

A CONSTITUCIONALIDADE DA CESSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Bruno Gofman¹
Ilton Garcia da Costa²

RESUMO

A partir da segunda metade da década de 90, impulsionadas pela Reforma Administrativa e pelo princípio da subsidiariedade, as Organizações Sociais disciplinadas pela Lei nº 9.637/98 se fazem cada vez mais presentes. Isso se deve ao desinteresse estatal na prestação de serviços de suma importância para a consecução de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, tais como ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. As parcerias entre a Administração Pública e essas entidades se formalizam por meio do contrato de gestão, que poderão prever formas de fomento estatal, como por exemplo, a cessão de servidores públicos à Organização Social. No entanto, essa forma de fomento foi bastante criticada pela doutrina especializada e também por segmentos da sociedade, sob o argumento de que afrontaria os preceitos constitucionais estabelecidos no artigo 37 da Carta Magna. Recentemente essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou parcialmente procedente a ADI nº 1923/DF. Assim, com base no levantamento bibliográfico das principais obras da doutrina brasileira, além dos artigos publicados nos mais importantes periódicos jurídicos acerca do tema, o presente artigo tem como objetivo analisar a questão da constitucionalidade da cessão de servidores públicos às Organizações Sociais.

PALAVRAS CHAVE

Organizações Sociais, fomento, cessão de servidores públicos, inconstitucionalidade.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro (UENP). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em direito pela UNICURITIBA. Advogado.

² Professor Doutor da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Mestre em Administração pela Unibero, Avaliador de Instituições e Cursos do MEC-INEP, Membros das Comissões de Direito Constitucional, Direito e Liberdade Religiosa e de Ensino Jurídico da OAB/SP, Advogado.

1 - INTRODUÇÃO

A partir da primeira metade do século XX, os Estados passaram por grandes transformações econômicas e financeiras, desde o modelo liberal até o social, como uma maior atuação estatal, sobretudo na prestação dos serviços destinados a garantia dos direitos fundamentais³.

Contudo, com o crescimento exponencial da máquina estatal, começaram a surgir graves dificuldades por parte do Estado em dar cumprimento aos direitos prestacionais positivos previstos na Constituição, potencializadas pela ausência e má gestão de recursos públicos, pelos recorrentes casos de corrupção e também em virtude da extrema burocracia e falta de eficiência.

Em razão da ineficiência por parte da Administração Pública na prestação dos serviços sociais, voltaram à cena os ideais liberais e aqueles que defendem o Estado Mínimo e gerencial. Neste contexto de crise, na década de 90, o Brasil se viu envolvido por um novo processo de transformação do modelo social para o liberal, capitaneado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado⁴.

A partir do estudo do Ministro Bresser Pereira, em 1998 o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso promoveu a conhecida Reforma Administrativa, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, segundo a qual, passou-se a defender a ideia de um Estado gerencial e reduzido, com a “publicização”, dos serviços não exclusivos do Estado por meio de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que, contando com o fomento estatal, desempenhariam com maior eficiência a prestação das referidas atividades.

Dito fenômeno da “publicização”, que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro nada mais foi do que uma privatização disfarçada⁵, fez com que o Estado, por meio da atividade de fomento, se socorresse cada vez mais da sociedade civil, com a nítida intenção de se desonerar da prestação de serviços não exclusivos, mas de grande importância para a consecução de direitos fundamentais como o ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do

³ LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle**. Salvador: Editora jusPODIVM 2013, p. 19

⁴ BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 620.

meio ambiente, à cultura e à saúde. Essa escolha feita pelo legislador pátrio está intimamente ligada ao princípio da subsidiariedade⁶.

Em virtude dessa nova política implementada por meio da Reforma Administrativa surgiu a necessidade de se disciplinar a relação do Estado com as entidades privadas sem fins lucrativos, também conhecidas como entidades do 3º Setor, dentre as quais podemos destacar as Organizações Sociais (OS), regulamentada pela Lei nº 9.637/98, justamente pela relevância dos serviços por elas prestados, bem como pelas peculiaridades que envolvem seu regime jurídico e sua relação com o ente estatal.

Nesse sentido, podemos dar destaque desde início ao fato de que a relação entre o Estado e as Organizações Sociais se formaliza por meio do Contrato de Gestão, que estabelece uma série de metas e objetivos a serem cumpridos. Outro aspecto que merece ser ressaltado acerca deste tipo de entidade do 3º Setor e que a distingue das demais diz respeito à forma de como se dá o fomento estatal⁷, que poderá ser mediante subvenção ou até mesmo cessão de uso de bens e servidores públicos.

Em relação as atividades de fomento estatal, uma que suscita bastante discussão é a cessão de servidores públicos às Organizações Sociais. Será que essa prática está em consonância com nosso ordenamento jurídico? Nesse sentido, vale destacar, inclusive, que essa questão foi suscitada, por meio da ADI 1923/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, e que questionou a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98.

Portanto, levando-se em consideração a importância adquirida pelas parcerias firmadas entre o Estado e as Organizações Sociais, notadamente em função da relevância dos serviços sociais por elas prestados, é primordial uma reflexão acerca da constitucionalidade da cessão de servidores públicos às Organizações Sociais ao longo da execução do contrato de gestão.

2 O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Impulsionado pelos ideais que impulsionaram a Revolução Francesa, o modelo Absolutista, que marcou o surgimento dos Estados Modernos, deu lugar ao Estado Liberal, caracterizado pela intervenção mínima estatal voltada tão somente a

⁶ TORRES, Sílvia Faber Torres. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivo. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado**. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 33.

garantia da proteção e às liberdades individuais⁸.

No início do século XX, em virtude das graves crises políticas, econômicas e sociais, notadamente a Primeira Guerra Mundial, a Quebra da Bolsa de 1929 e a ascensão do regime Comunista na Rússia, o modelo liberal se enfraqueceu e começou a ser questionado⁹, dando lugar ao Estado Social, onde se passou a propor uma maior intervenção estatal, principalmente por meio da prestação de serviços públicos essenciais à garantia dos direitos fundamentais¹⁰.

A partir daí, o Estado Social, também conhecido como Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social do Direito, preocupado com o bem comum e o interesse público¹¹ ganhou ampla difusão, especialmente nos países periféricos como o Brasil, em razão da maior necessidade de atuação estatal na prestação de serviços relacionados aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Contudo, com o aumento exacerbado da máquina estatal, o Estado passou a ser prestador de serviços, empresário e investidor¹², modelo que também se mostrou incompatível com as necessidades da sociedade, especialmente em decorrência da má gestão de recursos, corrupção, burocratização e ineficiência por parte do ente estatal.

Diante da demonstração de fragilidade por parte do modelo Social, surgiram novos elementos no processo de transformação do Estado: a inclusão do princípio democrático, oportunidade em que passou a se defender a maior participação da sociedade “no processo político, nas decisões governamentais e no controle da Administração Pública¹³”, e, também o princípio da subsidiariedade, que “restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; e, de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada¹⁴”.

⁸ LOPES DE TORRES, Op. cit., p. 26

⁹ Ibidem, p. 28.

¹⁰ Idem.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20

¹² Ibidem, p. 23

¹³ Ibidem, p. 25.

¹⁴ TORRES, Op. cit. p.14

É nesse contexto de transformações que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que passou a permitir que determinados serviços, denominados como não exclusivos, fossem prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. Serve como exemplo deste tipo de atividade àqueles destinados “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

A partir da referida permissão constitucional, aliada aos princípios democráticos e da subsidiariedade, os partidários do modelo liberal ganharam força na defesa de celebração de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que supostamente eram detentoras de maior eficiência e expertise na prestação de serviços, por meio do fomento estatal, que, segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha¹⁵, “visa a alcançar finalidades e objetivos específicos da Administração Pública, porém de uma maneira indireta e mediata”.

Então, na década de 90, consubstanciado no Plano Diretor da Reforma do Estado, capitaneado pelo Ministro Luís Carlos Bresser Pereira,¹⁶ promoveu-se a Reforma Administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19, momento conhecido como “publicização”, onde se estabeleceu como política um estado gerencial e reduzido.

Dentre as novidades trazidas foi a possibilidade de celebração de parcerias com as entidades do Terceiro Setor, que, segundo conceitua Boaventura de Souza Santos¹⁷, é “um conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais, que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

Em relação ao conceito acima transcrito, é importante destacar que no Brasil as Organizações Sociais, regulamentadas pela Lei nº 9.637/98, são apenas uma das modalidades das conhecidas Entidades do Terceiro Setor e, que, em razão da relevância das atividades por ela prestadas e do regime jurídico peculiar ao qual se submetem, ganhou destaque por parte do então Ministério da Administração e Reforma do Estado, que trouxe as seguintes considerações:

¹⁵ FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luis. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003., p. 21

¹⁶ BRASIL, PRESIDENCIA DA REPÚBLICA, **Plano...**

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999, p. 14.

A estratégia da reforma do Estado se apoia na ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais. Essa forma de parceria entre a sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social através da participação nos conselhos da administração dos diversos segmentos beneficiários envolvidos. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação os seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição.¹⁸

Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 9.637/98, que regulamenta as Organizações Sociais, estabelece 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, a proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta lei”.

Paulo Modesto define as Organizações Sociais como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.”¹⁹

Realizadas essas primeiras considerações acerca das Organizações Sociais e seu contexto de criação, é importante destacar algumas peculiaridades que envolvem seu regime jurídico, especialmente em relação às formas de fomento estatais, como, por exemplo, a possibilidade de cessão de servidor público.

3 AS PECULIARIEDADES DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ATIVIDADES DE FOMENTO

Inicialmente é importante assinalar que para a qualificação de uma

¹⁸ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.74 p.

¹⁹ MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**, Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001, p. 06

entidade como Organização Social, e, com isso, possa celebrar parcerias com o Estado, é necessário que se preencham determinados requisitos previstos no art. 2º da Lei nº 9.637/98, dentre os quais: não ter fins lucrativos, ter como objeto social uma daquelas atividades estabelecidas no art. 1º, possuir Conselho Administrativo e Deliberativo com participação de membros do Poder Público e da sociedade civil, dentre outro. No entanto, isso não basta. É imprescindível a aprovação da sua qualificação como tal, por parte do Ministro ou Titular do órgão vinculado à sua área de atuação, que o fará em juízo de conveniência e oportunidade.

Uma vez concedido o título de Organização Social a uma entidade ela poderá celebrar parcerias com o Estado, por meio de um instrumento jurídico denominado de Contrato de Gestão, que foi descrito pelo art. 5º da Lei como “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 das atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

Na sequência, nos artigos 6º e 7º do diploma legal, o legislador, determina, em suma, que o referido instrumento contratual deverá ser elaborado em comum acordo entre os parceiros e aprovado pelas autoridades competentes, respeitar os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública²⁰ e ter como conteúdo obrigatório: a especificação do programa de trabalho proposto, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão de critérios de avaliação; estabelecer limites de remuneração e vantagens percebidas pelos dirigentes e empregados.

Como forma de dar cumprimento ao Contrato de Gestão, e, por consequência, o desenvolvimento pleno do seu objeto pelas Organizações Sociais, o ente estatal poderá fomentar a entidade parceira por meio de repasse de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e também a cessão especial de servidores públicos, previstas nos artigos 11 a 15 da Lei nº 9.637/98²¹.

²⁰ FERREIRA, Flavia Elaine Soares, GARCIA DA COSTA, Ilton., VASCONCELOS, João Paulo A. Termos de parcerias das OSCIPS: entre a efetividade e a responsabilidade da prestação do serviço de interesse público. In: GARCIA DA COSTA, Ilton, SANTIN, Valter Foleto (Orgs.). **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 82.

²¹ Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. As organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

No entanto, as formas de fomento estatal previstas pelo legislador, dentre as quais a possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a Administração Pública, tem sido fartamente criticada pela doutrina desde a promulgação da lei, inclusive com questionamentos acerca da sua constitucionalidade.

Demonstrando sua preocupação quanto à consonância das disposições com o ordenamento jurídico pátrio, Egon Bockmann Moreira²² assim se manifestou:

A fim de exercer tarefas de interesse público, a OS goza de benefícios de fomento, especialmente a transferência de recursos, bens e servidores públicos (Lei 9.637/1998, arts. 11 a 15). O que torna imprescindível sério e minucioso controle quando da constituição de tais entidades e na execução de suas atribuições, além de ter gerado sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de tais “transferências”: afinal, trata-se da utilização de bens públicos por pessoas privadas e da disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública, colocando-se-os numa situação de subordinação hierárquica em face de particulares.

Mesmo que as críticas abrangem também as demais formas de fomento, concentraremos nosso estudo em relação especificamente a questão da cessão de servidores públicos às Organizações Sociais.

4. A POSSIBILIDADE DE CESSÃO DE SERVIDORES ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

²² MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus vínculos contratuais” com o Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002

Conforme anteriormente mencionado, a cessão de servidores públicos às Organizações Sociais, facultada à Administração Pública, consoante dispõe o artigo 14 da Lei nº 9.637/98, é combatida e questionada desde a promulgação do diploma legal, sob o argumento de que afronta o ordenamento jurídico pátrio, inclusive o que estabelece a Constituição Federal de 1988.

É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello²³ teceu duras críticas a referida permissão.

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais comezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

Tarso Cabral Violin²⁴ também traz fundamentos relevantes na defesa da impossibilidade de cessão de servidor público às Organizações Sociais.

Não pode o Poder Público firmar um contrato, convênio ou termo de parceria com entidades do “Terceiro Setor”, seja para repassar atividades-fim, a gestão de todo um aparelho público prestador de serviços públicos sociais, ou mesmo disponibilizar mão de obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público.

Assim, a disponibilização de professores para escolas públicas ou de médicos para hospitais públicos não poderá ocorrer por meio de contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria, com empresas, associações de utilidade pública, Organizações Sociais, OSCIPS, cooperativas.

²³ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 246.

²⁴ VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidades do “Terceiro Setor”. In: FORTINI, Cristiana (coord.) **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 123

Mesmo se condimento com a atividade-meio da Administração Pública, não poderá a terceirização tratada neste estudo servir para disponibilização de pessoa com caracterização de personalidade e subordinação direta.

Silvio Luís Ferreira da Rocha²⁵ defende, inclusive, a ideia de que o Estado poderá ser responsabilizado objetivamente em razão de danos causados a terceiros pelas Organizações Sociais quando praticados pelos agentes públicos por ele cedidos.

Portanto, os fatos relacionados às atividades das organizações sociais e que podem ensejar à responsabilização do Estado, a nosso ver, são: o ato praticado por agente público cedido à organização social e a omissão da Administração Pública em fiscalizar as atividades da organização social.

O fundamento da responsabilidade não seria o mesmo para todas as situações. Assim, o Estado responderia objetivamente por prejuízos causados a terceiros pelas organizações sociais quando aqueles decorressem de atos ou omissões praticados por agentes do Estado que foram cedidos às organizações sociais. O Estado responderia subjetivamente por prejuízos causados a terceiros por maus serviços prestados pelas organizações sociais quando demonstrado que a omissão em fiscalizar as organizações sociais contribuiu para a ocorrência dos danos.

Por fim, vale destacar que a questão pertinente a possibilidade de cessão de servidores públicos às Organizações Sociais foi suscitada como um dos fundamentos para o ajuizamento, no ano de 1998, da ADI nº 1923/DF pelo Partido dos Trabalhadores, que almejava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98.

Depois de mais de 17 anos de tramitação, inclusive, com o indeferimento da medida cautelar que pleiteava a suspensão da lei em questão, no dia 16 de abril do corrente ano, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva

²⁵ FERREIRA DA ROCHA, Op. cit., p.166.

e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; *(ii)* a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; *(iii)* as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; *(iv)* os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; *(v)* a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e *(vi)* para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.

A partir da leitura da decisão acima transcrita e cujo Acórdão ainda não foi publicado, percebe-se que os julgadores seguiram, em sua maioria, o entendimento do Ministro Luiz Fux, que propôs a procedência parcial para conferir interpretação constitucional à Lei nº 9.637/98.

No que toca a questão da cessão de servidores públicos, definiu-se que: “*(v)* a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade”.

Consoante se subtende da decisão, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a necessidade de que as Organizações Sociais promovam processo seletivo para a contratação de pessoal, de acordo com os preceitos constitucionais. Impôs ainda a imprescindibilidade de edição de um regulamento próprio para cada entidade.

É desalentador o voto do Ministro Marco Aurélio, que apesar de minoritário, pugnou pela parcial procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos insculpidos na Lei das Organizações Sociais.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, julgando

parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11 a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.04.2015.

Segundo o entendimento acima transcrito, o Ministro Marco Aurélio pugnou pela declaração de inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei nº 9.637/98, dentre os quais todas as formas de fomento, inclusive a cessão de servidores públicos às Organizações Sociais.

Independentemente da posição adotada pela nossa Corte Constitucional, seja mais pela necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal ou então a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos legais, parece-nos que algumas regras relativas às Organizações Sociais elaboradas pelos legisladores, inclusive aquela atinente a cessão de servidores públicos, estão em dissonância com os preceitos constitucionais, tal qual defendido por diversos segmentos da sociedade e também pelos doutrinadores especializados na matéria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme anteriormente explicitado, na década de 90, o Brasil, impulsionado pelo modelo liberal, passou pela Reforma Administrativa que ensejou um fenômeno conhecido como “publicização”, por meio do qual as atividades de atuação não exclusivas do Estado, mas de suma importância para a consecução de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, tais como saúde e educação, passaram a ser prestadas por entidades vinculadas a sociedade civil, também conhecidas como entidades do 3º Setor, por meio de parcerias e fomento estatal.

Dentre essas entidades, destacam-se as Organizações Sociais, disciplinadas pela Lei nº 9.637/98, e que celebram parcerias com a Administração Pública, formalizadas por meio do contrato de gestão, que estabelecem planos e metas a serem atingidos. Em virtude da relevância dos serviços por elas prestados, a avença poderá prever o fomento estatal, que além de recursos financeiros também poderá

consistir na cessão de bens e servidores públicos.

Ocorre que as formas de fomento estabelecidas em lei, sobretudo a cessão de servidores públicos, passaram a ser duramente criticadas pelos mais diversos segmentos da sociedade e também pela doutrina administrativa sob o argumento de que contrariam frontalmente as disposições constitucionais consagradas na Constituição Federal de 1988.

Segundo autores de escol como Celso Antonio Bandeira de Mello, a cessão de servidores públicos às Organizações Sociais é totalmente inconstitucional e afrontam diversos preceitos estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal, como, por exemplo, o princípio do concurso público.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 1923/DF proposta pelo Partido dos Trabalhadores em 1998, como parcialmente procedente, impondo a necessidade de interpretação dos dispositivos legais previstos na Lei nº 9.637/98, conforme os ditames constitucionais.

Em relação à questão da cessão de servidores determinou que as Organizações Sociais promovessem processo seletivo para a contratação de pessoal, de acordo com os preceitos constitucionais, bem como a necessidade de edição de um regulamento próprio para cada entidade. É de se ressaltar o voto do Ministro Marco Aurélio, que se posicionou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 14, que prevê a forma de fomento em questão.

Conforme anteriormente manifestado, em que pese a decisão majoritária proferida na ADI tenha sido no sentido que a Lei sob comento deveria ser interpretada conforme a Constituição Federal, parece-nos que o Supremo Tribunal Federal, de certa forma reconheceu que a Lei nº 9.637/98, tal qual disposta pelo legislador, estava afrontando as disposições constitucionais, inclusive em relação a cessão de servidores públicos, o que corrobora com os mais sortidos argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio, acompanhado pela doutrina e por setores da sociedade.

Daí podemos concluir que nossa Corte Constitucional preferiu não declarar a inconstitucionalidade da cessão de servidores públicos, mas determinou uma série correções, o que só poderá ser solucionado mediante uma reforma por parte do legislador pátrio.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>.

_____. Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>.

_____, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. 74 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2)

_____, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 136-157.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

FERREIRA, Flavia Elaine Soares, GARCIA DA COSTA, Ilton., VASCONCELOS, João Paulo A. Termos de parcerias das OSCIPS: entre a efetividade e a responsabilidade da prestação do serviço de interesse público. In: GARCIA DA COSTA, Ilton, SANTIN, Valter Foletto (Orgs.). **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle**. Editora jusPODIVM: Salvador, 2013.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**, Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002 ,

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999, p. 14.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado**. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

_____. Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidades do "Terceiro Setor". In: FORTINI, Cristiana (coord.) **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.