade social, de forma que doavam parte do seu patrimônio pessoal para tratar os mais carentes com a orientação da Igreja Católica. Ao discorrer sobre o tema, Ricardo Voltolini<sup>1</sup> afirma que se deve: “considerar a tradição de generosidade ou solidariedade fortemente baseada em valores assistencialistas e paternalistas existentes na sociedade brasileira”.

Nesse contexto, surgiu o denominado “terceiro setor” organizado, inicialmente, era formado essencialmente pela Igreja Católica, o qual tinha por base a caridade cristã e o caráter missionário. O objetivo principal era suprir determinadas necessidades da sociedade, que o Estado não consegue atingir. Por isso, ainda que hoje a Igreja não atue de forma tão incisiva, as organizações integrantes sociais continuam atuando no campo em que prevalece sempre a solidariedade<sup>2</sup>.

Com efeito, o público alvo das organizações sociais é o hipossuficiente, ou seja, aquele que é verdadeiramente carente de algum recurso, geralmente situado em uma condição inferior dentro da própria sociedade. Aliás, essa condição de inferioridade sempre foi preocupante, tanto que a Constituição Federal vigente, em seus arts. 4º, I, e 5º, inciso LXXIV, e a Lei Federal n. 1.060 de 1950 previram a solidariedade como base estruturante da sociedade brasileira e assistência jurídica integral e gratuita aos menos favorecidos.

A expressa proteção constitucional acerca da assistência aos menos favorecidos trata apenas da situação jurídica, entretanto, não se poder olvidar que a hipossuficiência denota

---

<sup>1</sup> VOLTOLINI, Ricardo (Org). *Terceiro setor: planejamento e gestão*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2004, p. 17.

<sup>2</sup> FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Annablume, 2002, p. 141.

mais duas vertentes que deverão ser observadas pelo intérprete, quais sejam, a econômica e a de informação.

Com isso, o hipossuficiente, a fim de ter seus direitos fundamentais garantidos de forma efetiva, deve se encaixar em uma das três hipóteses, ainda que a previsão constitucional refira-se tão somente ao aspecto jurídico. Nesse contexto, as organizações sociais, muitas vezes, podem explorar os três ramos concomitantemente<sup>3</sup>.

Como base estruturante do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional basilar, haja vista a previsão no art. 1º, III, da Constituição Federal, ganha bastante relevo. Esse fundamento é muito importante, porquanto é considerado um princípio informador de toda ordem jurídica, quando assegurados os demais direitos fundamentais inerentes à pessoa. Além disso, conforme define a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo axiológico do estado de direito garantidor dos direitos fundamentais.

Por outro lado, deve-se salientar que os direitos fundamentais, quando analisados na órbita internacional, são recebidos como direitos humanos, os quais ganharam maior importância com as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, em que teve como percussores Adolf Hitler e Stálin, verdadeiras ameaças à paz e à estabilidade internacional. Por conseguinte, os direitos humanos não puderam mais ser concebidos como generalidade dos Estados individualmente considerados, mas sim como inerentes e inalienáveis à pessoa humana. O indivíduo passou a ser um objeto de compaixão da área internacional e deixou de ser uma questão doméstica do país<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> SOUZA, Rogério de Oliveira. *Da hipossuficiência*. [2005]. Disponível em: <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f397314c-d05e06d3b6ca&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-d05e06d3b6ca&groupId=10136)>. Acesso em: 03 jul 2011.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 338.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 59.

A defesa de uma ordem jurídica única conjugada com as diversas normas internacionais fez surgir o transnacionalismo, que é uma forma de se observar um regime jurídico único para todos os Estados. O transnacionalismo indica que os problemas nacionais comuns devem ser discutidos por vários tribunais, de forma que se tenha um diálogo constitucional para problemas que não se resolvem no constitucionalismo interno de casa Estado. Evidentemente, o tratamento conferido aos direitos humanos pela forma supranacional é a melhor forma de efetivação dos direitos fundamentais. Essa tese, inclusive, é defendida por Marcelo Neves<sup>6</sup>, que afirma que a transformação da sociedade conjugada com a complexidade das lides é a base de todo transconstitucionalismo. Observa-se:

O constitucionalismo relaciona-se com transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna. O incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Há não só um desintricamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional. Mediante esse processo, a sociedade torna-se 'multicêntrica' ou 'policontextual'. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente, desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna 'centro do mundo', a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos.

O transconstitucionalismo pressupõe a concorrência de ordens jurídicas distintas de forma a se complementarem, em que jamais uma prevalecerá sobre a outra. Logo, a finalidade precípua é a formalização de um diálogo entre os diversos organismos no plano internacional para tratar questões importantes relacionadas aos direitos humanos. Segundo George

---

<sup>6</sup> NEVES *apud* SOARES, Adriano. *Transconstitucionalismo e sociedade policêntrica*. [2009]. Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/fl5f1xo1art6/transconstitucionalismo-e-sociedade-policentrica-04023066E0B153E6?types=A>>. Acesso em: 03 dez 2011.

Marlmelstein Lima<sup>7</sup>, a finalidade não é saber quem é que tem a última palavra sobre um determinado problema, entretanto, fomentar esse debate das questões comuns, em suas palavras:

Na prática, isso significa que os juízes nacionais, no julgamento dos casos, devem aproveitar o material informativo desenvolvido por outras cortes pelo mundo afora, a fim de determinar com mais consistência o conteúdo dos direitos fundamentais. Isso permitiria que os juízes testassem a compreensão de suas próprias tradições, comparando-as com outras visões de mundo, ampliando o seu repertório de conhecimento e, assim, produzindo decisões melhores.

Conforme leciona Flávia Piovesan<sup>8</sup>, ocorreu um Movimento de Direito Internacional dos Direitos Humanos, que nada mais é do que a humanização do direito internacional ao reconhecer que o Estado será responsabilizado quando não respeitar os direitos humanos protegidos internacionalmente<sup>9</sup>. Tem por base o fato de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e a comunidade internacional tem o direito e a responsabilidade de protestar, caso o Estado descumpra.

Na visão de Kildare Gonçalves de Carvalho<sup>10</sup>, a Constituição Federal não tem a missão de defender a autonomia do indivíduo em face do Poder Público, em que se tenha um sistema garantista da vida privada, mas sim a defesa e a realização de valores constantes de ambientes socioculturais.

É nesse sentido que o binômio “dignidade humana - solidariedade social” se constitui no fundamento do constitucionalismo internacional comunitário, ultrapassando a concepção de direitos negativos para dar lugar às liberdades positivas.

Portanto, a dignidade humana e a solidariedade social devem ser analisadas sob a conjugação dos esforços de todos os povos, de modo que se atribua proteção supranacional e validade universal. Transformaram-se, em verdade, em núcleo fundamental de todos os

---

<sup>7</sup> LIMA, George Marlmelstein. *O transconstitucionalismo e a jurisdição global dos direitos humanos*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 03 dez 2011.

<sup>8</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 70.

<sup>9</sup> Essa concepção tem maior aplicabilidade com os Estados que possuem constituições rígidas para garantia dos direitos fundamentais, como é o caso do Brasil.

<sup>10</sup> CARVALHO, *op cit*, p. 263.

demais direitos, na medida em que não foram mais tratados dentro da extensão territorial de um país.

De outro giro, ressalta-se que, no Brasil, as organizações sem fins lucrativos surgiram com maior ativismo na década de 70, ainda no regime militar, como fruto de apoio a movimentos sociais e organizações populares, cuja finalidade precípua era a promoção do exercício da cidadania e a defesa de direitos para lutar em favor da democracia.

Esse período era autoritário e as organizações conviviam com a modernização e a diversificação social do país e com a gestação de uma nova sociedade organizada, baseada em práticas e ideários de autonomia em relação ao Estado. Por isso, eram conhecidas apenas nos movimentos sociais. Nessa época, o Brasil vivia o estado de não direito, caracterizado, principalmente, pela prevalência do totalitarismo e do regime militar, na qual preponderava a organização da sociedade em detrimento da justiça, além de privação da liberdade e a censura, em todos os seus aspectos.

O advento da Constituição Federal de 1988 introduziu no catálogo jusfundamental de direitos a dimensão social, além da consagração dos direitos políticos, conforme dispõem os arts. 5º, 6º e 7º. A partir de então, passou a ser possível traçar um conceito sobre o terceiro setor, que ganha relevo internacional em 1990, tendo em vista o desenvolvimento de uma agenda social global pelas Nações Unidas.

É inegável que a Constituição Federal de 1988 trouxe um avanço enorme na consagração dos direitos sociais, tanto que consagrou a liberdade de associação, na qual foi vedada a interferência estatal nas atividades dela, como um direito e garantia fundamental, verdadeira cláusula pétrea.

A expressão “Terceiro Setor” ganhou maior relevo na sociedade brasileira, considerando-se a forma diferente de atuação no mercado. Nota-se que as atividades desenvolvidas não se enquadram em nenhum dos dois setores já sedimentados na economia.

Como cediço, cada setor desempenha determinada função na sociedade, delimitado pelo ordenamento jurídico, que se divide em três, sendo o primeiro formado pelo Estado com a prestação de serviços públicos de todo gênero, é a consagração da vontade popular. A República Federativa do Brasil traça como objetivo fundamental, com previsão no art. 3º da Constituição Federal, a erradicação da pobreza e a redução da marginalização.

Já o segundo setor, corresponde ao exercício da iniciativa privada, com a execução de atividades eminentemente econômico-financeiras, como o comércio e a prestação de serviços, é o ramo onde predomina a busca pelo lucro e circulação de riquezas.

Diferentemente, o terceiro setor apresenta as associações privadas de interesse público. Nesse ramo encontra-se a reunião de parte dos demais setores, visto que são pessoas jurídicas privadas atuando de forma desinteressada. Nas precisas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha<sup>11</sup>:

O nome terceiro setor indica que os entes que estão situados entre os setores estatal e empresarial. Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.

O termo “terceiro setor” tem procedência norte-americana, local onde o associativismo e voluntariado fazem parte de uma cultura política e cívica baseada no individualismo liberal<sup>12</sup>. O antropólogo Rubem César Fernandes<sup>13</sup> define o Terceiro Setor como: “Composto de organizações, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia, do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios”.

---

<sup>11</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Temas de direito administrativo: Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.

<sup>12</sup> MONTAÑO *apud* MINORI, Alan Fernandes. *Breve análise social e jurídica do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3233.pdf>>. Acesso em 10 dez 2011.

<sup>13</sup> FERNANDES, Rubem César. *O que é o terceiro setor?*. Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p.27.

Percebe-se que o terceiro setor é caracterizado por uma conjugação de princípios inerentes ao direito público e ao direito privado, que procura redistribuir a riqueza. As ações do terceiro setor surgem da sociedade civil e obedecem aos ditames da filantropia com o fim exclusivo de melhorar a qualidade de vida das pessoas<sup>14</sup>. Decorre da sociedade civil e não objetiva avocar, de forma alguma, a competência para prestação do serviço público, apenas auxiliar o poder público<sup>15</sup>.

É bom frisar, todavia, que a definição de terceiro setor não é unânime, pois há quem defenda que as atividades por ele desenvolvidas não estão dentro da órbita de atividades governamentais e muito menos se identificam com as atividades privadas, seja do setor agrícola, industrial, seja do setor de serviços. Defende Luiz Carlos Meregé<sup>16</sup> que as organizações integrantes desse setor não têm as características de apropriação privada de lucros, que prestam um serviço público, apenas sobrevivem da transferência de recursos de terceiros, sejam famílias, governo ou empresas privadas.

Por mais que pareçam sinônimos, filantropia e terceiro setor não podem ser confundidos. Filantropia é a mera caridade sem nenhum tipo de organização. As atividades desenvolvidas pelas organizações sociais são classificadas em dois tipos: as de benefício mútuo e as de benefício público, sendo aquelas destinadas apenas a atender os interesses de seus associados/filiados e estas ao interesse social, ambas pautadas na solidariedade.

No Brasil, há várias formas jurídicas de organizações sociais: organizações não governamentais, fundações, associações, instituições voluntárias, entidades civis de interesse público, entre outros. Independentemente da forma jurídica adotada o objetivo perseguido é sempre o mesmo, qual seja, encontrar uma abordagem para os problemas sociais básicos.

---

<sup>14</sup> SEBRAE. *O terceiro setor*. Disponível em: <[http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/associacoes/terceiro\\_setor.htm](http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/associacoes/terceiro_setor.htm)>. Acesso em 29 jan 2012.

<sup>15</sup> MINORI, *op. cit.*

<sup>16</sup> MEREGÉ *apud* PEREIRA, Rodrigo Mendes. *Conceitos, características e desacordos no terceiro setor*. Disponível em: <<http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/conceitoscaracteristicas.pdf>>. Acesso em 12 jun 2012.

## **2. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

Com o reconhecimento das instituições sociais no Brasil, o legislador passou a se preocupar cada vez mais com a proteção desse novo seguimento social. Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1934, em seu art. 154, já previa imunidade tributária aos estabelecimentos de educação gratuita.

No ano seguinte, por meio da Lei Federal n. 91 de 1935, o Brasil passou a reconhecer algumas pessoas jurídicas como de utilidade pública, mediante um processo de qualificação discricionário, sendo o principal requisito o desenvolvimento de um serviço desinteressado à coletividade, considerado, à época, muito singelo, tendo em vista ser um conceito bastante vago. Até porque, não se exigia maiores cautelas quanto à regularidade da documentação da entidade, pois a concessão da qualificação era mera designação, não se verificava qualquer vantagem à época.

Logo após, em 1937, a Constituição considerava as atividades de arte, ensino e ciência como livres à iniciativa particular, momento em que competiu ao Estado promover o estímulo e desenvolvimento delas, através de favorecimentos institucionais ou com a criação de fundações, cujo objeto social fosse esse. Essa nova visão, fez com que o Estado interviesse de forma indireta.

Já, em 1946, a Constituição Federal ampliou a imunidade tributária, originariamente prevista na Constituição de 1934, de forma que as instituições de assistência social, templos de qualquer culto e partidos políticos passaram a ser também contemplados.

A Lei Federal n. 3.577 de 1959 isentou da taxa de contribuição de previdência dos institutos e caixas de aposentadoria e pensões as entidades de fins filantrópicos reconhecidas de utilidade pública, cujos membros de suas diretorias não percebiam remuneração.

A Lei 8.212 de 1991 previu a isenção de contribuição para seguridade social às entidades que preenchessem os requisitos legais da filantropia, todavia, em 2008 foi revogado pela Medida Provisória n. 446.

A Constituição Federal de 1998, em seu art. 150, VI, “c”, prevê a imunidade de impostos sobre o patrimônio e a renda das instituições filantrópicas no seguimento educacional e de assistência social. A previsão constitucional remete o leitor ao Código Tributário Nacional, que dá o regramento para a questão no art. 14. Os requisitos cumulativos para a concessão são: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Outrossim, até hoje se observa a plena vigência da disposição prevista na Lei 4.320 de 1964, em que o legislador faculta a concessão de subvenções e auxílios às entidades privadas de caráter assistencial ou cultural sem qualquer fim lucrativo<sup>17</sup>.

O crescimento do terceiro setor foi grande na década de 90. Com efeito, a lei até então vigente, o Código Civil de 1916, já não atendia mais as necessidades locais. Joana Coutinho, ao analisar a origem das organizações, afirma que esse período foi marcante, uma vez que houve estabelecimento de uma relação formal delas com o Estado.

Ainda impõe salientar, que a Lei 8.866/93, com a alteração promovida pela Lei 8.883/94, passou a prever a possibilidade de contratação de organização sem fins lucrativos sem necessidade de abertura de procedimento licitatório prévio, conforme prevê o art. 24, XIII.

No ano de 2004, a Lei 11.079 foi publicada e instituída a Parceria Público Privada (PPP), modalidade de concessão especial de serviços públicos, concretizada por meio de um

---

<sup>17</sup> FERNANDES, *op. cit.* p. 50-51.

contrato, geralmente, encontra-se mais presente em estabelecimentos prisionais, fornecimento de energia elétrica e leitos hospitalares.

Essa nova parceria é um modelo de sucesso em vários países, como Portugal, Inglaterra, entre outros. Todavia, países em desenvolvimento não alcançam o mesmo êxito, devido à falta de disponibilidade de recursos e a eficiência da gestão do setor privado<sup>18</sup>. Mesmo assim, é um tipo de instituição que atualmente está em evidência no âmbito da Administração Pública, haja vista que visa a suprir a insuficiência de investimentos em infraestrutura por recursos próprios.

A Lei 11.079 de 2004 não definiu certamente o conceito de Parceria Público Privada, limitou-se a afirmar que é um contrato administrativo de concessão. Por isso, coube à doutrina traçar a conceituação. José dos Santos Carvalho Filho<sup>19</sup> define a PPP como sendo:

O acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre pactuantes.

Com isso, criou-se mais um instituto motivador do terceiro setor, já que o que define a parceria é a preocupação com a cooperação técnica ou financeira mútua entre os parceiros, sem qualquer finalidade lucrativa.

Com a alteração legislativa ocorrida em 2007, a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347 de 1985 – ampliou o rol de legitimados à propositura de uma ação civil ao permitir que uma associação civil constituída há um ano, que tenha finalidade institucional ligada à proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, possa ter acesso a esse meio importante de tutela de interesses coletivos.

---

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.* p. 404.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 406.

Ainda em 2007, a Lei 11.107 admitiu a possibilidade de criação de consórcios públicos, tendo por base ideológica o federalismo cooperativo, deu efetividade à alteração constitucional contida na Emenda n. 19, em que o art. 241 passou a ter nova redação. Essa nova concepção é interessante, pois não se admite a participação de particulares, com ou sem finalidade lucrativa, mas tão somente os entes federativos na busca do bem comum.

Como se percebe, até pouco tempo, a legislação brasileira não traçava qualquer tipo de distinção entre as organizações integrantes do terceiro setor. Tal fato gerava uma série de distorções e entraves ao crescimento do setor. Em razão disso, só a partir de 1996 é que se passou a intensificar os debates e a movimentação da sociedade civil, liderado pela Conselho da Comunidade Solidária com a finalidade específica de traçar normas orientadoras das atividades<sup>20</sup>.

A década de 90 foi marcada pela edição de três leis importantes: Lei 9637/98, Lei 9648/98 e Lei 9790/90, as quais autorizam o Poder Executivo a qualificar instituições sociais como Organização Social ou Organização Social de Interesse Público, são as chamadas “OS” e “OSCIP”, entidades autorizadas a celebrar contrato de gestão ou termos de parceria.

A Lei 9.637 de 1997 criou a designação “organização social” para qualificar entidades do terceiro setor que desenvolvam atividades ligadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, desde que preencham os demais requisitos.

Essa qualificação é importante, uma vez que a entidade será considerada um instrumento de transferência de recursos, humanos e materiais, do setor público para o setor privado não-lucrativo, por meio da celebração de um contrato de gestão com as entidades

---

<sup>20</sup> COSTA, Cláudia Soares; VISCONTI; Gabriel Rangel. *Terceiro setor e desenvolvimento social*. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf)>. Acesso em 12 jun 2012.

assim designadas para desenvolver seus próprios objetivos sociais, à livre escolha pela Administração Pública<sup>21</sup>.

O reconhecimento de uma organização social não induz a uma nova forma de pessoa jurídica integrante do terceiro setor, mas sim de um título concedido pelo ente estatal como uma forma de garantir a identificação das entidades que devem ser subsidiadas, financiadas ou fomentadas<sup>22</sup>. As organizações sociais são consideradas pela doutrina como formas de organizações públicas não estatais ou organizações de propriedade pública que não pertencem ao Estado<sup>23</sup>.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>24</sup>, os interessados na qualificação, deverão ter personalidade jurídica de direito privado, não podem ter finalidade lucrativa e destinar-se ao desenvolvimento das habilidades citadas no art. 1º da Lei 9637 de 98. Preenchidos os requisitos, essa qualificação não tratará de uma nova forma de pessoa jurídica, mas apenas de uma qualificação especial, da mesma forma, não integrará o sistema formal da Administração Pública, somente serão consideradas como entidades parceiras do Poder Público.

Segundo a Secretaria de Governo da Reforma do Estado, “o propósito central do Projeto Organizações Sociais é proporcionar um marco institucional de transmissão de atividades para o terceiro setor [...]”<sup>25</sup>. Todavia, esse novo modelo de instituição filantrópica não permite que a instituição atue com a espontaneidade natural, haja vista a sua vinculação direta e imediata com o seu contratante, inclusive, recursos humanos e materiais são provenientes dele, logo, nada mais óbvio do que atuação seguidora dos ditames traçados.

---

<sup>21</sup> ROCHA, *op cit.*, p. 102.

<sup>22</sup> FERNANDES, *op cit.*, p. 366.

<sup>23</sup> MORALES, Carlos Antonio *apud* FERNANDES, *op cit.*, p. 366.

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, *op cit.*, p. 338.

<sup>25</sup> FERNANDES, *op. cit.*, p 351.

É importante frisar que Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>26</sup> traça alguns pontos específicos para caracterização de organização social: são pessoas jurídicas de direito privado; adotam o regime jurídico de direito privado permeado por normas de direito público; não possuem fins lucrativos; prestam serviços de maneira não exclusiva de Estado; são destinatárias de medidas de estímulo; estão sujeitas a controle, inclusive pelo Tribunal de Contas, uma vez que gerenciam o dinheiro público.

O processo administrativo de certificação das entidades é bastante burocrático, na medida em que a Lei 9.637 exige a apresentação de diversos documentos e juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador.

Por outro lado, a Lei 9.637 dispõe também a possibilidade de perda da qualificação, quando do descumprimento de alguma disposição do instrumento contratual. Nesta hipótese, será necessária a instauração de processo administrativo com observância dos princípios da ampla defesa e contraditório. Com a apuração das irregularidades, os bens serão revertidos ao Poder Público e os recursos devolvidos quando alocados à entidade, sem mencionar as demais sanções cabíveis à hipótese<sup>27</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>28</sup> afirma que, caso a Administração Pública perceba a o descumprimento de alguma meta por parte da entidade qualificada, deverá desqualificá-la, ao contrário da previsão do art. 16 da Lei 9.637 de 1998, que dispõe sobre uma faculdade. Entende o autor, que o legislador deu uma falsa impressão de que se trata de uma conduta facultativa.

Outro ponto de crítica, é que não se trata de formalização de um contrato, mas sim de um termo de convênio, tendo em vista a convergência de interesses demonstrados pelas partes, é descartada qualquer hipótese de contraposição de interesses<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella *apud* FERNANDES, *op. cit.* p. 369.

<sup>27</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.* p. 339.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

Além disso, fala-se muito na discricionariedade conferida ao administrador na escolha da organização (art. 2º, II), uma vez que violaria o princípio constitucional da impessoalidade o fato de conferir o arbítrio da conveniência e oportunidade<sup>30</sup>.

Vale a pena mencionar que a Lei 9.637 de 1998 é de observância somente para União Federal, portanto, incide somente nos serviços públicos federais. Caso algum outro ente queira descentralizar seus serviços da mesma forma, deverá promover também um diploma legal à semelhança daquele.

Ainda que a Lei 9.637 de 1998 tenha trazido uma grande inovação no sistema de gestão dos serviços públicos, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático dos Trabalhadores (PDT) manejaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual questionaram a compatibilidade completa da referida lei com a Constituição Federal<sup>31</sup>.

Por fim, cabe destacar que as disposições contidas na Lei 9.637 de 1998 não são de aplicabilidade a todos os entes, uma vez que não é nacional, por conseguinte, deverão, os demais entes interessados, editar suas próprias leis, pode até servir de modelo, contudo, não poderá ser utilizada diretamente.

Por outro lado, destaca-se que uma das formas mais utilizadas para constituição de uma organização do terceiro setor atualmente é a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), pautada na gestão por colaboração<sup>32</sup>, forma jurídica consistente em beneficiar parte da coletividade com os mesmos princípios e objetivos das demais instituições integrantes do Terceiro Setor.

---

<sup>30</sup> BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Terceiro setor. Disponível em:* <http://jus.com.br/revista/texto/7165/terceiro-setor>. Acesso em 01 out 2012.

<sup>31</sup> Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923 em trâmite na Corte Suprema.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, *op cit.* p. 341.

### 3. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Há mais de cento e quarenta anos o Brasil adota os princípios da licitação, tanto que desde 1862 o Decreto 2.926 já regulava as contratações de serviços do Ministério da Agricultura. Foram poucas disposições legislativas posteriores, entretanto, é inegável que somente com a Constituição Federal de 1988 é que o procedimento licitatório foi elevado ao patamar de princípio regente, conforme art. 37, XXI<sup>33</sup>.

A razão de ser da licitação é bem clara, em razão do exercício, por parte da Administração Pública, de atividades de diversas categorias, o que faz com que haja necessidade de contratar e adquirir bens de terceiros. Conforme aponta José dos Santos Carvalho Filho<sup>34</sup>, seria impróprio permitir a discricionariedade do administrador na escolha do terceiro sem qualquer critério.

Acima de qualquer outro fundamento, a licitação tem amparo nos princípios da moralidade e impessoalidade, os quais exigem que o administrador observe os conceitos éticos e dispense o mesmo tratamento a todos, sem qualquer fim que desvirtue do interesse público.

Não é lícito à Administração Pública contratar qualquer terceiro livremente. Por isso, nada mais justo prever um procedimento com várias regras a serem observadas, de forma que o administrador siga os passos da legalidade. Sobre a importância do tema, cabe a leitura do que Sílvia Roberto Seixas Rego<sup>35</sup> enuncia:

A magnitude de um princípio constitucional é tamanha, que motivou Celso Ribeiro Bastos a se manifestar no sentido de que a não observação de um princípio informador de determinado sistema é muito mais grave do que a violação da própria

---

<sup>33</sup> MAURANO, Adriana. *História das licitações*. Disponível em: <[www.conlicitacao.com.br/historia/index](http://www.conlicitacao.com.br/historia/index)>. Acesso em 25 out 2012.

<sup>34</sup> CARVALHO, *op cit* p. 225.

<sup>35</sup> REGO *apud* MAURANO, *op cit*. p. 02.

lei aplicada. Segundo o festejado constitucionalista, a infração da lei é mal menor se considerada em relação à não observância de um princípio, eis que este último traduz-se na própria estrutura informadora da norma. Ao contrário da norma que somente possui eficácia nas situações por ela disciplinadas, os princípios, em razão de sua abstratabilidade sem conteúdo concreto, açambarcam, ao contrário da lei, um número indeterminado de situações fornecendo critérios para a formação das leis. Aspecto relevante da aplicabilidade dos princípios diz respeito aos critérios que estes fornecem para uma sólida, justa, lógica e legal interpretação da lei.

A licitação é um procedimento anterior à formalização do próprio contrato, a qual permite a escolha da melhor proposta para a Administração Pública, devidamente regulada pelas Leis 8.666 de 1993 e 10.520 de 2002, cuja observância é obrigatória a todos os entes federados.

Conforme a doutrina afirma, a natureza jurídica da licitação é de procedimento administrativo com fim seletivo, composto por várias modalidades e fases<sup>36</sup>, com um conjunto de documentos e atividades específicas, o que demandará lapso temporal considerável para análise e conclusão<sup>37</sup>.

Na forma do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666 de 1993, subordinam-se aos preceitos da licitação, a administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A disposição constitucional sobre a necessidade de abertura de licitação consagrou o princípio da obrigatoriedade, que traduz justamente o dever constitucional de o administrador ter que promover esse procedimento administrativo no uso da verba pública. No entanto, ao mesmo tempo em que impôs esse dever, a Constituição Federal deixou em aberto para lei

---

<sup>36</sup> A legislação define as seguintes modalidades: convite, tomada de preços, concorrência, pregão presencial e eletrônico. As fases são essas: apresentação das propostas, habilitação, classificação, adjudicação, sendo que a ordem variará de acordo com a modalidade adotada.

<sup>37</sup> CARVALHO FILHO, *op cit* p. 226.

infraconstitucional fixar as hipóteses exceção a esse princípio, que são as contratações diretas por dispensa ou por inexigibilidade<sup>38</sup>.

O art. 24 da Lei 8.666/93 enumera as hipóteses de licitação dispensável. Nessas situações, caberá ao administrador ter a prudência de optar ou não por abrir uma licitação, tendo em vista a facultatividade da disposição normativa. No entanto, não é demais salientar a recomendação do Tribunal de Contas da União<sup>39</sup>: “O administrador deve ser cauteloso ao decidir-se pela contratação direta, pois a Lei de Licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses descritas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes”.

É bom frisar que nos casos de dispensa, a licitação é possível, por haver possibilidade de competição, entretanto, não é obrigatória por expressa opção legislativa. Por outro lado, na inexigibilidade, prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, não tem qualquer possibilidade de competição no mercado, licitação considerada, por isso, como dispensada.

#### **4. A CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica estatal, com ênfase na observância do princípio da dignidade da pessoa humana e

---

<sup>38</sup> Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Junior elenca quatro situações que geram o afastamento do princípio da obrigatoriedade, são elas: “Há situações em que a Administração recebe da lei o comando para a contratação direta; há outras em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses há em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática de licitar, anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo; e há um caso em que à Administração é defeso licitar, por expressa vedação da lei”. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres *apud* PEDRO MANOEL SANSANA CONTRATAÇÃO DIRETA DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR CURITIBA 2011. Artigo publicado).

<sup>39</sup> UNIÃO, Tribunal de Contas. *Licitações e Contratos*. [2012]. 3 ed. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes\\_contratos\\_/19%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos_/19%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf)>. Acesso em: 01 jun 2013.

predominância dos direitos humanos, entre outros preceitos. Entendeu o Poder Constituinte originário, a fim de que as regras fossem observadas em âmbito interno, que somente a previsão textual dos direitos e garantias talvez não fosse suficiente, com isso, consagrou o princípio da supremacia constitucional em seu próprio texto.

Enunciado no art. 60 da Constituição Federal, a supremacia constitucional consagra a existência de um processo legislativo diferenciado para alteração das disposições constitucionais, se comparado com o procedimento adotado para alterabilidade das disposições infraconstitucionais. Como consequência, a rigidez constitucional também traduz a necessidade de o poder constituinte derivado observar, obrigatoriamente, as disposições constitucionais como um parâmetro a ser seguido, jamais contrariado.

Nas precisas definições de Pedro Lenza<sup>40</sup> sobre a supremacia constitucional, a estrutura rígida justifica a superioridade em relação às demais normas, que “resulta a compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição”.

É por esse motivo que a Constituição é concebida também como Lei Suprema, Lei Maior, Carta Magna, Lei Fundamental, entre outros, sempre em relação aos demais atos normativos (denominadas de leis infraconstitucionais). A rigidez somente tem cabimento quando do reconhecimento de uma constituição rígida, diante da completa incompatibilidade com a adoção de qualquer outro sistema<sup>41</sup>.

O ato normativo violador da supremacia constitucional é passível de ser expurgado do ordenamento jurídico, para tanto, a Constituição Federal dispôs de um mecanismo eficiente, qual seja, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

---

<sup>40</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

<sup>41</sup> LOPES, Camila Novaes. *Controle de constitucionalidade (princípios norteadores)*. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_53.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf)>. Acesso em: 26 jun 2013.

Nesse sentido, observa-se que, dentre as diversas hipóteses de dispensa de licitação, os incisos XIII e XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 são voltados ao terceiro setor. O legislador optou por dispensar a licitação para prestação de serviços com as organizações sociais e para contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos e para prestação de serviços nas organizações sociais, e que as atividades estejam no contrato de gestão.

A nova disposição legal trouxe uma grande discussão no mundo jurídico. Questiona-se a constitucionalidade na transferência de responsabilidade do Estado para a organização social, quando do desempenho da prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225 da Constituição Federal).

Outro ponto de bastante debate é o descumprimento do dever de licitação (arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175 da Constituição Federal): por receberem recursos públicos, as organizações sociais não poderiam se furtar à observância da regra da licitação.

A par disso, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático dos Trabalhadores (PDT) ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade (ADI), em que se questiona, entre outros pontos, a validade do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93<sup>42</sup>.

O Min. Relator Ayres Britto<sup>43</sup>, ao trazer o feito a julgamento, votou no sentido de que o Estado tem por função primordial a execução de serviços públicos, entretanto, de forma não exclusiva, conforme previsão constitucional.

De fato, na forma dos arts. 194 – seguridade social –, 197, 199, §§ 1º e 2º – saúde –, 202, caput e § 3º – previdência privada –, 205, 209, caput, 213, caput e §§ 1º e 2º – educação

---

<sup>42</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1923. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU 09.08.2007.

<sup>43</sup> Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923.

–, 216, §1º – cultura –, 218, caput e § 4º – da Constituição Federal, o Estado presta serviços públicos de forma não exclusiva. A Constituição Federal deixa claro que tais atividades são de responsabilidade de todos, inclusive da sociedade e, especialmente no que toca à saúde e educação, as atividades são livres à iniciativa privada. Não há substituição da iniciativa do Estado, há apenas uma atuação paralela e complementar.

Percebe-se, nesse sentido, que a execução de serviços públicos com o auxílio da sociedade civil não é novidade, tampouco deve ser descartada. Por conseguinte, a contratação de organizações sociais por dispensa de licitação não viola qualquer dispositivo constitucional, visto que a natureza jurídica do contrato de gestão, prevista na Lei das Organizações Sociais, é típica de convênio. Cuida-se de configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria apenas fomentando a execução da atividade.

Por essas razões que a natureza de convênio afastaria a possível inconstitucionalidade com relação às dispensas de licitação previstas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98. Ainda que se tenha a contratação das organizações sociais, a contratação de organizações sociais deverá seguir os princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, através de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas.

De outro giro, é válido sublinhar que Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>44</sup> é manifestamente contrário a não realização de um procedimento licitatório prévio, já que considera o ato administrativo eivado de discricionariedade inconcebível. Entende o autor que há verdadeira violação ao princípio da isonomia, na medida em que o contratante terá à disposição diversas organizações sociais aptas a prestar o mesmo serviço e deverá, sem qualquer tipo de critério, escolher uma delas e contratar.

---

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros 2008 p. 238-239.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>45</sup> decidiu, em sede de Recurso Especial, pela violação aos princípios da administração pública. Note a ementa da decisão:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. DANO PRESUMIDO. - A dispensa de licitação quanto à celebração de convênios necessários à satisfação dos objetivos de contrato de gestão não se estende ao contrato de gestão em si, que pressupõe preenchimento de pressupostos, como a idoneidade, regularidade jurídica e fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, somente possível em regular processo seletivo. O descumprimento ou inobservância de princípios legais e constitucionais que norteiam a atuação estatal presume o risco do dano”.

Marçal Justen Filho<sup>46</sup> enfrenta o problema da mesma forma que o STF, entretanto, com outro fundamento. Salaria o autor que o espírito do legislador deve ser levado em consideração, uma vez que o contrato de gestão seria uma forma de fugir das “amarras” do regime público.

Ademais disso, a tão somente contratação da organização social não afasta a possibilidade de controle dos gastos com a verba pública. Ora, as Organizações Sociais, em virtude dos recursos transferidos pelo Poder Público, elas devem ter suas atividades controladas, seja durante a execução dos serviços que lhes foram incumbidos através do Contrato de Gestão, seja na avaliação formal e qualitativa dos resultados apresentados. Esse controle deve ser exercido por meio do Ministério Público, Tribunal de Contas, população e da própria entidade contratante.

Atualmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923 ainda está em tramitação na Corte Constitucional, cujo pedido liminar foi negado, por maioria de votos, visto que o Min. Joaquim Barbosa votou no sentido de deferir a liminar para suspender a contratação de organizações sociais com dispensa de licitação.

---

<sup>45</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 623.197 – RS. Relator: Min. José Delgado. Publicado no DOU 08.11.2004.

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 267.

## CONCLUSÃO

Na forma apresentada, verificou-se que as entidades integrantes do terceiro setor, ao longo dos anos, evoluíram tanto na estruturação, quanto na organização. Essa mudança e a interferência cada vez maior nas atuações da sociedade civil, fez com que as atenções do legislador fossem direcionadas a facilitar cada vez mais a relação, embora haja relatos históricos de que a facilitação dessa relação se dá há muito tempo no Brasil.

A criação das organizações sociais foi um verdadeiro marco legal na história do Brasil. É a parceria entre o Poder Público e o particular cada vez mais transparente na história do país, já que há regras próprias pré-definidas. O contrato de gestão, celebrado entre as organizações sociais e entidades do Poder Público, que nada mais é do que um verdadeiro convênio, foi instituído com a finalidade de garantir a adequada prestação dos serviços públicos de ordem social.

Na medida em que as entidades do terceiro setor desempenhem serviços sociais, em especial nas áreas de saúde e educação, em complementação ao Estado, de forma a proporcionar à população maior eficiência e qualidade nos serviços prestados, serão beneficiadas com recursos e bens públicos. Com isso, desempenhará melhor sua função institucional.

A Lei n. 9.637/98 causou estranheza ao estabelecer a dispensa de licitação, porque, diante de tantas organizações sociais no Brasil, seria arriscado demais conferir tanta discricionariedade ao administrador público. Haveria, por isso, violação aos princípios basilares do procedimento licitatório público, como a isonomia. Além disso, as organizações sociais utilizam recursos públicos, razão maior para submissão às regras licitatórias para escolha. Entretanto, melhor solução não poderia ter sido conferida.

A Lei das Organizações Sociais estabelece critérios específicos para qualificação das entidades. Logo, não será qualquer entidade que será apta a contratar, mas sim aquela que previamente estiver cadastrada como apta a executar determinado serviço paralelamente com o Estado.

Não é demais salientar que a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, prevê a possibilidade de dispensa por parte do legislador. E mais, a Constituição Federal determina que o Estado execute serviços em favor da população, entretanto, não determina que seja de forma exclusiva, pelo contrário, dispõe sobre a possibilidade de exploração pelos particulares.

É inegável que a estrutura das organizações sociais torna mais fácil e direto o controle social, por meio da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos representativos da sociedade civil. Além do mais, favorece seu financiamento via compra de serviços e doações por parte da sociedade, sem mencionar que a direção superior dessas instituições é exercida por um conselho de administração, com participação de representantes do Estado e da sociedade.

As diversas normas de direito público que revestem a atuação administrativa não estão presentes na atuação das organizações sociais, principalmente as normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na Administração Pública. De forma surpreendente, haverá um significativo ganho de agilidade e qualidade na seleção, contratação, estão sujeitos a plano de cargos e salários e regulamento próprio de cada entidade, enquanto que no Estado, dependerá sempre de um processo de concurso público. É por isso que as Unidades de Pronto Atendimento (UPA) no Rio de Janeiro está com grande aceitabilidade por parte da população.

A criação de um plano de trabalho específico, bem elaborado, estabelecer metas, fiscalizar a execução do contrato de parceria é a melhor forma de garantir a destinação da

verba pública. É por essas razões que o Supremo Tribunal Federal deverá confirmar a decisão concedida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Terceiro setor*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7165/terceiro-setor>. Acesso em 01 out 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1923. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU 09.08.2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 623.197 – RS. Relator: Min. José Delgado. Publicado no DOU 08.11.2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Cláudia Soares; VISCONTI; Gabriel Rangel. *Terceiro setor e desenvolvimento social*. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf)>. Acesso em 12 jun 2012.

FERNANDES, Rubem César. *O que é o terceiro setor?*. Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Annablume, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, George Marlmelstein. *O transconstitucionalismo e a jurisdição global dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em 03 dez 2011.

LOPES, Camila Novaes. *Controle de constitucionalidade (princípios norteadores)*. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_53.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf)>. Acesso em: 26 jun 2013.

MAURANO, Adriana. *História das licitações*. Disponível em: <[www.conlicitacao.com.br/historia/index](http://www.conlicitacao.com.br/historia/index)>. Acesso em 25 out 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo Malheiros 2008.

MINORI, Alan Fernandes. *Breve análise social e jurídica do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3233.pdf>>. Acesso em 10 dez 2011.

NEVES *apud* SOARES, Adriano. *Transconstitucionalismo e sociedade policêntrica*. [2009]. Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/fl5f1xo1art6/transconstitucionalismo-e-sociedade-de-policentrica-04023066E0B153E6?types=A>>. Acesso em: 03 dez 2011.

PEREIRA, Rodrigo Mendes. *Conceitos, características e desacordos no terceiro setor*. Disponível em: <<http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/conceitoscaracteristicas.pdf>>. Acesso em 12 jun 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres *apud* SANSANA, Pedro Manoel. *Contratação direta das entidades do terceiro setor*. Disponível em: <[http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Monografias/Pedro\\_Manoel\\_Sansana\\_2.pdf](http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Monografias/Pedro_Manoel_Sansana_2.pdf)>. Acesso em 26 jun 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Temas de direito administrativo: terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SEBRAE. *O terceiro setor*. Disponível em: <[http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/associacoes/terceiro\\_setor.htm](http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/associacoes/terceiro_setor.htm)>. Acesso em 29 jan 2012.

SOUZA, Rogério de Oliveira. *Da hipossuficiência*. [2005]. Disponível em: <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f397314c-d05e06d3b6ca&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-d05e06d3b6ca&groupId=10136)>. Acesso em: 03 jul 2011.

UNIÃO, Tribunal de Contas. *Licitações e Contratos*. [2012]. 3 ed. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes\\_contratos/19%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/19%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf)>. Acesso em: 01 jun 2013.

VOLTOLINI, Ricardo (Org). *Terceiro setor: planejamento e gestão*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2004.