

ano 20 - n. 82 | outubro/dezembro – 2020
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i81
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

| | |
|------|---|
| A246 | A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - Belo Horizonte: Fórum, 2003- |
| | Trimestral ISSN: 1516-3210 |
| | Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba |
| | 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. |
| | CDD: 342 CDU: 342.9 |

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Natureza jurídica e regime jurídico aplicável aos recursos orçamentários e financeiros transferidos às organizações sociais

Legal nature and legal regime applicable to budgetary and financial resources transferred to social organizations

André Saddy*

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Brasil)
a.saddy@saddy.adv.br

Recebido/Received: 15.08.2020/August 15th, 2020
Aprovado/Approved: 08.12.2020/December 8th, 2020

Resumo: Trata-se de artigo cujo objeto é a análise da natureza jurídica dos recursos orçamentários e financeiros transferidos às organizações sociais, destacando, em específico, se essas receitas se mantêm disciplinadas como “recursos públicos”, submetidas ao regramento jurídico-financeiro

Como citar este artigo/*How to cite this article:* SADDY, André. Natureza jurídica e regime jurídico aplicável aos recursos orçamentários e financeiros transferidos às organizações sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 129-156, out./dez. 2020.

* Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense – UFF (Niterói-RJ, Brasil). Pós-Doutor pelo *Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford*. Doutor Europeu em “*Problemas actuales de Derecho Administrativo*” pela *Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid*, com apoio da *Becas Complutense Predoctorales en España*. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa AIfsan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-Graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e parecerista. *E-mail:* a.saddy@saddy.adv.br.

peculiar dos órgãos e das entidades inseridos no âmbito do orçamento estatal, ou se qualificam-se como “recursos de origem pública”, sob distinto regimento regulamentar. Identificam-se quatro posicionamentos: (i) aqueles que consideram os recursos públicos; (ii) aqueles que consideram que exista uma gestão privada de recursos públicos para fins públicos; (iii) aqueles que consideram os recursos privados de natureza pública; e, por fim, (iv) aqueles que consideram os recursos como privados. Conclui-se que os recursos devem ser tratados como de privados de natureza pública.

Palavras-chave: Terceiro setor. Organização social. Recursos. Natureza jurídica. Direito administrativo.

Abstract: This is an article whose object is to analyze the legal nature of budgetary and financial resources transferred to social organizations, highlighting, in particular, whether these revenues remain disciplined as “public resources”, subject to the specific legal and financial rules of the bodies and of entities included in the scope of the state budget, or if they qualify as “resources of public origin”, under different regulatory regulations. Four positions are identified: (i) those that consider the resources as public; (ii) those who consider that there is a private management of public resources for public purposes; (iii) those that consider that the resources is private but with public nature; and, finally, (iv) those who consider that the resources are private. It is concluded that the resources should be treated as private but with public nature.

Keywords: Third sector. Social organization. Resources. Legal nature. Administrative law.

Sumário: Introdução – **1** Conceito de organizações sociais, fomento e recursos orçamentários e financeiros – **2** Recursos orçamentários e financeiros: natureza jurídica – **3** Regime jurídico aplicável aos recursos orçamentários e financeiros – Conclusões – Referências

Introdução

O presente artigo tem como objeto a análise da natureza jurídica dos recursos orçamentários e financeiros transferidos às organizações sociais, destacando, em específico, se essas receitas se mantêm disciplinadas como “recursos públicos”, submetidas ao regramento jurídico-financeiro peculiar dos órgãos e das entidades inseridos no âmbito do orçamento estatal, ou se qualificam-se como “recursos de origem pública”, sob distinto regimento regulamentar.

Segundo alguns, a expressão fomento, adotada no art. 5º da Lei nº 9.637/1998,¹ tinha por intenção “converter” recursos públicos transferidos para organização social em recursos privados, permitindo sua execução pela entidade privada com os seus instrumentos e características. Tal intenção, para quem assim enxerga, fica evidente no art. 7º, inc. II, e no art. 17 do referido diploma legal:

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

[...]

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

II - a estipulação dos *limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza* a serem percebidas pelos *dirigentes e empregados* das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras *com emprego de recursos provenientes do Poder Público*.

Ocorre que, com a redação final do Acórdão da ADI nº 1.923/DF, que sucedeu à manifestação inicial do relator ministro Ayres Britto, deixou algumas questões não explicitadas, dentre elas a natureza dos recursos recebidos pela organização social por meio do contrato de gestão.

A fim de tentar esclarecer tal questão, pretende este artigo abordar as diferentes possibilidades de interpretação. Para tanto, inicia-se com uma abordagem conceitual para só então focar no conceito fomento e numa de suas formas de manifestação, qual seja, a transferência de recursos orçamentários e financeiros. Feita tal abordagem, apresentam-se quatro possíveis interpretações a respeito da natureza jurídica de tais recursos para só então descrever o regime jurídico aplicável a cada qual.

1 Conceito de organizações sociais, fomento e recursos orçamentários e financeiros

A qualificação de organizações sociais foi criada, em âmbito federal, pela Lei nº 9.637/1998,² com a intenção de passar a essas pessoas jurídicas (fundação privada ou associação civil) a execução de atividades do poder público, fomentando a participação da sociedade na gestão de interesses públicos.³ Por tal motivo, conceitua-se organização social como a qualificação jurídica conferida à pessoa

² “Os requisitos fixados pela Lei n.º 9.637/1998 para fins de qualificação das organizações sociais e celebração, execução e fiscalização do contrato de gestão constituem o padrão mínimo de proteção do interesse público que deve estar assegurado em todo o território nacional na execução dos serviços transferidos às entidades sem fins lucrativos, constituindo, portanto, normas gerais a serem observadas pelo legislador no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (TCU. Acórdão nº 313/2015-Plenário, Relator: Marcos Bemquerer. Área: Convênio, Tema: *Organização social*, Subtema: Legislação. Outros indexadores: Município, Distrito Federal, Qualificação, Estado-membro. Publicado: Boletim de Jurisprudência n.º 71 de 09/03/2015). Significa dizer que tal lei não é nacional, aplicada a todos os entes federativos, mas apenas federal, aplicada à União; sendo assim, para que estados, Distrito Federal e municípios possam qualificar pessoas jurídicas como organizações sociais, deverão criar suas próprias leis.

³ Destaque-se que foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade em face da Lei nº 9.637/1998: a ADI nº 1.923/DF, cujo relator foi o min. Ayres Britto; e a ADI nº 1.943-1, de relatoria do min. Teori Zavascki. Essa última foi extinta sem resolução de mérito, visto que, sobrestada a aguardar

jurídica de direito privado sem fins lucrativos, em virtude de preenchimento de requisitos legais (atuação discricionária), instituída para o desempenho de serviços ou atividades sociais não exclusivas do Estado, por meio de fomento, mediante vínculo jurídico instituído por contrato de gestão, sendo submetida a um regime jurídico especial.

Os sujeitos privados, aí, cooperam com o poder público. Cooperam porque não possuem fins lucrativos. Simples assim. Entende-se que os sujeitos por cooperação constituem determinadas ligações do Estado com a sociedade civil sem fins lucrativos para execução, conjunta ou não, de atividades que tenham cunho de relevante interesse para toda a sociedade, não só para a administração. Essas atividades, necessariamente, por não existirem fins lucrativos, devem gravitar em torno de empreendimentos sociais e não econômicos. Sendo assim, suas duas principais características são a ausência de fins lucrativos ou, em tese, economicamente desinteressadas e a persecução de atividade de conteúdo social relevante.

Esses sujeitos fazem parte do terceiro setor – do chamado Estado gerencial brasileiro⁴ – e não pertencem à administração pública. Todavia realizam administração pública e, por isso, estão submetidos a alguns princípios e regras próprios do direito público. É por tal motivo, inclusive, que se afirma que quem recebe tal qualificação está submetido a um regime jurídico especial.

juízo da ADI nº 1.923/DF, perdeu seu objeto porque, no julgamento daquela, exauriu-se a discussão sobre a matéria impugnada.

O acórdão proferido na ADI nº 1.923/DF conferiu às Leis nº 9.637/1998 e nº 8.666/1993 interpretação conforme a Constituição, definindo questões administrativas atinentes às relações entre as organizações sociais e o Estado e indicando que: “[...] (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas”.

⁴ Segundo Boaventura de Souza Santos (SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C. (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p. 13), terceiro setor é o “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”. Por sua vez, José Eduardo Sabo Paes (PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 56) define o terceiro setor como o “conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando seu aperfeiçoamento”.

Interessa, no caso, analisar o elemento ou parte do seu conceito que caracteriza e aproxima-se dos quesitos formulados na presente consulta, qual seja: “Instituída para o desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, por meio de fomento”.

A pessoa jurídica (fundações privadas ou associações civis), depois de qualificada como organização social, passa a “substituir” o poder público na execução de serviços sociais não exclusivos do Estado, no caso, nos setores de saúde (art. 199, *caput*, da CRFB), educação (art. 209, *caput*, da CRFB), cultura (art. 215 da CRFB), desporto e lazer (art. 217 da CRFB), ciência e tecnologia (art. 218 da CRFB) e meio ambiente (art. 225 da CRFB). Todas essas atividades se configuram como serviços sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da CRFB.

As organizações sociais podem ser classificadas como “organizações sociais de absorção de atividades públicas”, cuja ênfase da atividade se encontra na prestação de serviços públicos sociais, algo comum na área de saúde, por exemplo; ou como “organizações sociais de subsídios e serviços de colaboração no direcionamento e no desenvolvimento das políticas públicas”, em que existe uma complementação cooperativa na produção de subsídios para a política pública.

Cabe, salientar, que, devidamente qualificadas, as organizações sociais celebram com o poder público o que a Lei nº 9.637/1998 denominou contratos de gestão,⁵ com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas.

O STF, ao julgar a ADI nº 1.923/DF, deixa evidente que o marco legal das organizações sociais se inclina para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesses públicos é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na administração pública. Esse tribunal entende que a finalidade

⁵ A doutrina costuma criticar a nomenclatura “contrato de gestão”, entendendo que o acordo celebrado entre Estado e sociedade civil não se coaduna com o conceito de contrato (caracterizado especialmente pelos interesses contrapostos). Assim, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho entende que a natureza jurídica do contrato de gestão, em verdade, seria a de convênio (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 294). Já Ana Paula Rodrigues Silvano destaca que: “Nos convênios o Poder Público não dispõe da mesma ingerência que tem sobre a entidade quando a parceria se dá através de um contrato de gestão. De fato, o interesse social perseguido é comum a ambos os contratantes, mas no contrato de gestão há controle quanto ao atingimento das metas estabelecidas para a organização social” (SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 69).

de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da administração pública para as entidades privadas após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo poder público, da atuação do particular em consonância com os interesses públicos, por meio da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação (STF, ADI nº 1.923/DF, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 16.04.2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Registre-se que o STJ alega que a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei nº 9.637/1998 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde) (STJ, MS nº 10.527/DF, Relator: Ministra Denise Arruda, Julgamento: 14.09.2005 S1 – Primeira Seção).

Uma vez qualificadas como organização social e, como verificado, sendo instituído o vínculo jurídico por meio do contrato de gestão, as entidades passam a ser consideradas de interesse social para todos os efeitos legais e podem receber o citado fomento público, sendo os principais: (i) a transferência de recursos orçamentários e financeiros; (ii) a utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis; e (iii) a cessão especial de servidores.

Tais instrumentos de fomento viabilizam o direcionamento, pelo poder público, da atuação do particular em consonância com os interesses públicos, por meio da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação por parte do Estado.

O recebimento de recursos orçamentários e financeiros por parte da organização social é, quiçá, o meio de fomento da atividade mais característico desse tipo de avença.⁶ Além dessa forma de fomento direta, existem outras, indiretas, decorrentes de incentivos fiscais e renúncias tributárias. Nessa segunda modalidade, os recursos não transitam pelo orçamento público. São repassados diretamente pelos

⁶ Gustavo Justino Oliveira (OLIVEIRA, Gustavo Justino. Transferência de recursos financeiros públicos para entidades do terceiro setor: reflexões sobre a realidade jurídico-normativa brasileira. *TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 39, p. 33-48, set. 2008, p. 40) lembra que a autorização legal do repasse de recursos financeiros de origem pública a entidades não lucrativas não é uma novidade em nosso sistema jurídico. Segundo o autor, mesmo antes da edição da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, que instituiu e disciplinou o Título de Utilidade Pública na órbita federal, tem-se como possível no ordenamento pátrio o repasse de recursos financeiros públicos para tais entidades, desde que o emprego de tais recursos vise à consecução de atividades relevantes à sociedade.

contribuintes, que os abatem da base de cálculo ou do tributo que iriam pagar ou consistem em isenções.⁷

É importante, desde já, esclarecer que não se pode confundir o fomento com o repasse de recursos, porque este último diz respeito à atividade alocativa/distributiva do Estado – e este possui uma função alocativa, de alocador de recursos, pois desempenha duas funções distributivas: uma externa (ou política), por meio de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos; e outra interna (ou administrativa), que se executa por meio do orçamento público na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos, ou seja, no repasse de recursos. Essa atividade alocativa/distributiva não deve ser vista como fomento. No caso do fomento, por sua vez, a finalidade é o incentivo à atuação privada. As organizações sociais desenvolvem atividades privadas de interesses públicos, logo, o que existe é fomento.⁸ É essa finalidade de influenciar a atividade privada – e não a pública – que distingue o fomento do mero repasse de recursos.⁹

⁷ No governo federal, há, por exemplo, isenções voltadas ao terceiro setor do IR, da CSLL do PIS e da COFINS. São destinatários desses benefícios tributários (e às vezes até de imunidades), notadamente, entidades filantrópicas e outras organizações da sociedade civil. Estados e municípios também podem trazer desonerações de tributos de sua competência, como o ISSQN, o IPTU, o ICMS e o IPVA. A situação das organizações sociais é peculiar por conta dos recursos de fomento e de seu regime jurídico especial. Sobre o tema, vide: SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

Em pesquisa realizada no Ementário de Processos de Consulta da Receita Federal, constam algumas ementas sobre o tema. Tem-se decisão no sentido de que as organizações sociais “somente poderão calcular o PIS/Pasep com base na folha de salários quando cumprirem todos os requisitos legais para gozo da isenção do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL)”; e que essas “inserir-se no conceito de instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis de que trata o art. 15 da Lei n.º 9.532, de 1997, estando beneficiadas pela isenção da Cofins somente em relação às receitas de atividades próprias, desde que cumpridos todos os requisitos legais para gozo da isenção do IRPJ e da CSLL” (RECEITA FEDERAL. Solução de Consulta n.º 6, de 27 de janeiro de 2004, Órgão: Disit 02). Além disso, afirmam que não é isenta do IRPJ, da CSLL e da Cofins “a instituição de caráter científico ou associação civil, sem fins lucrativos, qualificadas como Organização Social, que remunerem dirigente sem vínculo empregatício” (RECEITA FEDERAL. Solução de Consulta n.º 41, de 28 de maio de 2004, Órgão: Disit 04). Quanto à COFINS, detalham que são isentas “as receitas derivadas das atividades próprias das Organizações Sociais preenchem as condições e requisitos do art. 15 da Lei n.º 9.532, de 1997, entendendo-se por “receitas derivadas das atividades próprias” aquelas que não se revistam de caráter contraprestacional direto nem sejam características de atividades de natureza econômico-financeira ou empresarial. A regra geral de apuração da Cofins é a sistemática de não cumulatividade, somente se utilizando a sistemática cumulativa nas hipóteses expressamente previstas na legislação de regência” (RECEITA FEDERAL. Solução de Consulta n.º 1, de 07 de janeiro de 2008, Órgão: Disit 09).

⁸ Ressalta-se que não se pode confundir o conceito de fomento com os de subvenção social ou econômica, estas disciplinadas nos arts. 12, §§2º e 3º, 16, 17, 18 e 19 da Lei n.º 4.320/1964. O fomento repassado às organizações sociais nos termos da Lei n.º 9.637/1998 (arts. 11 a 15) tem aceção alargada. Remete à própria atividade de fomento público no desempenho de serviços ou atividades sociais não exclusivas do Estado, entendida como disciplina não coercitiva da conduta dos particulares. Rege-se pela lógica da consensualidade e da participação na administração pública, que orientará as entidades privadas por meio de controles de metas e resultados pactuados conjuntamente no contrato de gestão sem desnaturar, com isso, a natureza privada da entidade qualificada como organização social. Reforça essa compreensão o fato de não se aplicar às entidades qualificadas como organização social a Lei n.º 13.019/2014 (art. 3º, III), que disciplina, em termos gerais, parcerias da administração com a sociedade.

Considera-se fomento a atividade administrativa intervencionista, positiva ou negativa, que visa, de modo não coercitivo, induzir, instigar, provocar, promover, proteger, propulsar, incentivar, abrigar, dirigir, impulsionar ou fomentar – direta, imediata e concretamente – a iniciativa privada e, até mesmo, outros entes ou órgãos administrativos, para tomadas de decisões em setores específicos que tenham como objetivo que determinados interesses públicos sejam atendidos por meio de atividades em favor de toda a coletividade, desafogando a estrutura daquele que o realiza e almejando o desenvolvimento ou progresso econômico ou social, suprindo eventuais deficiências existentes de forma temporária e transitória, como forma de alcançar objetivos previstos na Constituição e efetivar direitos fundamentais.

Como se pode depreender do conceito, trata-se de uma atuação administrativa voltada para atender a interesses públicos de forma indireta e mediata, e, para tanto, os poderes públicos contam com os particulares (ou até mesmo com outros entes ou órgãos da administração) para o seu atingimento, pois são esses que irão, diretamente, prestar determinadas atividades em favor de toda a coletividade.

Essa atividade administrativa visa à colaboração ou cooperação de outrem que não o ente ou órgão que esteja estimulando sem o emprego de coerção. É dizer, não existe uma obrigação de quem irá aceitar o estímulo de assumir as atividades desejadas pela administração; por isso, essa atividade é vista como uma forma de atuação para o atendimento de certas necessidades públicas.

Faz-se a ressalva porque, depois do aceite ou da adesão ao estímulo, a coercitividade passa a existir, surgindo uma relação jurídica especial, de maneira que, estabelecida a adesão no plano, o Estado poderá obrigar o agente (privado ou público) a cumprir aquilo que voluntariamente se comprometeu. Ao Estado, por sua vez, fica vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, tais atividades.

O vínculo de parceria estabelecido numa relação de estímulo público é, tipicamente, um daqueles que necessita do robustecimento da confiança e da segurança, projetadas, no direito público, como os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica. Com efeito, o particular (ou o ente/órgão administrativo) que acolhe à convocação do Estado para com ele se associar em determinada atuação de interesses públicos que este pretenda estimular só o faz porque confia

⁹ Refere-se à atividade alocativa/distributiva, conforme Richard A. Musgrave e Peggy B. Musgrave (MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças públicas: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Campus, 1980), que propuseram três funções econômicas do orçamento moderno: a função alocativa, que busca promover ajustamentos na alocação de recursos; a função distributiva, que se propõe a promover o ajustamento na distribuição da renda e ofertar bens e serviços para a população menos assistida ou em situação de pobreza; e a função estabilizadora, que busca promover a manutenção da estabilidade econômica.

na observância das normas e, por certo, na segurança dessa relação, da qual passa a participar por adesão.

A cogência surge, portanto, em um segundo momento, isto é, não quando da oferta do estímulo (primeiro momento), mas apenas após a aceitação dele pelo agente particular ou público.

Assim o é, porque quem adere ao estímulo, sobretudo quando recebe benefícios econômicos, deve agir de modo a atingir os fins públicos que motivaram a sua concessão. Há uma limitação da atividade (privada ou pública) que passa a estar direcionada à finalidade que originou o estímulo.¹⁰

Vale mencionar que, por não exigir o uso do poder de polícia, o fomento pode comportar uma condução por estruturas privadas, dessa forma, gestionando, até mesmo, fundos públicos.¹¹ Ademais, a opção pela gestão privada do fomento atende, a um só tempo, aos princípios da livre iniciativa e da economicidade.

Por todo exposto, entende-se que o fomento público atrai a incidência de normas de direito público, ainda que com mitigações/flexibilizações, motivo pelo qual se passa a analisar os recursos orçamentários e financeiros transferidos na qualidade de fomento, por ser o que interessa no presente artigo.¹²

2 Recursos orçamentários e financeiros: natureza jurídica

Discute-se se os recursos orçamentários e financeiros recebidos pelas organizações sociais, por meio de transferência do órgão superveniente e do interveniente, mantêm a qualidade de recursos públicos ou se eles se convertem em recursos privados.

O raciocínio jurídico realizado está atrelado ao debate doutrinário em torno do conceito de bens públicos.

Conforme a definição do art. 98 do Código Civil, são bens públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, sejam integrantes da administração direta ou da indireta, no caso, as autarquias, fundações públicas de direito público e consórcios públicos de direito público. Para os que concordam com o conceito legal, os bens integrantes do patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista são bens privados em razão da natureza dessas entidades, isto é, pessoas jurídicas de direito privado. Entretanto, por força da sua

¹⁰ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 46.

¹¹ No tocante à discussão sobre a possibilidade ou não da gestão privada de fundos públicos, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 39-56, a favor; e AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 236, que se contrapõe à gestão privada de fundos públicos.

¹² Ressalta-se que as organizações sociais poderão captar recursos extras ao contrato de gestão, a título de doações, emendas parlamentares, convênios, atividades educacionais, contratos, entre outras opções, para uso exclusivo no cumprimento do objeto social da entidade.

destinação pública, podem submeter-se a um regime especial, mas jamais serão considerados bens públicos.

Para outros, são bens públicos os bens pertencentes à administração pública como um todo; logo, todas as pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que integrantes da administração pública, possuem bens públicos. Desse modo, a categoria de bens públicos abrange o patrimônio das entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Entendem estes que as empresas estatais, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, integram as pessoas jurídicas de direito público interno, assim, seus bens também são públicos.

Há, também, quem entenda que são bens públicos aqueles bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e, ainda, aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração ou não, desde que estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública. Significa dizer que empresa pública ou sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica em sentido estrito, por mais que faça parte da administração pública, não possui bens públicos. Aqui, só as empresas estatais prestadoras de serviços públicos possuem bens públicos. Mas não apenas essas. Os sujeitos por colaboração (segundo setor) e por cooperação (terceiro setor) que prestam serviços públicos também possuem bens públicos, desde que tais bens estejam afetados aos serviços ou a outra finalidade pública.

Esse posicionamento é defendido, por exemplo, por Irene Patrícia Nohara¹³ e Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁴

Para esses autores, o fato dos bens estarem afetados a determinado serviço público ou a outra finalidade pública modifica a sua natureza privada. Quem assim defende atua sob um raciocínio binário, ou seja, não concebe que dita afetação apenas agregue ao bem privado algumas características típicas dos bens públicos, mas entende que ou o bem é público ou é privado.

Por sua vez, há, ainda, quem entenda que os bens das pessoas jurídicas de direito privado são, portanto, bens privados, mas, quando estão afetados ao serviço público ou a outra finalidade pública, podem sofrer algumas limitações próprias dos bens públicos sem, no entanto, ter sua natureza jurídica alterada quanto à sua classificação. É o entendimento, por exemplo, de Marçal Justen Filho,¹⁵ Alexandre

¹³ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 13.1.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 937-938.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 265 e 330.

Santos de Aragão,¹⁶ Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo,¹⁷ Fernanda Marinela¹⁸ e Rafael Carvalho Rezende Oliveira.¹⁹

Como se percebe, esse é o entendimento majoritário na doutrina e acolhido pelo STF em diferentes oportunidades, quando, por exemplo, decidiu que os bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, que estejam vinculados à atividade, não podem ser penhorados, em função do princípio da continuidade do serviço público (STF, RE nº 220.906/ES, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 16.11.2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; STF, RE nº 407.099/RS, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 22.06.2004, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Após analisado o debate doutrinário em torno do conceito de bens públicos, pode-se apontar que a doutrina segue o mesmo raciocínio em relação aos recursos públicos. A diferença é que se entende que o critério dicotômico é insuficiente para definir o regime jurídico ao qual os recursos transferidos às organizações sociais se submetem. Ou seja, entende-se que tal divergência não deve ser analisada de forma dual, isto é, como se o recurso fosse público ou privado.²⁰

O direito administrativo contemporâneo não comporta mais essa (de)limitação. O critério dicotômico utilizado pela doutrina clássica para os bens públicos constitui reflexo de certo momento histórico e que não é mais condizente com a atualidade, de modo que outros elementos devem ser levados em consideração com o fim de definir as regras aplicáveis aos recursos orçamentários e financeiros transferidos. Assim, qualquer fórmula genérica para definir o regime jurídico dos recursos transferidos para as organizações sociais está fadada ao fracasso.²¹

Desse modo, entende-se que existem quatro regimes jurídicos distintos e possíveis quando analisada a temática dos recursos orçamentários e financeiros transferidos: (i) aqueles que consideram os recursos públicos e, por conseguinte, devem obediência 100% ao regime jurídico de direito público; (ii) aqueles que

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. XVII.2.

¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 1.035-1.037.

¹⁸ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Impetus, 2017, item 2, capítulo 11.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 22.1.

²⁰ Ressalta-se que, aqui, essa também é a visão quanto aos bens públicos, vide: SADDY, André; MOURA, Emerson. A natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras: análise da controvérsia acerca do controle dos recursos repassados. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 22, p. 141-161, segundo semestre/2019.

²¹ Sobre o tema, vide: CLAVERO ARÉVALO, Manuel F. Entidades Instrumentales de las administraciones publicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 127, p. 309-324, jan./abr. 1992; MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 25-67, maio/ago. 1996; BREWER-CARÍAS, Allan R. El proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo. In: SALGADO, David Cienfuegos; RODRÍGUEZ LORANZO, Luis Gerardo (Coord.). *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008. p. 79-133; ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

consideram existir uma gestão privada de recursos públicos para fins públicos e que em percentual poderia ser exemplificado com um dever de obediência de 50% a 75% ao regime jurídico público; (iii) aqueles que consideram os recursos privados de natureza pública, haja vista a destinação especial e sua afetação a serviços ou a outra finalidade pública, girando, neste caso, o percentual em torno de 25% a 50% em relação ao regime jurídico público; e, por fim, (iv) aqueles que consideram os recursos como privados, não devendo obediência ao regime jurídico público.²²

Percebe-se que existem graus variados de regime jurídico a depender da consideração que se tenha a respeito do tema. Passa-se, portanto, a descrever alguns posicionamentos, dos poucos, encontrados na doutrina.

2.1 Recursos não perde a natureza pública

Há, como exposto, aqueles que compreendem que, por ter o contrato de gestão natureza convencional, se um particular receber verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, mas, também, ao Tribunal de Contas. Tal posicionamento é emanado, por exemplo, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.²³

2.2 Gestão privada de recursos públicos para fins públicos

Um segundo posicionamento, intermediário e mais próximo à concepção anterior, entende que os recursos repassados às organizações sociais, por meio da celebração de contratos de gestão, continuam sendo *recursos públicos*, mas, como possuem gestão privada, o regime jurídico destes seria flexibilizado. Cita-se, por exemplo, Gustavo Justino Oliveira,²⁴ que menciona “gestão privada de recursos públicos para fins públicos”.

Argumenta-se que o repasse de recursos para as organizações sociais possui natureza de transferência, e não de remuneração ou contraprestação. Ao contrário da remuneração ou contraprestação, na transferência, a natureza do recurso permanece pública, de modo que a entidade privada age como mera gestora de

²² Esclarece-se que as porcentagens apresentadas não são fidedignas, mas meramente exemplificativas. A ideia que se pretende passar diz respeito, única e exclusivamente, a uma escala quantitativa de graus de aproximação ao regime público e privado. Ou seja, o posicionamento (ii) está mais próximo ao regime público e o posicionamento (iii) mais próximo ao regime privado.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 292-293.

²⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Transferência de recursos financeiros públicos para entidades do terceiro setor: reflexões sobre a realidade jurídico-normativa brasileira. *TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 39, p. 33-48, set. 2008, p. 40.

tais valores. A gestão por organização social não retira o caráter e a propriedade pública dos recursos, tampouco dos bens por ela gerenciados.

2.3 Recurso privado de natureza pública

Um terceiro entendimento admite que tais recursos integram o patrimônio das organizações sociais, não sendo elas meras gestoras, mas proprietárias por possuírem uma destinação especial, sua *natureza continua sendo pública*, pois são afetados a serviços ou a outra finalidade pública. Para quem assim entende, a propriedade é privada, e a natureza é pública. Desse modo, somente a gestão é privada e por esta mesma característica gerencial é que se terá uma flexibilização do direito público.

A diferença quanto à anterior é que esta interpretação entende que são “recursos privados de natureza pública”, logo, a propriedade e a gestão são das organizações sociais, mas, por conta da finalidade do repasse, confere-lhes natureza pública e submete-os a alguns princípios de direito público, assim inerentes. Nessa interpretação, há um enrijecimento do direito privado.

Ambas as interpretações – as intermediárias – são reforçadas pela previsão constitucional (art. 70), que exige a prestação de contas por toda entidade do terceiro setor que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens ou valores públicos.²⁵

Os defensores de tais interpretações ressaltam que o entendimento de que os recursos se manteriam como público ou possuem natureza de público foi, implicitamente, acolhido na ADI nº 1.923/DF. Diz-se isso porque o voto vencedor do ministro Luiz Lux tem passagens reconhecendo a natureza pública, *in verbis*:

Por receberem *recursos públicos*, bens públicos e servidores públicos, porém, seu *regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, artigo 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei 9.637/98, artigo 4º, VIII), fixando *regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos [...]* Além disso, as Organizações Sociais *estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos [...]* (iv) *os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva*

²⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Bens e recursos repassados a organizações sociais são impenhoráveis. *Revista Consultor Jurídico*, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/fernando-manica-bens-repassados-organizacao-social-sao-impemhoraveis>. Acesso em: 15 ago. 2020.

e impessoal, com observância dos princípios do caput do artigo 37 da CF [...] (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 [...]. (Grifo nosso)

Inclusive, têm-se outros acórdãos não relacionados às organizações sociais, mas a entidades sem fins lucrativos, como o MS nº 32.703 AgR/DF, que indicam a aplicação dos princípios da administração pública no repasse dos recursos públicos oriundos de entes da administração direta e indireta. Quanto aos recursos próprios de natureza eminentemente privada, estes não devem obediência aos princípios da administração (STF, MS nº 32.703 AgR/DF, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Julgamento: 10.04.2018, Órgão julgador: Segunda Turma). O ministro Dias Toffoli aduz que:

Por questão de hermenêutica, deve-se proceder à análise acerca da natureza jurídica do recurso, se pública ou eminentemente privada, a considerar sua origem, para que se possa aferir, com exatidão, a necessidade de submissão aos princípios norteadores da gestão pública e, conseqüentemente, ao crivo do controle externo, já que, como fundação de caráter privado, a FBB, via de regra, não é alcançada pela jurisdição do órgão público de controle externo, tampouco pelos princípios e legislação aplicáveis à Administração Pública, sobre ela recaindo, por força do art. 66 do Código Civil, a fiscalização do Ministério Público.

Não fica claro no voto se o posicionamento proferido foi em favor da posição de que os recursos seriam públicos ou de natureza pública. Independentemente dessa manifestação, julgou a corte com base no entendimento a favor de que devem observar os princípios da administração pública. Tal voto foi acompanhado pelo ministro Ricardo Lewandowski e pelo ministro Gilmar Mendes, que manifestou que tal decisão é a favor da manutenção da autonomia da fundação, sem perder de vista também o controle. Já o ministro Edson Fachin, por sua vez, divergiu no que tange à imunidade parcial ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União, por entender que até mesmo os ditos “recursos públicos” deveriam ser fiscalizados, pois, no caso, também advêm de recursos repassados pelo Banco do Brasil.

Frisa-se que esse entendimento foi emanado ao discorrer sobre o Banco do Brasil, considerado, pelo STF, entidade da administração indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não concebida como poder público (STF. MS nº 24427/DF, Relator(a): Min. Eros Grau, Julgamento: 30.08.2006, Órgão julgador: Tribunal Pleno).

No que diz respeito ao TCU, este entende, de forma explícita, que, em contratos de gestão, os valores aplicados neles possuem natureza pública (o que é distinto de ser público), e os excedentes financeiros auferidos na sua consecução devem ser devolvidos aos cofres do contratante ou aplicados no próprio contrato mediante a pactuação de novas metas e ações (TCU, Acórdão nº 455/2014-Primeira Câmara, Relator: José Mucio Monteiro; TCU, Acórdão nº 1.000/2014-Primeira Câmara, Relator: José Mucio Monteiro).

O TCU, inclusive, defende que a origem primordialmente pública dos recursos, que, em quase sua totalidade, são compostos por repasses de ente ou órgão da administração pública, caracteriza a natureza pública de tais recursos e define a competência constitucional do TCU.

Frisa-se que tanto o STF como o TCU ainda não se posicionaram de forma clara e precisa a respeito da matéria. Não se pode afirmar, taxativamente, que essas cortes – Constitucional e de Contas – compreendem que o recurso é público, mesmo que a gestão seja privada. A tendência, apesar de ainda existirem poucas decisões a respeito, é que o Judiciário e o TCU entendam que a natureza jurídica dos recursos se encontre entre uma das duas posições intermediárias já referidas, conquanto, ainda assim, pelas transcrições dos casos acima narrados, creia-se que eles se acerquem mais da ideia de que se está diante de casos de “gestão privada de recursos públicos para fins públicos”.

Apesar disso, adota-se, nesta opinião, posicionamento que afirma serem os recursos privados de natureza pública, pois se entende que tal melhor interpreta o modelo de organização social idealizado durante a reforma do Estado na década de 1990.

São privados, pois são pessoas jurídicas (fundação privada ou associação civil) de direito privado sem fins lucrativos que não fazem parte da administração pública, além disso, o repasse, direta ou indiretamente, a título de fomento não tem o condão de transformar, por si só, os recursos em públicos. Ressalta-se que é por meio do fomento que o Estado concretiza seus objetivos de modo indireto e sem a utilização da coação. O Estado visa influenciar os agentes privados a definirem suas maneiras próprias de agir da forma mais conveniente possível ao programa estatal. Dessa maneira, não se pode dizer que há a assunção da atividade pelo Estado, como também não há *publicatio*, pois a atividade, os bens e os recursos porventura recebidos tornam-se privados. Conclusão: não há razão para a prevalência da afirmação de que as atividades desempenhadas pelas organizações sociais são atividades submetidas integralmente a regime público ou mesmo de forma próxima a tal regime, mitigando-o apenas em parte.

Tem-se, portanto, como equivocadas as decisões das cortes superiores e de contas que evidenciam que os recursos são públicos, pois possuem origem da

administração pública, mesmo que essa decorra de pessoa jurídica de direito privado exploradora de atividade econômica em sentido estrito. A origem “pública”, pelo mero fato de ser da administração pública, não estabelece o condão de transformar o recurso em recurso público.

Existe, porém, um regime jurídico especial basicamente por três motivos. Primeiro, por realizar administração pública, apesar de não integrar a administração pública. Segundo, porque possui um modelo de cogestão ou coparticipação, visto que possui participação minoritária do poder público, o que afeta suas decisões estratégicas, acarretando corresponsabilidade deste na gestão e nos resultados. Terceiro, porque recebe fomento público, principalmente, pela transferência de recursos orçamentários e financeiros, direcionando a sua atuação a fins de interesses públicos, pois a finalidade que persegue é coincidente com a finalidade pública do Estado ao usar o recurso repassado e, por isso, algumas das características do regime público serão a elas aplicáveis. O que existe, portanto, é um enrijecimento do regime privado, aproximando-o ao regime público.

2.4 Recursos privados

Além dessas interpretações, tem-se, ainda, aquela que entende que os recursos orçamentários e financeiros, quando transferidos, passariam a ser *privados*. Segundo o caderno *Organizações sociais – cadernos MARE da reforma do Estado*,²⁶ do ponto de vista da gestão orçamentária e financeira, uma das vantagens do modelo das organizações sociais é que os recursos consignados no Orçamento Geral da União para execução do contrato de gestão com as organizações sociais constituem receita própria da organização social, cuja alocação e execução não se sujeitam aos ditames da execução orçamentária, financeira e contábil governamentais.

Analizados os posicionamentos possíveis quanto à natureza jurídica dos recursos públicos transferidos para as organizações sociais, passa-se a descrever o regime jurídico decorrente de cada uma das posições descritas.

3 Regime jurídico aplicável aos recursos orçamentários e financeiros

Como visto, as organizações sociais não fazem parte da administração pública, logo, não possuem seus privilégios, ou seja, as prerrogativas públicas que os órgãos e entes administrativos possuem. Sem embargo, ao cooperarem com esta, podem

²⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997 (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2), p. 16.

dotar-se de algumas prerrogativas e, também, sujeitarem-se a deveres públicos, seja porque prestam serviços públicos ou realizam finalidade pública, muitas vezes, como se fossem a administração, ou porque manejam provenientes do poder público.

Caso se *interpretem os recursos transferidos como públicos*, terão eles regime jurídico de direito público, devendo total observância às normas jurídicas afetas ao direito financeiro, disciplinadas, por exemplo, na Constituição, na Lei nº 4.320/1964 (Lei Geral de Finanças), na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e demais leis complementares afetas à questão financeira pública.

Já nas duas *interpretações intermediárias*, a que considera existir “gestão privada de recursos públicos para fins públicos” e a que entende que há “recursos privados de natureza pública” – a primeira é mais próxima ao regime jurídico do direito público; e a segunda, do regime jurídico de direito privado – terão, independentemente do posicionamento, um regime jurídico especial.

Resta saber, no entanto, que regime jurídico aplicável é esse, mitigado ou flexibilizado, em alguma medida, e se existem e quais são os limites da sua utilização.

Para ambas as interpretações, não se pode entender que os recursos públicos se regem sob a égide do regime jurídico de direito público ou do privado em sua totalidade. Em qualquer uma dessas visões, tal caracterização desfiguraria, por completo, o modelo das organizações sociais.

A diferença é que, *para quem defende que existe uma “gestão privada de recursos públicos para fins públicos”*, os recursos se sujeitam ao regime jurídico de direito público, que será mitigado pelo fato de a gestão ser privada. Gustavo Justino Oliveira,²⁷ por exemplo, entende que a gestão dos recursos públicos é realizada de modo individualizado por parte da organização social, sendo, no entanto, submetida a um regramento especial que disciplina a atividade de interesse público que será por ela desenvolvida – e que justifica e fundamenta o repasse efetivado. Defende o autor que deverá também submeter-se, desde que isso esteja expressamente previsto em lei, às regras, aos princípios e aos procedimentos que regem o emprego, a gestão e o controle de recursos financeiros públicos.

Segundo o STF, impõe-se o influxo da principiologia constitucional, em especial, dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB) para diferentes temas relacionados às organizações sociais, inclusive, o uso do recurso público nas contratações por esta realizadas (STF, ADI nº 1.923/DF, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 16.04.2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). O TCU, no mesmo sentido, aduz uma constante observância aos princípios da

²⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Transferência de recursos financeiros públicos para entidades do terceiro setor: reflexões sobre a realidade jurídico-normativa brasileira. *TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 39, p. 33-48, set. 2008, p. 40-42.

impressoalidade, moralidade e publicidade (TCU, Acórdão nº 3.239/2013-Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues).

Já para *aqueles que entendem existir “recursos privados de natureza pública”*, os recursos se sujeitam ao regime jurídico de direito privado, vez que as organizações sociais são estruturadas, principalmente, sob o princípio da autonomia da vontade, embora parcialmente enrijecidos por normas constitucionais e legais, e exigências da *accountability*²⁸ democrática, como se terá oportunidade de demonstrar.

Para estes, os princípios do art. 37, *caput*, da CRFB devem ser de obediência, apenas, das administrações públicas, e não das organizações sociais, que, como abordado, não fazem parte destas.

A aplicabilidade desses princípios é a principal diferença entre ambas as interpretações. Existem, no entanto, similaridades que envolvem temas como a transparência, a publicidade, o dever de prestação de contas²⁹ e, até mesmo, as normas relacionadas ao nepotismo e ao favorecimento.³⁰

Obrigam-se, portanto, ao núcleo essencial de algumas normas constitucionais e legais. Também se obrigam aos contratos de gestão, que estabelecem as bases a partir das quais deve ser realizada a execução dos recursos recebidos pela entidade privada sem fins lucrativos, seu estatuto, regimento interno e outros regulamentos, tais como o de contratação de obras e serviços, bem como o de contratação de pessoal.

²⁸ Conceito de difícil transposição ao português, conglobando variado campo semântico, é possível entender, aqui, a *accountability* na acepção mais geral de exigências de responsabilização, responsividade, transparência, controle e boa governança, notadamente, nos regimes democráticos. As ciências sociais, nos seus variados campos de trabalho, fazem referência ao conceito, destacando-se, na teoria política, a *accountability* como mecanismo de limitação de poder e ativação da participação e controle democrático não apenas vertical (centrado nas eleições e na atuação de indivíduos e grupos organizados fora do aparato estatal), mas, também, horizontal (instituições intraestatais capacitadas e dotadas de atribuições legais de fiscalização e direcionamento). Nessa direção, entre outros: O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, [s. v.], n. 44, p. 27-54, set. 1998. Sobre *accountability* e terceiro setor, vide: PITZ, Nestor. *Accountability em organizações não governamentais (ONGs), beneficiadas com recursos públicos e ou privados*. 2011. 120p. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

²⁹ Segundo José Eduardo Sabo Paes (PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, item 3.2.1.5): “Transparência, publicidade e controle são fundamentais na utilização de recursos públicos. Ademais, desde a Lei da transparência (Lei n.º 12.527/2011) a sociedade tem cada vez mais direito a acessar dados, documentos e informações de órgãos públicos e também de entidades privadas que recebam recursos públicos. A atual Lei n.º 13.019 não foi diferente ao consignar nos arts. 10, 11 e 12 obrigações tanto para a administração pública como para as OSC em termo de divulgação da parceria celebrada e respectivos planos de trabalho”.

³⁰ Para o TCU, é irregular a contratação, por *organização social*, de empresas cujos sócios ou dirigentes sejam parentes de empregado da contratante que tenha algum poder de influência sobre a condução da licitação, quer por participar diretamente do procedimento, quer em razão de sua posição hierárquica sobre aqueles que participam do procedimento de contratação (Acórdão nº 2.057/2014-Plenário, Relator: Benjamin Zymler) ou que sejam empregados da contratante, por ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade e para evitar direcionamentos ou favorecimentos não compatíveis com o interesse público (Acórdão nº 2.057/2014-Plenário, Relator: Benjamin Zymler).

A CRFB, por exemplo, obriga as organizações sociais a prestarem contas dos recursos que recebem (art. 70, parágrafo único).

No que diz respeito à Lei nº 9.637/1998, esta obriga a publicação de regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do poder público (art. 17). Exige, para a habilitação como organização social, a publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (art. 2º, inc. I, alínea “f”). Ademais, os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (art. 9º). Há, também, que enfatizar que todas as despesas suportadas pelos recursos orçamentários e financeiros transferidos devem corresponder a metas estabelecidas no contrato de gestão, uma vez que tais recursos, necessariamente, destinam-se ao cumprimento do ajuste, de acordo com o *caput* do art. 12 da Lei nº 9.637/1998, e em respeito à necessária transparência no emprego dos recursos, diretriz estabelecida no art. 20, inc. III, da mesma lei. Não é permitido, portanto, o pagamento de despesas incompatíveis com o objeto pactuado, caracterizando desvio de finalidade de tais recursos.

Aqui, vale citar o Acórdão nº 3.304/2014 do TCU, que, ao analisar os contratos de gestão com organizações sociais do MCTI, assim determinou:

116. A divulgação da aplicação dos recursos públicos geridos pelas OS deve ser abrangente, passando não somente por dados financeiros e contábeis, mas também por seus resultados e produtos, em prol do princípio da publicidade estatuído no art. 37 da CF/88, da transparência, expresso no art. 48 da Lei 101/2000 (LRF) e nas boas práticas de governança dispostas no Referencial Básico de Governança do TCU (Brasília, 2013). (TCU, Acórdão 3304/2014-Plenário, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO).

Além disso, deixou claro que são princípios aplicáveis à “gestão de recursos públicos a impessoalidade, a moralidade e a economicidade”.

É sabido, também, que o acórdão proferido na ADI nº 1.923/DF definiu questões administrativas atinentes às relações entre as organizações sociais e o Estado, assim, indicando que:

[...] (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo

o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas. (STF, ADI 1923/DF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 16/04/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Volta-se a enfatizar, portanto, que o STF, em diferentes pontos, estabelece que a administração pública deve “conduzir de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios do *caput* do art. 37 da CF”. Isso quando trata da qualificação, da celebração do contrato de gestão, das hipóteses de dispensa de licitação. No entanto, também, utilizou a mesma expressão para impor tais obrigações às organizações sociais, nos casos de contratos celebrados com terceiros e na seleção de pessoal.

O Acórdão nº 3.304/2014 do TCU, supracitado, no que diz respeito a contratos celebrados com terceiro, decidiu da mesma maneira que o STF ao asseverar que as organizações sociais, em suas contratações mediante uso de verbas públicas, não estão sujeitas à observância dos estritos procedimentos das normas gerais de licitações e contratos aplicáveis ao poder público, e sim aos seus regulamentos próprios, pautados nos princípios gerais aplicáveis à Administração Pública (TCU, Acórdão nº 5.236/2015-Segunda Câmara, Relator: Raimundo Carreiro).

Para o TCU, as organizações sociais estão submetidas a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do poder público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado (TCU, Acórdão nº 3.239/2013-Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues). A realização de prévia verificação da compatibilidade dos preços a serem praticados com aqueles de mercado, para o TCU, é exigível pelo princípio da economicidade. Segundo a corte, embora a aplicação dos recursos mediante

contratos de gestão deva ser analisada com foco nos resultados, isso não afasta a necessidade de serem observados os princípios gerais que regem a aplicação de recursos públicos (TCU, Acórdão nº 2.057/2014-Plenário, Relator: Benjamin Zymler).

Já quanto à seleção de pessoal, para o TCU, as organizações sociais não estão obrigadas a realizar concurso público para contratação de seus empregados. No entanto, durante o tempo que mantiver contrato de gestão com o poder público federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade (TCU, Acórdão nº 3.239/2013-Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues).

O TCU afirma, ainda, que alguns contratos de gestão estabelecem como limite salarial o teto aplicável ao Executivo e que o valor referente ao pagamento da remuneração do pessoal que exerce atividade-fim de ente público nas organizações sociais deve estar incluso no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal estipulados na LRF (Lei Complementar nº 101/2000) (TCU, Acórdão nº 1.187/2019-Plenário, Relator: Bruno Dantas).

Apesar de tais acórdãos, entende-se que obrigar organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, a “conduzir de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios do caput do art. 37 da CF”, seus contratos com terceiros e a seleção de pessoal, foi, como mínimo, exagero, devendo tal decisão ser combatida e criticada para que, em futuras ocasiões, seja motivo de reflexões por aqueles que julgam para, eventualmente, mudarem de posição.

Pensa-se assim, pois não há qualquer fundamento explícito que sustente a afirmação de que as organizações sociais devam observância aos “princípios da Administração Pública”. A Lei nº 9.637/1998, em nenhum ponto, traz determinação nesse sentido. Pelo contrário, dita, no *caput* do art. 7º, que, “na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade”.

Exigir respeito aos princípios da administração pública conforme o art. 7º era até desnecessário, haja vista que uma das partes do contrato é a administração pública. Sem embargo, entender como o STF e o TCU que tais princípios devem pautar a execução, e não apenas a elaboração do contrato de gestão, é interpretar a lei de forma equivocada.

Por sua vez, poder-se-ia afirmar que implicitamente o fundamento legal residiria no art. 1º c/c art. 2º da Lei nº 8.429/1992, pois ele equipara o agente privado que utiliza recursos públicos ao agente público, assim, respondendo perante a administração e o Poder Judiciário como se administrador público fosse. Dessa forma, os agentes privados nessas condições – os administradores de uma organização social que recebe recursos públicos, por exemplo – estariam obrigados a observar

estritamente os princípios da administração pública, seguindo o que preceitua o art. 4º da Lei nº 8.429/1992.³¹

Isso não significa que as organizações sociais não devem de alguma forma respeito aos valores, às finalidades ou aos ideais que tais princípios resguardam. A diferença é que precisam ser sopesados de forma diferente se considerada sua concretização pela administração pública. O fundamento seria relacionado à ideia de *accountability* democrática, bem como às disposições negociadas no contrato de gestão, que podem especificar a forma pela qual os recursos orçamentários e financeiros serão utilizados.

Assim, por mais que se interprete conforme aqueles que defendem a existência de uma “gestão privada de recursos públicos para fins públicos”, igualmente, entende-se que não se pode dar a tais princípios a mesma concretização em relação aos entes estatais. É dizer, não se pode dar a esses princípios igual significado, independentemente de se estar diante de um ente estatal ou de uma entidade privada.

Por fim, *aqueles que interpretam os recursos como privados*, sendo seu regime exclusivamente de direito privado, não precisam obedecer em nada às regras atinentes ao direito público, não estão subordinados aos procedimentos financeiros públicos, como regras de contabilidade pública e aos limites da Lei nº 4.320/1964 (Lei Geral de Finanças) e da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Vislumbradas as diferentes possibilidades de regime jurídico, passa-se a aprofundar o que diz respeito à execução orçamentária e financeira.

Conclusões

Conforme todo o exposto, há dois pontos a serem sintetizados nesta conclusão: (i) natureza jurídica dos recursos orçamentários e financeiros transferidos a título de fomento público; e (ii) o regime jurídico aplicável aos recursos orçamentários e financeiros.

Quanto ao primeiro ponto, discute-se se os recursos orçamentários e financeiros recebidos pelas organizações sociais, por meio de transferência do órgão superveniente e do interveniente, mantêm a qualidade de recursos públicos ou se tornam eles recursos privados. Entende-se que tal divergência é prejudicada quando analisada apenas sob a perspectiva do critério dicotômico. Por tal motivo, sustenta-se existir quatro regimes jurídicos distintos e possíveis quando analisada a temática

³¹ Assim, entende: MOTTA, Arthur Maciel. A utilização de recursos públicos pelas Organizações Não-Governamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 186, p. 205-244, abr./jun. 2010, p. 207.

dos recursos orçamentários e financeiros transferidos às organizações sociais, são eles: (i) aqueles que consideram os recursos públicos e, por conseguinte, devem obediência 100% ao regime jurídico de direito público; (ii) aqueles que consideram que exista uma gestão privada de recursos públicos para fins públicos e que, em percentual, poderiam ser exemplificados como um dever de obediência de 50% a 75% ao regime jurídico público; (iii) aqueles que consideram os recursos privados de natureza pública, haja vista a destinação especial e a sua afetação a serviços ou a outra finalidade pública, girando, neste caso, o percentual em torno de 25% a 50% em relação ao regime jurídico público; e, por fim, (iv) aqueles que consideram os recursos como privados, não devendo obediência ao regime jurídico público.

Pode-se indicar ser pouco provável que o entendimento dos posicionamentos (i) e (iv) prevaleça. A tendência é que o Judiciário e o TCU entendam ser a natureza jurídica dos recursos uma das duas posições intermediárias, no caso, os posicionamentos (ii) e (iii). Há uma prevalência, já demonstrada por tais órgãos, de interpretar os recursos como públicos, motivo pelo qual se crê que tais sujeitos interpretarão futuramente conforme o posicionamento (ii).

Recomenda-se que o tomador de decisão, os diretores e os conselheiros devem, neste aspecto, ser conservadores/cautelosos, assim, evitando riscos de responsabilização. Para tanto, precisam adotar conduta conforme o posicionamento (ii). Sem embargo, devem trabalhar pela sustentabilidade do modelo e buscar uma definição quanto ao tema pelo Judiciário e TCU, segundo o posicionamento (iii).

Diz-se isso, pois se compreende que a melhor interpretação para o modelo de organização social é essa. Sustenta-se, para o modelo não ser desconfigurado e, *a contrario sensu*, protegido, que os recursos sejam interpretados como “recursos privados de natureza pública” – posicionamento (iii).

Explica-se: são privados, pois são pessoas jurídicas (fundação privada ou associação civil) de direito privado sem fins lucrativos, que não fazem parte da administração pública e que recebem recursos oriundos do Estado a título de fomento, os quais, por sua vez, ao serem transferidos, são incorporados ao seu patrimônio. Os documentos publicados à época da reforma do Estado evidenciam que os recursos consignados no Orçamento Geral da União para execução do contrato de gestão com as organizações sociais constituem receita própria da organização social, cuja alocação e execução não se sujeitam aos ditames da execução orçamentária, financeira e contábil governamentais. Além disso, recursos repassados direta ou indiretamente a título de fomento não têm o condão de se transformarem em públicos. Frisa-se que é por meio do fomento que o Estado concretiza seus objetivos de modo indireto e sem a utilização da coação. O Estado visa influenciar os agentes privados a definirem suas maneiras próprias de agir da forma mais conveniente possível ao programa estatal. Dessa maneira, não se pode

dizer que há a assunção da atividade pelo Estado, como também não há *publicatio*, pois a atividade, os bens e os recursos porventura recebidos se tornam privados. Conclusão: não há razão para a prevalência da afirmação de que as atividades desempenhadas pelas organizações sociais são atividades submetidas integralmente a regime público ou mesmo de forma próxima a tal regime, mitigando-o apenas em parte. Além disso, sua natureza é pública, pois se aplica a ele um regime jurídico especial que aproxima o uso, o gozo e a fruição dos recursos ao regime jurídico de direito público.

Sublinha-se, porém, novamente, que a recomendação ao tomador de decisão é para adotar o posicionamento (ii), até um posicionamento do Judiciário e do TCU que confira segurança jurídica ao tema, vez que assim diminui o risco de responsabilização, pois observará as regras e os limites estabelecidos pelas Cortes Superiores e de Contas.

Apesar de este ser o posicionamento aqui defendido, expôs-se como é o regime jurídico aplicável a cada um dos posicionamentos possíveis. Este, inclusive, é o *segundo ponto* desta síntese conclusiva.

Escolhido o posicionamento (i), terão os recursos regime jurídico de direito público, devendo total observância às normas jurídicas afetas ao direito financeiro disciplinadas, por exemplo, na Constituição, na Lei nº 4.320/1964 (Lei Geral de Finanças), na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e demais leis complementares afetas à questão financeira pública.

Por sua vez, ao escolher qualquer um dos dois posicionamentos intermediários, no caso o posicionamento (ii) ou (iii), terão os recursos, independentemente do posicionamento, um regime jurídico especial, sendo o posicionamento (ii) mais próximo ao regime jurídico do direito público e o (iii) ao regime jurídico de direito privado.

São basicamente três motivos que mitigam o regime jurídico público [posicionamento (ii)] ou enrijecem o regime jurídico privado [posicionamento (iii)]. Primeiro, as organizações sociais realizam administração pública, apesar de não integrarem a administração pública. Segundo, as organizações sociais federais possuem um modelo de cogestão ou coparticipação, visto que têm participação minoritária no poder público, o que afeta suas decisões estratégicas, acarretando corresponsabilidade deste na gestão e nos resultados. Terceiro, as organizações sociais recebem fomento público, principalmente, pela transferência de recursos orçamentários e financeiros, direcionando a sua atuação na convergência de interesses públicos, afinal, a finalidade que perseguem é coincidente com as estatais e, dessa maneira, pública ao usar o recurso repassado; e, por isso, algumas das características do regime público serão a elas aplicáveis.

Em ambos os posicionamentos, (ii) ou (iii), compreende-se que incidiram sobre os recursos transferidos alguns princípios e regras próprios do direito público, o que evidencia a submissão de um regime jurídico especial, isto é, a incidência de normas de direito público, ainda que com mitigações ou, como se prefere, enrijecimento do regime jurídico de direito privado.

O principal *quid juris* é saber quais princípios e regras próprios do direito público se aplicam aos recursos transferidos às organizações sociais. Ou, se preferir, em que medida, quais e se existem limites à sua utilização seja nos casos de mitigação ou flexibilização.

Segundo o STF, impõe-se o influxo da principiologia constitucional, em especial, dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB) para diferentes temas relacionados às organizações sociais, inclusive, o uso do recurso público nas contratações por estas realizadas (STF, ADI nº 1.923/DF, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 16.04.2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). O TCU, no mesmo sentido, aduz uma constante observância aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade (TCU, Acórdão nº 3.239/2013-Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues; Acórdão nº 3.304/2014-Plenário, Relator: André de Carvalho).

Como já demonstrado, tanto o Judiciário como o TCU conferem prevalência ao posicionamento (ii), por tal motivo, interpretam que as organizações sociais na execução dos recursos públicos devem obediência aos princípios do art. 37, *caput*, da CRFB, sendo essa a principal aproximação ao regime jurídico público mencionada.

Apesar de não mencionado pelo STF e TCU, o único fundamento legal, mesmo que implícito, para justificar tal posicionamento, é o art. 1º c/c art. 2º da Lei nº 8.429/1992, pois ele equipara o agente privado que utiliza recursos públicos ao agente público quando com este age na prática de uma conduta ímproba, respondendo perante a administração e o Poder Judiciário como se administrador público fosse. Dessa forma, os agentes privados nessas condições – os diretores de uma organização social que recebe recursos públicos, por exemplo – estão obrigados a observar estritamente os princípios da administração pública, assim, seguindo o que preceitua o art. 4º da Lei nº 8.429/1992.

Defende-se, no entanto, uma vez que se adota o posicionamento (iii) neste parecer, que tais princípios não devem ser de observância obrigatória às organizações sociais. Esses princípios precisam ser de obediência, apenas, das administrações públicas, e não das organizações sociais, que como já abordado, não fazem parte destas. Agora, como já afirmado, não é essa a recomendação que se dá a organização social que vise prudência. Sugere-se que ele tome suas decisões em respeito ao posicionamento (ii). Isso não significa que este não deve buscar influenciar os órgãos de controle para o posicionamento (iii). Entende-se

que a organização social, de preferência, em conjunto com outras organizações sociais, deva lutar para viabilizar e manter o modelo como originalmente idealizado, persuadindo, dentro da juridicidade, os Tribunais de Justiça e de Contas para tal. Ideal, contudo, seria uma alteração legislativa na atual Lei nº 9.637/1998, buscando a inclusão de um artigo que esclareça tal ponto no Projeto de Lei nº 10.720/2018 em andamento no Congresso.

Obrigam organizações sociais, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, a “conduzir de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios do *caput* do art. 37 da CF” seus contratos com terceiros e seleção de pessoal, foi, como mínimo, uma decisão exagerada do STF. Pensa-se assim pois não há qualquer fundamento explícito que sustente a afirmação de que as organizações sociais devem observância aos “princípios da Administração Pública”. A Lei nº 9.637/1998, em nenhum momento, traz determinação nesse sentido. Logo, entender, como o STF e o TCU, que tais princípios devem pautar a execução, e não apenas a elaboração do contrato de gestão, é interpretar a lei de forma equivocada.

Isso não significa que as organizações sociais não devem, de alguma forma, respeito aos valores, às finalidades ou aos ideais que tais princípios resguardam. A diferença é que precisam ser sopesados de formas diferentes se considerada sua concretização pela administração pública. O fundamento de tais seria relacionado à ideia de *accountability* democrática, bem como as disposições negociadas no contrato de gestão, que podem especificar a forma pela qual os recursos orçamentários e financeiros serão utilizados.

A aplicabilidade desses princípios é a principal diferença entre ambos os posicionamentos, mesmo crendo que, para aqueles que adotam o posicionamento (ii), não se pode dar a tais princípios a mesma concretização em relação aos entes estatais.

Existem, no entanto, similaridades que envolvem a transparência, a publicidade, o dever de prestação de contas e, até mesmo, as normas relacionadas ao nepotismo e ao favorecimento.

Ambos os posicionamentos (ii) e (iii), obrigam-se, portanto, a normas constitucionais e legais, mas não apenas a tais, pois também se obrigam aos contratos de gestão, que estabelecem as bases a partir das quais deve ser realizada a execução dos recursos recebidos pela entidade privada sem fins lucrativos, seu estatuto, regimento interno e outros regulamentos, tais como o de contratação de obras e serviços e o de contratação de pessoal.

Quanto ao último posicionamento, no caso o (iv), tal não se submete em nada ao regime orçamentário-financeiro, logo, para quem assim defende, as organizações sociais não estariam subordinadas aos procedimentos financeiros públicos, como

regras de contabilidade pública, e aos limites da Lei nº 4.320/1964 (Lei Geral de Finanças) e da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997 (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2).
- BREWER-CARÍAS, Allan R. El proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo. In: SALGADO, David Cienfuegos; RODRÍGUEZ LORANZO, Luis Gerardo (Coord.). *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel F. Entidades Instrumentales de las administraciones publicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 127, p. 309-324, jan./abr. 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MÂNICA, Fernando Borges. Bens e recursos repassados a organizações sociais são impenhoráveis. *Revista Consultor Jurídico*, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/fernando-manica-bens-repassados-organizacao-social-sao-impenhoraveis>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Impetus, 2017.
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 140, p. 25-67, maio/ago. 1996.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOTTA, Arthur Maciel. A utilização de recursos públicos pelas Organizações Não- Governamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 186, p. 205-244, abr./jun. 2010.
- MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças públicas: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

O'DONNELL, Guilherme. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova*, São Paulo, [s. v.], n. 44, p. 27-54, set. 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Transferência de recursos financeiros públicos para entidades do terceiro setor: reflexões sobre a realidade jurídico-normativa brasileira. *TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 39, p. 33-48, set. 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PITZ, Nestor. *Accountability em organizações não governamentais (ONGs), beneficiadas com recursos públicos e ou privados*. 2011. 120p. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

RECEITA FEDERAL. Solução de Consulta nº 1, de 07 de janeiro de 2008. Órgão: Disit 09.

RECEITA FEDERAL. Solução de Consulta nº 41, de 28 de maio de 2004. Órgão: Disit 04.

RECEITA FEDERAL. Solução de Consulta nº 6, de 27 de janeiro de 2004, Órgão: Disit 02.

SADDY, André; MOURA, Emerson. A natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras: análise da controvérsia acerca do controle dos recursos repassados. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 22, p. 141-161, segundo semestre/2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C. (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SADDY, André. Natureza jurídica e regime jurídico aplicável aos recursos orçamentários e financeiros transferidos às organizações sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 129-156, out./dez. 2020.
