

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

**IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Irineu Francisco Barreto Junior

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-587-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA**

## **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

---

### **Apresentação**

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 13 e 15 de junho de 2018, na bela e acolhedora Salvador (BA), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um qualificadíssimo conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DO ESTADO CONTENCIOSO AO CONSENSUAL: O MODELO MULTIPORTAS APLICADO AOS CONFLITOS DA FAZENDA PÚBLICA;
2. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA;
3. AS PROVAS CONTAMINADAS POR FALSAS MEMÓRIAS, EVENTUAL CONDENAÇÃO, FATOS NOVOS E REVISÃO CRIMINAL: AS CONSEQUÊNCIAS NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA;
4. O REGIME DE CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO;
5. O PROCEDIMENTO DE REMOÇÃO POR PERMUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS E SEUS IMPACTOS NO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE;
6. A APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS;

7. A NATUREZA JURÍDICA DA ENTIDADE PRIVADA QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL;

8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO.

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Em arremate, registramos os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Salvador (BA) pela afetuosa acolhida que tivemos na UFBA - nesse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças, as paisagens, a culinária e a hospitalidade do povo baiano conquistaram a todos nós!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Salvador, junho de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação (FMU-SP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A NATUREZA JURÍDICA DA ENTIDADE PRIVADA QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL**  
**THE LEGAL NATURE OF THE PRIVATE ENTITY QUALIFIED AS A SOCIAL ORGANIZATION**

**Luiz Nunes Pegoraro**  
**Régis Willyan da Silva Andrade <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente trabalho tem por objetivo verificar a natureza jurídica do particular qualificado como organização social através do contrato de gestão diante da previsão Constitucional e do Código Civil, delimitando eventual responsabilidade trabalhista e demais consequências decorrentes do seu enquadramento, partindo da organização da Administração Pública prevista no Decreto-Lei 200/67.

**Palavras-chave:** Organização social, Particular qualificado, Natureza jurídica

**Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this study is to verify the legal nature of the individual qualified as a social organization through the management contract before the Constitutional provision and the Civil Code, delimiting eventual labor liability and other consequences arising from its framework, starting from the organization of Public Administration provided for in Decree-Law 200/67.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Social organization, Particularly qualified, Legal nature

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito Constitucional; Professor PUC/MG.

## **INTRODUÇÃO**

O Estado possui como função primordial a prestação de serviço público. No entanto, diante do crescimento da atividade estatal e das necessidades do corpo social, ele precisa ampliar sua prestação, por meio da outorga, da delegação ou da qualificação, em especial na área da educação e saúde.

Diante da incapacidade do Estado em prestar pleno serviço público específico em todas as áreas, tem-se a faculdade de prestar o serviço público descentralizadamente, seja por outorga ou por delegação.

Dessa forma, hodiernamente discutem-se os efeitos jurídicos aplicáveis à entidade privada qualificada como Organização Social na sua relação com o Estado. Integra a Administração Direta? A Indireta? Aplica-se a legislação Privada? CLT?

Assim, é relevante estudarmos a natureza jurídica da Qualificada como entidade privada, passando pela organização da Administração Pública, pela Administração Indireta, e pelo posicionamento do STF.

### **1 - Organização da Administração Pública**

A República Federativa do Brasil possui governo centralizado, composto por Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, todos autônomos, porém não dotados de soberania, a qual é privativa do Estado como um todo.

No federalismo, cada estado membro, embora haja um governante central, ostenta o princípio da autonomia, que os permite se autogovernem, cada estado tem o seu governante, se autoconstituem, se autoadministram e autolegislam, sendo certo que esses atributos devem respeitar os limites traçados pela Constituição Federal da República Federativa.

Partindo do conceito que Estado de Direito é o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis, a organização administrativa pública brasileira mantém estreita correlação com a estrutura do Estado e a forma de Governo adotada. O art. 18, da Constituição Federal (CF), trata da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.

Esse dispositivo Constitucional partilha atribuições administrativas entre a União, os Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios, cabendo em cada um deles o comando da administração ao respectivo Chefe do Executivo.

Decorrente da vastidão de nosso território opera-se a distribuição de funções públicas e de interesse coletivo a entes estatais. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercitam os poderes que lhe são conferidos explícita ou implicitamente pela Constituição Federal dentro das respectivas áreas de atuação, mediante aparelhamento próprio, que deve ser convenientemente estruturado para o perfeito atendimento das necessidades do serviço público.

A organização das administrações estaduais e municipais segue, em linhas gerais, a da federal, por força de mandamento constitucional (artigos 18, 25 e 29, da CF).

Na Administração Federal o Decreto-Lei 200, de 25.2.67, fixou diretrizes e princípios que propiciem funcionalidade e dinamicidade à Administração Federal. Preocupou-se em diminuir o tamanho da máquina estatal, simplificar os procedimentos administrativos, reduzir as despesas e visou a extinção e privatização dos órgãos e de entidades da Administração Federal. Ele classificou a Administração Federal em direta e indireta.

Assim, as Administrações Estaduais e Municipais encontram-se estruturadas em simetria com a Administração Federal, integrando a federação e gozando de autonomia política, administrativa e financeira, atentas ao mandamento Constitucional de observância pelos Estados, dos princípios estabelecidos na Constituição Federal nos artigos 25 e 28. Daí, em todos os Estados que integram a República a organização administrativa é idêntica em suas linhas mestras.

Essa organização consiste na estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos (pessoas físicas), devendo ocorrer por lei, e excepcionalmente por decreto e normas inferiores, quando não exige a criação de cargos nem aumenta despesa pública.

Dessa forma, verifica-se que Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo, todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

O Estado tanto pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que têm constitucionalmente a seu encargo, como pode prestá-las através de outros

sujeitos. Na segunda hipótese, ou transfere a particulares o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou cria outras pessoas, por lei, que terão personalidades de direito privado ou público.

Na conceituação de José dos Santos Carvalho Filho (2011 p. 414), “Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado.”

A Administração Direta é prestada pelos próprios entes da Federação, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, através de órgãos internos por eles criados para a prestação dos serviços que lhe foram conferidos a prestar.

Sua menção legal vem expressa no Decreto-Lei 200/1967, onde o art. 4º prevê que a Administração Federal compreende a Administração Direta, que se constitui de serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

## **2 - Administração Indireta**

A Administração indireta vem expressa legalmente no artigo 4º, II, do Decreto-Lei 200/67. José dos Santos Carvalho Filho (2011 p. 418) define Administração Indireta como “o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativa de forma descentralizada.”

Estas pessoas jurídicas, criadas pela Administração Direta, são chamadas pela doutrina e até mesmo pelo Decreto-Lei 200/67 de Entidades. Importante frisar também, que tais entidades estão vinculadas à Administração Direta através de seus respectivos Ministérios.

No entanto, o essencial caráter de sua criação, inclusive tratando-se de um elemento indispensável para o estudo é a atuação estatal descentralizada.

Diferentemente da delegação negocial, que é feita através de contrato ou ato administrativo, onde figuram como delegatários os permissionários e os concessionários de serviços públicos, a Administração indireta, trata-se de delegação legal, surgindo na figura de entidades provenientes de lei.

A Administração Indireta é o próprio Estado exercendo suas funções de maneira descentralizada. Sendo por pertinência, ou seja, o serviço é prestado de maneira mais adequada por uma Entidade específica, para obter mais celeridade e eficiência na prestação do serviço.

Há um critério de ordem administrativa, para a criação da Administração Indireta, sendo o Estado o único responsável pela determinação de conveniência e oportunidade para criar as entidades da Administração Indireta.

Quanto à sua abrangência, é a mesma da Administração Direta, ou seja, todos os entes federativos poderão criar sua Administração Indireta, para prestação de serviço de forma descentralizada, desde que para tanto possuam competência para transferir essa execução a um particular.

Além dos consagrados princípios explícitos da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), devemos destacar o princípio da Reserva Legal, o qual impõe que a Administração Indireta deverá ser necessariamente instituído por Lei (artigo 37, XIX, da Constituição Federal).

A Administração indireta exterioriza a prestação do serviço descentralizado, ou seja, quando o Poder Público transfere sua titularidade por outorga à autarquia, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista, visando a melhor qualidade, o melhor preço e técnica. Há outorga quando o Estado institui uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de entidade pública.

### **3 - ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

Entre as espécies de entes de paraestatais ou entes de cooperação estão os serviços sociais autônomos, as organizações sociais (Lei 9.637/98) e as organizações da sociedade civil de interesse público (9.790/99). Paraestatais são pessoas jurídicas de Direito Privado, dispostas paralelamente ao Estado, para executar cometimentos de interesse do estado, mas não privativos do Estado.

A Lei Federal 9.637/98 autorizou o Poder Executivo a qualificar como organização social particular qualificado como pessoa jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, cuja atividade estatutária seja dirigida ao ensino, pesquisa científica,

ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde.

Na verdade trata-se de um rótulo, uma qualificação que será atribuída a uma associação ou fundação instituída por um particular, sem fins lucrativos, que venha a preencher as condições impostas na Lei Federal. É um dos vários instrumentos de privatização, um qualificativo que pode ser imposto às associações e fundações instituídas pelos particulares nos moldes da legislação civil para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, não constituindo novo ente administrativo.

É um título, uma qualificação que a Administração Pública atribui a uma entidade privada para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público, como dotações orçamentárias, isenções fiscais, cessão de servidores e permissão de uso de bens públicos para realização de atividade necessariamente de interesse coletivo.

Quando o Estado efetua essa qualificação abre mão do serviço, configurando-se um ato administrativo discricionário do Poder Público.

Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles, (2005, p. 368), objetivou-se a transferência de certas atividades exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão, além de aumentar o controle das entidades privadas que recebem verbas orçamentárias para a consecução de fins assistenciais, mas que não ficam submetidas a qualquer controle de resultados.

É nova forma de parceria, com a valorização do terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.

Leciona Evelise Vieira (2006, p. 135) que o modelo das organizações sociais “foi adotado em razão das afirmações, tantas vezes feitas, que acabou por ser tomada, por muitos, como verdade, de que o Estado não tem competência para prestar os serviços públicos indispensáveis ou úteis à sociedade.” Assim, na visão dos defensores deste posicionamento, “deveria o Estado transferir à sociedade civil organizada a tarefa de desincumbir-se destes serviços, ficando com o papel de fomento, com incentivos de várias naturezas que propiciasse o trabalho e o desenvolvimento da sociedade civil”, complementa a Autora.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 139) “o regime jurídico das organizações sociais é bastante diferenciado do aplicável às delegatárias de serviços públicos propriamente ditas (as concessionárias e permissionárias de serviço público [...]). Afirmam os estudiosos que nesse caso não há contrato de concessão ou permissão de serviços públicos, não há licitação prévia, não existe a possibilidade de intervenção, de encampação ou de decretação de caducidade pelo Poder Público, as organizações sociais não cobram tarifa pela prestação dos seus serviços.

Segundo entende Diogenes Gasparini (2012, p. 522), sabendo da existência de associações civis e de fundações constituídas, organizadas e dirigidas por particulares segundo as regras do Direito Privado que, sem fins lucrativos, estão voltadas ao desempenho de atividades de interesse público, como são as de saúde e educação, o Estado dispôs-se a aproveitá-las visando diminuir sua atuação nesse setor em que “não age com exclusividade, com isso, melhor a prestação desses serviços, já que a Constituição Federal faculta essa parceria em mais de um de seus dispositivos, a exemplo dos arts. 199, §1º, 204, I, 205, 216, § 1º, e 227.”

E continua o administrativista: “não são, como se vê, entidades da Administração Pública direta; também não integram a Administração Pública indireta. São entidades privadas que se valem do contrato de gestão para prestar atividades públicas, com apoio das pessoas políticas que as aceitam como parceiras. São entidades de colaboração.” (GASPARINI, 2012, p. 522).

E conclui o doutrinador: “seus servidores são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sua admissão deve observar certo processo seletivo e sua admissão deve ser motivada se lhes foram transferidos recursos públicos financeiros.” (GASPARINI, 2012, p. 524).

De forma tranquila, afirmam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 139) que “as organizações sociais não prestam serviço público em sentido estrito, isto é, o regime jurídico a que se sujeitam as atividades desempenhadas pelas organizações sociais é parcialmente público, mas não é o mesmo regime rígido de direito público aplicável aos serviços públicos propriamente ditos”.

Imprescindível ainda registrar que a Lei delimita a qualificação às pessoas jurídicas de direito privado, cuja espécies são as associações e as fundações. Em

relação às Fundações, está se referindo às fundações privadas, instituídas pela iniciativa privada, não integrantes da administração pública, ou seja, nada tem a ver com a fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, esta sim integrante da administração pública indireta (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 139).

Nesse sentido, as organizações sociais não são nova categoria de pessoa jurídica, mas uma qualificação especial, um título concedido discricionariamente pelo Poder Público a determinadas entidades privadas. Não integram a Administração direta nem a administração indireta; são entidades da iniciativa privada, sem fins lucrativos, que se associam ao Estado mediante a celebração de um contrato de gestão a fim de receberem fomento para a realização de atividades de interesse social (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 140).

Reforçando sua natureza, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 140) afirmam que as organizações sociais não são delegatárias de serviço público, ou seja, não exercem, por delegação (concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), sob regime jurídico de direito privado, atividades de titularidade exclusiva do poder público, e sim “atividade privadas de utilidade pública ou interesse social, em seu nome, com incentivo (fomento) do Estado.”

As organizações sociais foram idealizadas para “absorver” atividades não exclusivas do Estado realizadas por entidades estatais (integrantes da Administração formal), que, então, seriam extintas.

Segundo o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 581), “nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público.” Aparentemente vai exercer atividade de natureza privada com incentivo do Poder Público.

E arremata a doutrinadora: “A atividade que era prestada pelo Poder Público, no regime jurídico publicístico, passa a ser prestada por entidade privada, no regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada.” (DI PIETRO, 2014, p. 581).

Segundo o escólio de Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 745), discute-se quanto à possibilidade de inclusão das entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, parceiras do Estado por colaboração em geral, no conceito de Administração Pública descentralizada, entendendo-se geralmente que, em razão de apenas desenvolverem parecerias com o poder público, não sendo por ele criadas ou geridas, permanecem na esfera privada.

E continua o Autor: “Para que essas entidades da sociedade civil possam ser consideradas integrantes da Administração Pública descentralizada, não é suficiente que desenvolvam atividades, em parceria com o Estado, eventualmente até com recursos públicos, atividades de interesse público.” (ARAGÃO, 2007, p. 745).

Segundo nos ensina Aragão (2007, p. 746), “o mero acordo entre o Estado e uma entidade privada beneficente, na maioria das vezes denunciável unilateralmente por qualquer das partes, não a integra na coordenação e planejamento estatais de caráter obrigatório incidente sobre as entidades descentralizadas nos termos do que dispõe o art. 174, CF, para o setor público.”

Para um ente de colaboração (gênero), abstraindo-se por enquanto das organizações sociais (espécie), ser considerado integrante da Administração Pública descentralizada, “não basta, portanto, que esteja cooperando com o Poder Público em alguma área de interesse comum, é necessário mais: deve se integrar juridicamente na coordenação das ações estatais.” (ARAGÃO, 2007, p. 745).

Afirma ainda Aragão (2007, p. 745) que a mera formalização de convênio ou outros instrumentos análogos com a Administração Pública não é, por si só, suficiente para caracterizar a entidade parceira como integrante da Administração Pública. “O vínculo com a Administração há de ser mais estável e intenso, com a previsão de poderes (não hierárquicos, naturalmente) da Administração se imiscuir na gestão das atividades descentralizadas.”

E conclui o Autor que é sob este ponto de vista que devemos perquirir a posição das organizações sociais na organização administrativa. “Muitas das suas características são comuns às entidades sem fins lucrativos que sempre celebram convênios com o Poder Público, e que, tal qual elas, são sujeitas ao controle do Tribunal de Contas (art. 9º Lei Federal 9.637/98), podem receber recursos públicos

para o desenvolvimento de metas preestabelecidas (art. 12, Lei Federal nº 12.8637/98) etc.”

Essas entidades privadas não podem ter finalidade lucrativa e os eventuais excedentes financeiros devem ser reaplicados em suas atividades; devem ter fim social de interesse coletivo, no ensino, saúde, cultura dentre outros; possuir órgãos diretivos colegiados, com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade; publicidade de seus atos; submissão ao controle do Tribunal de Contas dos recursos oficiais recebidos e celebração de um contrato de gestão com o Poder Público para a formação da parceria e a fixação das metas a serem atingidas e o controle dos resultados.

Submetendo-se a essas exigências e obtendo a qualificação de organização social, a entidade particular poderá contar com os recursos orçamentários; contar com os bens públicos (móveis e imóveis) necessários ao cumprimento do contrato de gestão, além da cessão de servidores.

Os bens ser-lhe-ão transferidos mediante permissão de uso e os recursos serão liberados de acordo com o cronograma de desembolso estabelecido no contrato de gestão. A licitação será dispensável para a celebração de contratos de prestação de serviço (art. 24, XXIV, da Lei 8.666/95). Não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de privatização de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. (MEIRELLES, 2005, p. 368).

Embora se refira a contrato, trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada. Estados e Municípios se quiserem utilizar dessa nova forma de parceria na sua administração deverão editar suas próprias leis. A Lei 9.637/98 não é uma lei nacional. Pode servir de modelo a estes entes.

Dessa forma, para obter o título de Organização social deve se adequar às regras do Código Civil (CC), ou seja, ser constituída nos termos do art. 44, III, do CC, e fiscalizada pelo Ministério Público conforme determina referido Código.

É imprescindível ostentar a natureza jurídica de direito privado, seja como associações, as sociedades, fundações ou organizações religiosas (art. 44, do CC).

O fato de a Qualificada ostentar natureza jurídica de direito privado não significa que integre a Administração Pública indireta muito menos a direta.

Em linhas gerais, o Código Civil distingue as pessoas jurídicas (CC, art.40) das pessoas naturais (CC, art.1º). Seguidamente, as pessoas jurídicas subdividem em corporações (associações e sociedade) e fundações. A palavra “fundação” é um gênero, do qual fundação privada e a fundação pública são espécies.

As fundações podem ser privadas (instituídas pelos particulares) ou públicas (instituídas pela Administração Pública). As “fundações públicas” integram a Administração indireta e podem revestir-se de natureza jurídica pública ou privada conforme entende a maioria da Doutrina, como Celso Antonio Bandeira de Mello, Diogenes Gasparini, José Cretella Júnior, Miguel Reale, Geraldo Ataliba e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (GASPARINI, 2012, p. 385). Somente são instituídas por autorização Legislativa, conforme preceitua o artigo 37, inciso XIX, da CF.

Na podemos confundir o fato da “fundação pública” poder apresentar a natureza privada com sua *quase* homônima “fundação privada”.

Já, as “fundações privadas”, encontram amparo no art. 62 do CC, devendo ser criadas por testamento ou escritura pública, onde constarão os bens iniciais e os fins a que se destina.

Em outras palavras, a Qualificada deve ser criada sob a égide do direito privado, nos exatos termos do artigo 62, parágrafo único, IV, do Código Civil, sendo seus atos constitutivos registrados no Cartório de Títulos e Documentos Civil de Pessoa Jurídica, não sendo criada pela administração pública, o que não permite seu enquadramento como integrante da administração pública indireta.

Neste sentido, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal, através da ADIN nº 1.923/DF, cuja relatoria restou ao então Ministro em atividade, Ayres Britto, tendo como requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT e Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional, a saber:

[...] 15. **As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública**, razão

pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. 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, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. **Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.** [...] Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de Verbas Públicas”. (ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em

16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG - 16-12-2015  
PUBLIC 17-12-2015) (grifamos e negritamos)

Dessa forma, resta evidente a liberdade da Qualificada na contratação dos seus empregados, o que enseja, logicamente, a autonomia para rescindir o contrato de trabalho dos seus empregados, num verdadeiro poder potestativo, tendo em vista que os empregados não ocupam emprego público e sim emprego privado, além de não se submeter a concurso público, mas tão somente a processo seletivo, passando de mero direito potestativo da Qualificada em rescindir o seu contrato de trabalho, como, aliás, bem mencionou, o TRT-15ª, consoante a ementa a seguir transcrita:

Acórdão proferido em sessão realizada em 23 de agosto de 2016, a 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - 1ª TURMA - 1ª CÂMARA - RECURSO ORDINÁRIO - PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 0010343-49.2014.5.15.0090 - ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE BAURU

FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO MÉDICO E HOSPITALAR - FAMESP. **PERSONALIDADE DE DIREITO PRIVADO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. MOTIVAÇÃO DO ATO DESNECESSÁRIA. Fundação instituída como de direito privado submete-se às regras que regem o direito do trabalho, não integrando o empregado o quadro de servidores da Administração Pública. Portanto, não há como exigir a motivação do ato da dispensa, pois a rescisão imotivada constitui direito potestativo da empregadora.** (grifos nossos).

Com efeito, acompanhando o entendimento assentado pelo E. STF, em sua composição plenária, no julgamento da ADI nº 191/RS, de relatoria da Exma. Ministra Cármen Lúcia: "*A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados*".

Caso entenda-se o contrário, várias consequências deverão ser implantadas, tais como o eventual pagamento de condenação judicial deveria respeitar a ordem cronológica dos precatórios; criação de dotação orçamentária própria no respectivo âmbito de competência; prazo em dobro para se manifestar em juízo; juízo privativo; imunidade tributária; prescrição quinquenal de suas dívidas passivas; execução fiscal de seus créditos inscritos; impenhorabilidade de seus bens; recurso de ofício; não sujeição à lei de falência; impedimento de acumulação de cargos e empregos

públicos, dentre outros privilégios decorrentes da Supremacia do Interesse Público sobre o particular.

E se assim o fosse, continuando na suposição, os empregados da Qualificada deveriam estar subordinados ao sindicato dos servidores públicos, e não ao sindicato dos empregados.

Devemos ainda discorrer sobre a Orientação Jurisprudencial 364/TST-SDI-I, que trata da estabilidade do Empregado regido pela CLT: “Fundação **instituída por lei** e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT.”

Amparado na citada Orientação Jurisprudencial, resta evidente que a Qualificada não será instituída por Lei, o que a impede de se beneficiar da estabilidade excepcional prevista no ato das disposições constitucionais transitórias.

Resta, pois, demonstrada a natureza jurídica da Qualificada, sujeita à legislação trabalhista em relação aos seus empregados como qualquer particular, podendo valer-se de seu poder potestativo.

## **Conclusão**

Diante de tudo o que foi exposto, pode se concluir que a Qualificada como Organização Social está vinculada ao regime jurídico de direito privado e à CLT, não integrando a Administração Pública direta ou indireta, mas sim o terceiro setor, não fazendo parte do conceito constitucional de Administração Pública, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, através da ADIN nº 1.923/DF. Conclui-se, também, que a Qualificada deve ser instituída nos exatos termos do artigo 62, do Código Civil, ou seja, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Evidencia-se também que, como não foi instituída por lei, seus funcionários

não são admitidos mediante concurso e a ela se vinculam por liame empregatício; que não há qualquer autorização legislativa para sua constituição, conforme preceitua o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, ou mesmo decreto estatal regulamentador; que é possível, portanto, a dispensa imotivada, que está inserida no poder diretivo da empregadora, direito este potestativo.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

ANSELMO, José Roberto. **Direito Constitucional**. Bauru: Spessotto, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo A. G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Campinas: Servanda, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.