

Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público

ANDRÉ SADDY

Resumo: O presente artigo tem como objeto a análise da composição do Conselho de Administração por pessoas jurídicas de direito privado que ostentam a qualificação de organizações sociais quanto aos representantes das entidades e dos órgãos públicos. Para isso, focou-se inicialmente no conceito de organizações sociais para então entrar na questão da (in)constitucionalidade ou (i)legalidade do Conselho de Administração das organizações sociais conforme disciplinam os arts. 5º, III, e 15, § 2º, do Decreto nº 9.190/2017. Considerando esse diploma constitucional/legal, passou-se a identificar que os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são, na verdade, apenas o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s). No entanto, apesar de pouco factível e esdrúxula, não sendo ela a interpretação aqui defendida, poder-se-iam interpretar os enunciados no sentido disjuntivo e, por conseguinte, supervisor, financiador e controlador seriam órgãos distintos.

Palavras-chave: Terceiro setor. Organização social. Conselho de Administração. Gestão. Membros.

The composition of the Board of Administration of social organizations regarding the born members representing public authorities

Abstract: The purpose of this article is to analyze the composition of the Board of Directors by legal entities of private law that boast the qualification of social organizations with respect to representatives of entities and public bodies. To this end, it initially focused on the concept of social organizations and only then entered the question of (in)constitutionality or (i)legality of the Board of Directors of social organizations as provided for in arts. 5, III, and 15, § 2, of Decree n. 9.190/2017. After such an analysis, considered such a

Recebido em 23/11/20
Aprovado em 11/3/21

constitutional/legal diploma, it was identified that those directly responsible for the supervision, financing and control of the activity are, in fact, only the supervisory body and, if any, the interventionist(s). However, although not very feasible and weird, as it is not the interpretation advocated here, one could interpret the statements in a disjunctive sense and, therefore, supervisor, financier and controller would be different bodies.

Keywords: Third sector. Social organization. Administrative Council. Management. Members.

1 Introdução

A análise da composição do Conselho de Administração por pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais quanto aos representantes das entidades e dos órgãos públicos é o objeto do presente artigo, e seu ponto fulcral é a participação do Poder Público nos Conselhos de Administração das organizações sociais, quando existe tal exigência.

Há questionamento relativo à possibilidade de participação de entidades ou órgãos públicos no Conselho de Administração das organizações sociais se aqueles forem financiadores de entidade privada, bem como se todo financiador público de organização social deve ter assento no Conselho. Na atualidade, há as duas situações: órgãos com assento no Conselho que não são financiadores da organização social e órgãos financiadores que não dispõem de interesse em ter assento no Conselho.

Todo debate gira em torno da interpretação conferida aos enunciados normativos que tratam do tema: o art. 3º, I, *a*, da Lei nº 9.637/1998 e os arts. 5º, II, e 15, § 2º, do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2010], [2018]). Há interpretações como a que identifica que a pretensão do art. 5º, III, desse Decreto é estabelecer que apenas os financiadores podem ter participação no Conselho de Administração de organizações sociais, e aquela segundo a qual podem ser membros natos representantes do Poder Público pessoas de qualquer ente ou órgão da Administração direta ou indireta.

2 Cooperação sem fins lucrativos com a Administração Pública

Há muito se observa que fundações privadas ou associações civis têm assumido nos últimos anos atividades de assistência social, saúde, pes-

quisa, proteção ao meio ambiente, entre outras. Utiliza-se a expressão *terceiro setor*, do chamado *Estado gerencial brasileiro*, para a referência a essas entidades sem fins lucrativos – ou, em tese, economicamente desinteressadas – que desenvolvem atividades privadas de interesses públicos.

Segundo Santos (2001, p. 250-251), 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, Paes (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”. Esses sujeitos cooperam com o Poder Público, pois não têm fins lucrativos para a execução, conjunta ou não, de atividades administrativas, as quais necessariamente devem gravitar em torno de empreendimentos sociais, e não econômicos.

Distintamente dos sujeitos por colaboração, que têm fins lucrativos e atuam primordialmente em atividades econômicas – constituintes do *segundo setor* do Estado gerencial brasileiro –, uma das peculiaridades do terceiro setor é a inexistência de uma vinculação legal típica, menos ainda de um título habilitante, como as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, mas suas ações são de alguma forma reconhecidas como tal pelo Estado.

Esses sujeitos têm em comum o fato de que nenhum deles – sejam eles sujeitos por cooperação ou por colaboração – faz parte da Administração Pública: realizam administração pública, mas não a integram e, por isso, incidem sobre eles alguns princípios e regras próprios do Direito Público. Essas entidades privadas sem fins lucrativos implementam atividades de interesse

público de modo que o Estado se isenta de montar determinadas estruturas: o Estado não procura um particular para exercer uma atividade social.

Assim, em princípio só serão considerados sujeitos por cooperação se o seu poder de controle estiver na titularidade de particulares. Como não existe um título habilitante para vincular o Poder Público a esses sujeitos, leis criaram instrumentos jurídicos específicos para que as fundações privadas ou associações civis fossem investidas de certas atribuições que pudessem configurá-las como integrantes desse segmento – nesse cenário, os sujeitos por cooperação. Foi o caso da Lei nº 9.637/1998, que consagrou a figura das organizações sociais.

3 Organizações sociais: conceito, constitucionalidade e modelos existentes

A qualificação *organizações sociais* foi criada pela Lei nº 9.637/1998¹ para atribuir a essas pessoas (fundação privada ou associação civil) a execução de atividades do Poder Público, fomentando a participação da sociedade na gestão dos interesses públicos. Trata-se, portanto, de uma qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos em virtude de preenchimento de requisitos legais (atuação discricionária), instituída para o desempenho

¹“Os requisitos fixados pela Lei Federal 9.637/1998 para fins de qualificação das organizações sociais e celebração, execução e fiscalização do contrato de gestão constituem um padrão mínimo de proteção do interesse público que deve estar assegurado em todo o território nacional na execução dos serviços transferidos a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, constituindo, portanto, normas gerais a serem observadas pelo legislador no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (BRASIL, 2015b). Significa dizer que essa lei não é nacional, aplicada a todos os entes federativos, mas apenas federal, aplicada à União. Assim, para que possam qualificar pessoas jurídicas como organizações sociais, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão criar suas próprias leis.

de serviços sociais não exclusivos do Estado, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão, e submetida a um regime jurídico especial.

Destaque-se que foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) em face da Lei nº 9.637/1998: a ADI 1.923/DF, cujo relator foi o ministro Ayres Britto, e a ADI 1.943/DF, de relatoria do ministro Teori Zavascki. Esta segunda foi extinta sem resolução de mérito; sobrestada para aguardar o julgamento da primeira, ela perdeu seu objeto porque nesse julgamento exauriu-se a discussão sobre a matéria impugnada. O acórdão proferido na ADI 1.923/DF conferiu às Leis nºs 9.637/1998 e 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 (BRASIL, 2015a, p. 7-8).

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, de forma a moldar o perfil e o instrumental do Poder Público conforme a vontade coletiva. Deixa claro que o dever constitucional de promover os serviços públicos sociais, que correspondem às atividades de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente, submete-se ao cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação e está invariavelmente atrelado à ideia de controle da Administração Pública sob a perspectiva do resultado (BRASIL, 2015a).

Conquanto existam diversos modelos de organizações sociais que variam entre os distintos entes federativos – visto que a Lei nº 9.637/1998 pertence à esfera federal, e não à nacional, e impõe a cada unidade federada a criação de sua própria lei –, pode-se inferir que duas são as principais fontes de inspiração para os demais entes federativos: o modelo federal e o modelo do estado de São Paulo.

Assim se podem diferenciar resumidamente esses dois modelos: (i) a *cogestão* ou *coparticipação*, mediante participação minoritária do Poder Público nas decisões estratégicas da organização social, com assentos no Conselho de Administração fixados em lei como requisito de qualificação, acarretando corresponsabilidade do Poder Público na gestão e nos resultados da organização social; e (ii) a *parceria*, sem par-

ticipação compulsória do Poder Público no Conselho de Administração, o que não gera uma corresponsabilidade.²

O modelo (i) é adotado pela União para as organizações sociais, em especial na área de ciência, tecnologia e educação e em alguns estados da Federação, como o Ceará. Por sua vez, o modelo (ii) é o adotado pelo estado de São Paulo e pela maioria dos entes federativos que o adotou como referência, principalmente na área de saúde.

Interessa no presente artigo apenas o modelo (i). Além disso, para compreender melhor o conceito de organização social, passa-se a analisar o elemento ou parte do seu conceito que interesse ao caso.

4 Qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos em virtude do preenchimento de requisitos legais (atuação discricionária)

Em princípio, a qualificação de organização social é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos – assim considerada aquela que não distribui entre aqueles que compõem ou não sua estrutura (diretores, conselheiros, empregados, doadores etc.) eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos

² Para o Tribunal de Contas da União (TCU), especificamente no que diz respeito à transferência do gerenciamento de serviços de saúde para organizações sociais – mas que se poderia ampliar para quaisquer serviços sociais –, deve estar fundamentada em estudo detalhado que demonstre ser essa a “melhor opção”. Além disso, exige-se avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem como de planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão, elementos que devem compor o respectivo processo administrativo (BRASIL, 2013).

ou não no exercício dos seus objetivos. Não se está diante de uma nova espécie de sujeito de direito. É uma qualificação dada às fundações privadas e às associações civis: não são novas categorias de pessoas jurídicas, mas apenas uma qualificação especial, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências naquela especificadas.³

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça 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) (BRASIL, 2005).

Nesse contexto, cabe fazer referência ao Programa Nacional de Publicização (PNP), disciplinado no art. 20 da Lei nº 9.637/1998 e regulamentado pelo Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2010], [2018]). Apesar de críticas quanto ao uso da expressão *publicização*⁴, a ideia da publicização decorre do art. 3º, I, a, da Lei nº 9.637/1998, que prevê uma alteração no Conselho de Administração das pessoas

³ De acordo com o STF, “o procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de ‘organização social’, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI)” (BRASIL, 2015a, p. 5).

⁴ Carvalho Filho (2002, p. 279) afirma que o termo *publicização* atribuído ao programa é inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se com o termo *privatização*, o que, como abordado, não é verdadeiro. Depois, porque de fato nenhuma atividade estará sendo “publicizada”, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, sucede o inverso: pessoas governamentais darão lugar a entidades de direito privado.

jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, quando de sua qualificação como organização social, passando a ter membros natos nomeados pelo Poder Público, o que gerou mudança numa composição até então totalmente particular.

No que diz respeito ao percentual de representantes do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais, para o STF tal previsão não configura violação do art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a]), que prevê o direito fundamental da liberdade associativa, uma vez que, para concretizar-se, depende da adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do terceiro setor (BRASIL, 2015a).

Quanto ao preenchimento de requisitos legais para a obtenção dessa qualificação jurídica, deve-se esclarecer que o então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado era competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social que confere a qualificação como organização social. Os requisitos para isso constam no art. 2º da Lei nº 9.637/1998.

O inc. I do art. 2º dessa Lei (BRASIL, [2010]) elenca uma série de exigências relativas à respectiva habilitação jurídica, como a comprovação do registro de seu ato constitutivo, a comprovação da finalidade não lucrativa de seus objetivos, a proibição de distribuição de bens ou parcelas do patrimônio líquido, a publicação anual de relatório financeiro no *Diário Oficial da União*, entre outros. Também deve ter Conselho de Administração em cuja composição haja membros natos representantes do Poder Público e de entidades da sociedade civil, bem como membros eleitos entre associados de entidade e outros eleitos que tenham notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, tudo em conformidade com os percentuais fixados na Lei.

Por sua vez, o inc. II do art. 2º da mesma Lei trata da discricionariedade do Poder Público para escolher a pessoa jurídica a ser qualificada. O TCU entende que a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para a concessão do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo, em observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade (BRASIL, 2013). Assim, a discricionariedade mencionada é limitada pela realização desse processo seletivo e pela observância de tais princípios.

Ressalte-se que o STF também entende que a previsão de competência discricionária no mesmo dispositivo tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB (BRASIL, [2021a])).

É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo (BRASIL, 2015a, p. 5).

5 (In)constitucionalidade ou (i)legalidade do Conselho de Administração das organizações sociais

O Conselho de Administração das organizações sociais funciona como órgão colegiado de deliberação superior para dar o direcionamento estratégico, zelar pelo cumprimento das finalidades estatutárias e primar pela

sustentabilidade e longevidade da associação, sem assumir funções executivas. A existência de um Conselho de Administração nas organizações sociais é obrigação legal, além de recomendável como boa prática de governança (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2016, p. 33).

O art. 3º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]) dispõe sobre a composição do Conselho de Administração. Vislumbra-se aqui o esforço do legislador em submeter a organização social a um controle do Poder Público e da sociedade civil. Membros natos representantes do Poder Público, bem como membros natos representantes de entidades da sociedade civil, podem representar entre 40% e 70% da composição do Conselho, sendo o restante das vagas preenchido por membros eleitos.

Por sua vez, o art. 4º da Lei determina exemplificativamente suas atribuições privativas: a fixação do âmbito de atuação da entidade para a consecução do seu objeto; a aprovação da proposta de contrato de gestão da entidade; a aprovação da proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; a designação e dispensa dos membros da diretoria; a fixação da remuneração dos membros da diretoria; a aprovação e disposição sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria mínima de dois terços de seus membros; a aprovação do regimento interno da entidade, que no mínimo deve dispor sobre estrutura, forma de gerenciamento, cargos e respectivas competências; a aprovação, por maioria mínima de dois terços de seus membros, do regulamento próprio contendo os procedimentos que devem ser adotados para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade; a aprovação e o encaminhamento, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, dos relatórios gerenciais e de ativi-

dades da entidade elaborados pela diretoria; e a fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa (BRASIL, [2010]).

Ainda no que diz respeito ao Conselho de Administração, o art. 19 do Decreto nº 9.190/2017, em conformidade com determinações do TCU (Acórdão nº 8.683/2015, itens 9.2 e 9.3) (BRASIL, 2015c), estabelece que

incumbe ao Conselho de Administração da organização social exercer as atribuições previstas na Lei nº 9.637, de 1998, além de zelar pelo cumprimento dos resultados pactuados, pela aplicação regular dos recursos públicos, pela adequação dos gastos e pela sua aderência ao objeto do contrato de gestão (BRASIL, [2018]).

Em vista dessas atribuições, pode-se inferir que o Conselho de Administração é o principal elemento do sistema de governança, na medida em que deve funcionar como um forte elo entre a missão e a gestão, a orientar e supervisionar a relação desta com as demais partes interessadas. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2016, p. 35, grifo nosso),

[d]ada a sua natureza e características intrínsecas, as atribuições do CA devem estar relacionadas ao “governar”, e não ao “administrar”, na medida em que este órgão deve ter uma visão de todo o contexto da associação, assegurando e proporcionando decisões estratégicas que impulsionem a sua atuação. Em termos práticos, isso significa dizer que o CA deve deliberar sobre as estratégias, mantendo-se atento às linhas gerais, longe dos detalhes operacionais e dos pequenos tópicos de decisão.

Os Conselhos de Administração nas organizações sociais têm como objetivo, portan-

to, incorporar a missão da entidade, buscando alcançá-la. A gestão é realizada de forma a proteger os interesses públicos e, por isso, é vista como o principal canal de ingerência do Poder Público nas organizações sociais. Antes de o STF decidir a ADI 1.923/DF, discutia-se se a previsão de um Conselho de Administração e de sua composição era constitucional.

O debate jurídico relativo à previsão de um Conselho de Administração ocorre porque o Código Civil (CC) (Lei nº 10.406/2002) (BRASIL, [2021c]), nos arts. 53 a 61, que regem a criação e o funcionamento das fundações privadas e das associações civis, não obriga à criação de tal Conselho. Já era assim no Código Civil editado em 1916 (arts. 16 a 23). E, segundo o CC, sob pena de nulidade, os estatutos de tais entidades deverão conter uma série de requisitos entre os quais não se encontra a figura do Conselho de Administração. O art. 54, V, do CC exige que se identifique o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos. Não se impõe expressa ou tacitamente quais sejam esses órgãos, muito menos a sua composição. Não se exige que a associação tenha no seu estatuto a previsão da existência do Conselho de Administração, sua composição e que parte dos seus componentes seja representante do Poder Público ou de entidades da sociedade civil (TEIXEIRA, 2012, p. 133).

Além disso, a Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) contém previsões parecidas e que também são de cumprimento obrigatório, igualmente não se verificando a obrigatoriedade de criação de Conselhos de Administração (art. 120) (BRASIL, [2021b]). Deduz-se que, para existirem e funcionarem, essas entidades prescindem da existência de quaisquer tipos de Conselhos (administrativo, deliberativo, consultivo, fiscal, entre outros), simplesmente porque as leis de regência não impõem que no estatuto haja especificação acerca de sua criação, sua composição e seu funcionamento.

Com o advento da Lei nº 9.637/1998, além de se tornar obrigatória a criação dos Conselhos de Administração, passou-se a exigir a representação do Poder Público em sua composição para que as fundações e associações fossem qualificadas como organizações sociais. Essa obrigação fez surgirem vozes contrárias à sua constitucionalidade⁵ e legalidade. Para quem assim entende, tais previsões violam o art. 120 da Lei dos Registros Públicos, bem como os arts. 54, V, e 59, I e II, do CC, que determinam a competência privativa da Assembleia Geral para eleger e destituir administradores e alterar o estatuto (BRASIL, [2021c]).

De acordo com Teixeira (2012, p. 135, grifos nossos),

[a] *Lei n. 9.637/98* e outras estaduais e municipais que são reproduções dela *retiram da competência da assembleia geral, que é exclusiva (ou privativa), tais atribuições e as transfere para o Conselho de Administração, desprezando o comando do Código Civil, sem revogá-lo expressamente. E nem poderia, haja vista que aquela lei cuida de qualificação, ou seja, concessão de um título e não de regras para criação de pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, que é o que preveem os dispositivos civilistas.*

Também surgiram críticas à composição do Conselho de Administração em razão de sua difícil operacionalização e de sua questionável eficácia. Modesto (1998, p. 82), por exemplo, identifica, na exigência de obrigatória previsão estatutária da participação de representantes do Poder Público no Conselho de Administração, uma onerosidade injustificada para a Administração,

⁵ Segundo Teixeira (2012, p. 135): “A leitura da Lei nº 9.637/98 nos permite concluir que o Poder Público, representado por seus membros, imiscuirá na administração da entidade de direito privado surgida da extinção de órgãos públicos, em afronta à proibição constitucional de interferência estatal no funcionamento da associação, o que também colide com ditames previstos no Código Civil”.

dado que se lhe impõe a cessão de pessoal qualificado para compor o Conselho de todas as organizações sociais qualificadas pelo Poder Executivo federal. Opina o autor que essa exigência poderia ser aplicável apenas a entidades de grandes dimensões, o que garantiria um acompanhamento efetivo de organizações sociais que movimentam recursos expressivos. Patrone Regules (2006, p. 100) entende que a estrutura do Conselho de Administração, como prevista na Lei nº 9.637/1998, enfraquece o exercício da liberdade de associação prevista no art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB. Segundo ele, causa estranheza imaginar que, após os esforços dos particulares em formar e consolidar a entidade, realizem estes a “entrega” da sua direção ao Poder Público. Por fim, para Freitas (1999, p. 187), as exigências relativas ao Conselho de Administração das organizações sociais são generalistas e podem inviabilizar operacionalmente a qualificação da entidade. Trata também de uma possível incredibilidade de um Conselho de Administração que, composto por representantes do Poder Público, tem por atribuição a aprovação da proposta do contrato de gestão da entidade.

Apesar dessas críticas, na ADI 1.923/DF o STF declarou constitucionais tais previsões e estabeleceu que:

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor (BRASIL, 2015a, p. 7, grifos nossos).

Entendeu o STF que não existe interferência indevida do Estado em tal enunciado normativo: a interferência na atuação das fundações e associações, inclusive com o percentual de representantes do Poder Público no Conselho de

Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente mediante a parceria entre o setor público e a organização social, sem que ocorra ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB.⁶

A retirada de atribuições privativas da Assembleia Geral e sua transferência ao Conselho de Administração não foram objetos das ADIs 1.923/DF e 1.943/DF. Por isso, inclusive, a Suprema Corte não se debruçou sobre o tema, o que leva a duas conclusões diferentes: pode-se entender, por um lado, que implicitamente o STF julgou constitucional toda a lógica relativa ao Conselho de Administração; por outro, que tal tema ainda pode ser levado à apreciação do Judiciário, seja em sede de controle difuso/concreto ou concentrado/abstrato.

Não é de hoje que a doutrina admite as limitações e restrições a direitos fundamentais: trata-se da teoria dos limites dos limites (MENDES; BRANCO, 2018). Essa teoria respalda as limitações/restrições com base na diferenciação entre aspectos formais e materiais.

Formalmente, a limitação/restrição deve ser estabelecida de acordo com autoridade competente, consoante os processos e as formas previstas para sua realização. Deve-se respeito ao princípio da reserva legal, uma vez que matérias relacionadas a direitos fundamentais devem ser aprovadas pelo Parlamento. Trata-se de uma garantia da instituição parlamentar frente ao poder regulamentar. Além desse princípio, deve-se respeito ao princípio da não retroatividade, pois qualquer limitação/restrição a um direito

⁶Moreira Neto (2007, p. 246) comenta a Medida Provisória (MP) nº 1.501/1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.637/1998: “Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público poderiam ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, oferecida pela Medida Provisória, está na possibilidade de poderem as entidades criadas com atendimentos aos requisitos nela previstos, se habilitarem à qualificação como organização social (art. 2º da MP)”.

fundamental só pode ser estabelecida daquele momento em diante, sem gerar efeitos retroativos.

Quanto ao aspecto material, essa teoria refere-se à proteção do núcleo essencial, visto que nenhuma limitação/restrrição a um direito fundamental pode inviabilizar o exercício daquele direito porque, do contrário, não será uma restrição adequada – motivo por que essas limitações/restrrições podem ser estabelecidas desde que baseadas no princípio da proporcionalidade/razoabilidade. Ou seja, a limitação/restrrição só será considerada legítima se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Entende-se que a Lei nº 9.637/1998, ao obrigar a criação dos Conselhos de Administração da forma indicada, limitou/restringiu direitos fundamentais consagrados no art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB, respeitando os aspectos formais e materiais supracitados; por isso, foram declarados constitucionais pelo STF.⁷

Interessa, aqui, centrar os esforços no que diz respeito à composição do Conselho de Administração a fim de desenvolver o objeto do presente artigo.

6 Membros natos representantes do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais

6.1 Análise do momento histórico (*occasio legis*), da vontade dos idealizadores, do legislador, bem como da vontade objetiva e autônoma da Lei nº 9.637/1998 e do Decreto nº 9.190/2017

Como se observou, o modelo federal das organizações sociais, quando foi pensado, visou estabelecer o centro de poder no Conselho de Administração.

Com a análise dos documentos que precederam a edição da MP nº 1.591/1997 – como o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21/9/1995), o caderno *Organizações sociais* (Cadernos MARE da Reforma do Estado), a Exposição de Motivos da referida MP –, pode-se compreender a vontade dos idealizadores, do legislador, bem como a vontade objetiva e autônoma da lei, revelando-se sua finalidade. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabelece que as organizações sociais terão Conselhos de Administração, prevenindo-se, desse modo, a privatização ou a “feudaliza-

⁷ Não se vê aqui necessidade de um aprofundamento na demonstração da constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998 por já ter sido ela declarada constitucional pelo STF, mas, como se demonstrou, o fundamento último dessa declaração é a teoria dos limites dos limites.

ção” dessas entidades. Esse documento (BRASIL, 1995, p. 74, grifos nossos) determina que

[a]s entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma *maior participação social*, na medida em que elas são objeto de um controle [direto] da sociedade através de seus *conselhos de administração* recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados.

Aquele mesmo caderno (BRASIL, 1998, p. 11, grifos nossos) também revela que

[a] estratégia da reforma do Estado se [apoi]a na “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, na sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, *assumirão a forma de organizações sociais*. Essa forma de parceria entre sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social, *mediante a participação, nos conselhos de administração, dos diversos segmentos beneficiários envolvidos*.

No mais, estabelece que um dos objetivos relacionados a esses serviços não exclusivos é “lograr um maior foco no cidadão-usuário e um maior controle social direto desses serviços por parte da sociedade, *por meio dos seus conselhos de administração*” (BRASIL, 1998, p. 11, grifo nosso).

Ambas as citações também são encontradas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p. 43-47). Segundo esse documento, as organizações sociais tornam mais fácil e direto o controle social por meio da par-

ticipação nos Conselhos de Administração dos diversos segmentos representativos da sociedade civil. Agora, não é apenas a questão do controle que é ponto de convergência desse documento: também é a questão da direção superior de tais instituições. O documento (BRASIL, 1995, p. 15) revela a preocupação de “evitar a oligarquização do controle sobre essas entidades”, assim “os mandatos dos representantes da sociedade estarão submetidos a regras que limitam a recondução e obrigam à renovação periódica dos conselhos”. Além desse documento, é importante analisar a Exposição de Motivos da MP nº 1.591, de 9/10/1997, que mostra a preocupação de esclarecer apenas aspectos do que seria o Conselho de Administração das organizações sociais:

8. *A composição do Conselho de Administração das Organizações Sociais contemplará a participação de representantes de entidades da sociedade civil, bem como de pessoas de notória capacidade e reputação. Além disso, em se tratando de atividades fomentadas pelo Estado, o Poder Público também estará presente, de forma minoritária.* Especial cuidado mereceu a previsão de regras inibidoras da oligarquização do controle deste Conselho, com a obrigatoriedade de renovação de seus integrantes e a observância de cuidadosa pluralidade na sua composição (BRASIL, 1997, grifos nossos).

Ao analisar a Lei nº 9.637/1998, percebe-se que à época órgãos públicos foram extintos e houve a transferência de atividade para entidades privadas preexistentes. O Anexo I da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]) elenca os órgãos públicos que foram extintos e que dariam lugar a entidades de direito privado também nele mencionadas. A partir da criação dessas entidades privadas, a União firmou parcerias com elas por meio de contratos de gestão, visando ao desenvolvimento de atividades com menos engessamento burocrático, com direcionamen-

to do foco no resultado, entre outras vantagens em comparação com o regime jurídico-administrativo aplicado à Administração Pública direta. Segundo Teixeira (2012, p. 126, grifos nossos),

[a]o extinguir órgãos públicos e transformá-los em pessoas jurídicas de direito privado, o legislador federal pretendeu continuar a participar e, de certa maneira, manter o controle da nova entidade privada surgida, o que é compreensível, já que ela nasceu justamente de dentro da Administração Pública federal para fora. Para que fosse possível exercer este comando ou essa participação, a Lei federal n. 9.637/98 previu a criação de um Conselho de Administração, pela nova pessoa jurídica, cuja composição exige a presença de determinado percentual (20 a 40%) de membros natos do Poder Público que deu origem à nova pessoa jurídica.

Fica evidente que o raciocínio para a criação e composição do Conselho de Administração foi desenvolvido com base no que a Lei nº 9.637/1998 denominou *publicização* – ou seja, na extinção de órgãos públicos e na criação de entidades privadas sem fins lucrativos que absorveriam as suas atividades. Ao referir-se ao PNP, Pereira (1998, p. 246-249) afirma que ele “constitui uma alternativa ao estatismo, que pretende tudo realizar diretamente pelo Estado, e à privatização, pela qual se pretende tudo reduzir à lógica do mercado e do lucro privado”. E aduz:

O processo de publicização começa com a decisão da entidade e do ministro supervisor de caminhar nessa direção. Tomada de decisão, é necessário para extinguir a entidade estatal que realiza as atividades a serem publicizadas para que estas possam ser absorvidas por uma associação ou fundação de direito privado, criada por pessoas físicas.

Fernandes (2009, p. 347), ao estudar as organizações sociais advindas da publicização, assevera que são

designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições devem ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão. Negou-se, por assim dizer, às organizações sociais a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre o público e privado e de Estado subsidiário.

Deduz-se que o objetivo inicial da criação dos Conselhos de Administração das organizações sociais era manter o controle das pessoas jurídicas de direito privado criadas em decorrência da extinção dos órgãos públicos existentes. Foi uma fórmula elaborada para que a Administração Pública mantivesse o controle quanto ao destino dos extintos órgãos

públicos. A razão histórica, o pensamento do legislador à época da edição da Lei, era o controle parcial de extintos órgãos públicos, mesmo sabendo que outras entidades sem fins lucrativos, já existentes ou ainda por existir, desejariam obter a qualificação de organização social, ainda que sua autonomia associativa fosse limitada por estar obrigada a dar assento no Conselho de Administração ao Poder Público.

Como se pode perceber, a composição do Conselho de Administração prevista na Lei nº 9.637/1998 implica uma ingerência externa ao impor uma limitação/restricção a um direito fundamental (art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB), visto que a entidade sem fins lucrativos terá de respeitar eventual decisão proferida por um Conselho constituído, em sua maioria, por membros estranhos à entidade (RODRIGUES, 2012, p. 151). Sobre a temática, Patrone Regules (2006, p. 99) afirma que

[a] ingerência do Poder Público nas Organizações Sociais alcança um nível jamais visto no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se considerada a natureza jurídica das pessoas jurídicas assim qualificadas, dotadas de autonomia própria das organizações privadas, assim como instituídas e geridas sob o influxo do direito constitucional à liberdade de associação.

Quanto ao Decreto nº 9.190/2017, sua Exposição de Motivos assim dispõe sobre o Conselho de Administração:

De modo a fomentar um modelo mais efetivo e sustentável de parceria, no caso de atividades intersetoriais, será admitido o financiamento compartilhado das respectivas atividades pelas entidades ou órgãos envolvidos, no montante assumido por cada órgão ou entidade. Para tanto, tais órgãos ou entidades deverão estar representados como membros natos no respectivo Conselho de Administração, figurando, nesta hipótese, como intervenientes no contrato de gestão, mantida a responsabilidade do órgão supervisor na avaliação da execução do contrato (BRASIL, 2016, p. 4, grifos nossos).

Como se percebe, ao estabelecer a obrigatoriedade de um Conselho de Administração com representantes do Poder Público e da sociedade civil, o legislador intentava vincular essas entidades a uma função pública, mesmo não sendo elas integradas à Administração Pública. Isto é, as fundações privadas e associações civis que desejassem manter sua identidade não seriam bem-vindas ao terceiro setor do Estado gerencial brasileiro, mas só poderiam fazer parte dele as que estivessem dispostas a perder parte de sua identidade, admitindo pessoas estranhas à sua realidade, ao seu cotidiano, que não necessariamente estivessem em sintonia com suas missões e que poderiam, visando aos interesses públicos – fim maior da Administração Pública –, tomar decisões atinentes a atribuições

privativas do Conselho de Administração conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 9.637/1998. Essa interpretação fica evidente na defesa de Pereira (1998, p. 249, grifo nosso):

no estatuto legal das organizações sociais, há toda uma série de exigências para garantir seu caráter público e para evitar que a mesma seja feudalizada. O requisito principal é o de que, no estatuto da entidade, o poder não esteja concentrado nos sócios (se se tratar de associação), mas no Conselho de Administração.

Apesar de vozes na doutrina entenderem que, com a composição prevista pela Lei nº 9.637/1998, o Conselho de Administração retira ilegalmente a autonomia associativa da entidade de direito privado já existente ou a existir, que não decorreu da extinção do órgão público (TEIXEIRA, 2012, p. 140), entende-se (como o STF) que não há ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB.

6.2 Análise da juridicidade do Decreto nº 9.190/2017

Os decretos são atos administrativos editados privativamente pelo chefe do Executivo, na forma do art. 84, IV, da CRFB (BRASIL, [2021a]), com o objetivo de reger relações gerais ou individuais. Quanto ao conteúdo, eles podem ser divididos em duas categorias: regulamentares (ou normativos) e individuais (ou concretos).

Os decretos regulamentares ou normativos fixam normas abstratas, com fundamento na lei, explicando-as e dando-lhes exequibilidade – ou, de outro modo, dando curso à fiel execução das leis. O Decreto nº 9.190/2017, que regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 9.637/1998, pertence a essa categoria: é um instrumento do chefe do Executivo para regulamentar um dos enunciados da Lei nº 9.637/1998 como um complemento necessário para que ela possa ser executada em sua plenitude.⁸

Em razão de serem regulamentos, caracterizam-se como atos emanados pelo poder regulamentar da Administração Pública. Têm caráter secundário, subalterno, subordinado, inferior e complementar à lei. Sua submissão à lei é, em princípio, absoluta: não cria direitos e obrigações, produz-se no âmbito e nos limites da lei que visa regulamentar e não pode contradizer nem tentar deixar sem efeitos os preceitos legais, não podendo suprir ou regular, no lugar da lei, onde ela foi omissa ou lacunosa. Seu campo de atuação, portanto, é residual e limitado. Por esse motivo, costuma-se dizer

⁸ Esses tipos de decretos são conhecidos como regulamentos, mas as expressões *decreto* e *regulamento* não se confundem: o regulamento refere-se ao conteúdo do ato, ao passo que o decreto é a forma, o instrumento.

que o regulamento densifica e pormenoriza as normas da lei para a sua posterior aplicação concreta pela Administração Pública.

A lei ostenta, pois, uma situação de primazia: (i) formal, porque disciplina matérias essenciais; (ii) material, já que os regulamentos não podem ter conteúdo contrários a ela; (iii) objetiva, uma vez que existe uma série de matérias reservadas à lei, não havendo nenhum âmbito reservado ao regulamento; e (iv) diretiva, dado que a lei ostenta pleno poder de disposição ou determinação vinculante quanto ao conteúdo do regulamento.

Três princípios presidem essa relação entre lei e regulamento: (i) o princípio da supremacia da lei, que supõe a absoluta subordinação do regulamento à lei, e do qual se deduz que o regulamento completa a lei; (ii) o princípio das matérias reservadas à lei, o qual estabelece que só por lei se podem adotar determinados temas; e (iii) o princípio formal do congelamento da classificação, em virtude do *contrarius actus* necessário para inovar um tema existente – para estabelecer uma norma nova, a classificação da que substituirá tem de ser igual ou superior à da substituída ou inovada. Essas relações são imprescindíveis para analisar a juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, principalmente no que diz respeito ao objeto dessa opinião – ou seja, se os arts. 5º, III, e 15, § 2º, desse Decreto (BRASIL, [2018]) minuciam ou não o art. 3º, I, *a*, da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]).

Desse modo, ao criar a obrigação de um Conselho de Administração nas organizações sociais, bem como ao estabelecer a presença de membros natos representantes do Poder Público em tal Conselho, a Lei nº 9.637/1998 inovou e, como já mencionado, o STF declarou-o constitucional (ADI 1.923/DF). Agora cabe analisar se são juridicamente possíveis a explicação, a exequibilidade, a densificação e o detalhamento propostos pelo Decreto ao estabelecer que esses representantes serão “aqueles diretamente res-

ponsáveis pela supervisão, pelo financiamento e pelo controle da atividade” (BRASIL, [2018]).

A Lei inovou o Direito, isto é, criou uma obrigação; contudo, o Decreto não pode inovar o Direito: teoricamente seu conteúdo deve estar limitado ao conteúdo da Lei, dando-lhe fiel execução. Há os que interpretam dessa forma, sem vislumbrar vício de inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto nº 9.190/2017. No entanto, pode-se discordar desse entendimento. Ao estabelecer que o Conselho de Administração deve possuir de 20% a 40% de membros natos representantes do Poder Público, a Lei nº 9.637/1998 conferiu liberdade para que as entidades privadas estabelecessem, nesse percentual, membros de qualquer ente ou órgão da Administração direta ou indireta. Ao regulamentar essa Lei, o chefe do Executivo decidiu limitar/restringir ainda mais tal possibilidade, definindo que apenas os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade poderiam fazer parte do Conselho.

Nesse aspecto, poderia existir uma interpretação (com a qual se concorda) de que o Decreto não poderia limitar/restringir ainda mais um direito fundamental que já fora limitado/restringido por lei. Essa manobra seria violadora da teoria dos limites dos limites, que estabelece, em seu aspecto formal, a necessidade de reserva de lei – e, se a Lei não decidiu restringir a tal ponto, não o poderia fazer o Decreto.

Ora, se o legislador estabeleceu a obrigatoriedade de membros natos representantes do Poder Público, questiona-se se é legalmente admissível que o chefe do Executivo limite esse poder, fixando para o futuro os termos em que se realizará. Segundo Ayala (1995, p. 173), não é pacífica a ideia de autovinculação, mas o autor questiona se – e em que casos – é possível desvirtuar a vontade legislativa de atribuir uma margem de liberdade, pois esta pode configurar uma fuga à margem conferida pela norma.

No caso em questão, para quem assim o interpreta, o que se tem é a modificação de uma lei por uma fonte de valor inferior, isto é, por um decreto. É como se ocorresse um esvaziamento da liberdade associativa maior do que aquele que a lei estabelece e, por esse motivo, tal decreto pode ser questionado em sua juridicidade. Assim se pode interpretar, pois a Lei nº 9.637/1998, ao estabelecer o percentual mencionado, permitiu que essa composição, reservada a representantes do Poder Público, fosse definida em ambiente privado, nos termos do estatuto social registrado.

Além desse argumento, pode-se apresentar o de que o Decreto nº 9.190/2017 inova quanto às exigências sobre a entidade privada. Pode-se dizer que ele estabelece nova exigência, mais de 20 anos após a edição da norma pelo Poder Legislativo. Dessa maneira, exigir nova configuração do Conselho de Administração implica alterar a configuração do principal órgão deliberativo da entidade, de modo a modificar a composição que já se fez experiente no desempenho da atividade e, por conseguinte, atentatória à liberdade dos particulares exercida quando da edição de seu estatuto. Em outras palavras, definir de tal maneira a composição do Conselho de Administração é permitir que a Administração Pública, por meio de decreto, restrinja/limite direito fundamental.

Atrelados a esses argumentos, outros podem ser apontados. É possível destacar que os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade respondem pelo contrato de gestão, e não pela entidade. Assim o é porque outros contratos que a entidade realiza não são diretamente supervisionados, financiados e controlados pelos entes ou órgãos públicos: não se podem confundir tais receitas com as decorrentes de contratos administrativos, por exemplo.

Não há impedimento também quanto a determinada organização social ter dois ou mais

contratos de gestão em andamento. Apesar de o art. 29 do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2018]) estabelecer que “a entidade privada qualificada como organização social somente poderá celebrar um contrato de gestão com a Administração Pública federal”, nada impede que ela tenha contratos de gestão com outros entes federativos distintos – chamados *interfederativos* –, desde que seu estatuto seja compatível com a legislação do ente federativo e que tenha sido qualificada em todas as localidades. Para isso, seu Conselho de Administração deve ser único, pois diz respeito à entidade, e não ao contrato de gestão ou a cada qualificação, mesmo que se exija a constituição de filial, sucursal ou subsidiária na localidade, com conta bancária específica, bem como manutenção de registro, documentações e contabilidade na localidade.

A previsão de participação de representante do Poder Público no Conselho de Administração da organização social restringe/limita a atração de organizações sociais interfederativas, pois na prática ter-se-iam de incluir todos os supervisores/intervencionistas em tal Conselho, o que poderia gerar um inchaço na gestão da organização. Ressalte-se que é apenas federal a exigência de que os representantes do Poder Público sejam os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade, mas poderia ser replicada em legislação – ou até mesmo em decretos – em outras unidades federativas. Apesar de possível essa interpretação, com os argumentos apresentados entende-se que outra interpretação pode existir: a de que o Decreto nº 9.190/2017 não é uma inovação destituída de qualquer base legal no ordenamento jurídico. O Decreto não exorbitou o âmbito da “fiel execução” da Lei.

Nesse sentido, o Decreto regulamenta o dispositivo legal e não é inconstitucional ou ilegal, porquanto se relaciona diretamente com o poder-dever da Administração de rever seus atos

e visa dar fiel execução ao disposto no diploma legal em referência, segundo o art. 84, IV, da CRFB – afinal, nada mais sensato do que quem será representado dizer quem serão seus representantes. Para quem assim entende, não cabe afirmar que o Decreto limita/restringe aquilo que a Lei prevê. Dentro de sua competência, o chefe do Executivo tão somente regulamentou sua execução. É seu dever esclarecer quais serão os representantes do Poder Público, minuciando o texto legal nesse sentido.

Como a CRFB impõe e seu nome revela, a função do decreto regulamentar não vai além de regulamentar a lei, não podendo restringir o que ela não restringe. Segundo essa possível interpretação, foi a Lei nº 9.637/1998 que limitou/restringiu a liberdade associativa, e não o Decreto; este apenas densificou e detalhou quem serão os membros natos representantes do Poder Público. Por essa outra interpretação, conclui-se que, ao expedir o Decreto, o presidente da República não extrapolou a determinação da Lei: apenas lhe conferiu fiel execução, explicando-a, facilitando sua execução, aclarando seu mandamento e orientando sua aplicação em consonância com o art. 84, IV, da CRFB.

Essa interpretação apresenta como principal argumento o fato de o modelo federal de organização social ser de cogestão/coparticipação e, por conseguinte, de corresponsabilização. Tal modelo é evidenciado não apenas porque os membros natos no Conselho de Administração são, em parte, representantes do Poder Público, mas também pelo fato de (i) ser o ente ou o órgão público aquele que provê de meios a organização social mediante fomento (transferência de recursos orçamentários e financeiros; cessão especial de servidores; e utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis); (ii) ter ele negociado o contrato de gestão; (iii) haver a possibilidade de o Poder Público indicar membros com notória capacidade e adequada qualificação

para compor a Comissão de Acompanhamento e Avaliação; (iv) os recursos públicos transferidos às organizações sociais serem mantidos como públicos (até para fins de impenhorabilidade, por exemplo), entre outras características.⁹

Essas peculiaridades levam à interpretação de que nada mais razoável e proporcional do que aquele que responde pela execução do contrato de gestão indicar quem são os membros do Conselho de Administração e, por isso, a preten-

⁹Para Marques Neto (2009, p. 194), bens públicos repassados às organizações sociais, por meio da celebração de contratos de gestão, têm natureza pública. Segundo o autor, esses bens não integram o patrimônio da entidade, que detém apenas seu direito a uso: “A Lei 9.637/98 prevê a possibilidade de serem transferidos às OSs bens públicos, de modo a permitir que a entidade desempenhe as atividades que lhe foram atribuídas por meio do Contrato de Gestão. Nestes casos, ainda que a posse e a gestão destes bens passem para a OS, eles não perdem a característica de bens públicos”. O mesmo raciocínio é aplicado aos recursos orçamentários e financeiros transferidos. De acordo com Mânica (2018), as organizações sociais são meras gestoras de recursos repassados pelo Poder Público. Essa interpretação é reforçada 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. Ressalta-se que esse entendimento foi implicitamente acolhido na ADI 1.923/DF, pois o voto vencedor do ministro Luiz Fux tem passagens reconhecendo a natureza pública: “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. [...] 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 e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF” (BRASIL, 2015a, p. 6-83). Saliente-se, no entanto, que o entendimento de que são bens públicos os pertencentes às pessoas de direito público ou de direito privado, integrantes ou não da Administração Pública, desde que os bens estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública, não é o único existente. Há quem defenda, por exemplo, que são bens públicos os bens pertencentes apenas às pessoas jurídicas de direito público, conforme definição do art. 98 do CC; ao passo que para outros são bens públicos os pertencentes à Administração Pública como um todo – logo, todas as pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que integrantes da Administração Pública. Ver Bacellar Filho (2007, p. 141).

são do art. 5º, III, do Decreto é estabelecer que apenas os financiadores (órgão superveniente e órgão interveniente) podem ter participação no Conselho de Administração das organizações sociais. No conceito de cogestão/coparticipação, não faz sentido a organização social escolher quem vai promover a cogestão com ela: a escolha deve ser feita pelo próprio Poder Público. Afinal, representante é aquele que age em nome de alguém.

Nesse sentido, confunde-se a entidade com o contrato de gestão que ela detém, e como já se evidenciou, a entidade pode: (i) ser maior que o contrato de gestão firmado; (ii) ter dois ou mais contratos; e (iii) realizar outros tipos de pactos, convênios, acordos, contratos etc. Não se deve confundir, portanto, a entidade com seu contrato de gestão, nem mesmo a supervisão/financiamento/controle da entidade com a supervisão/financiamento/controle do contrato de gestão. Além disso, quem representa não necessariamente representa alguém; pode também representar algo, agindo em nome dessa pessoa ou coisa.

6.3 Princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos

Pelo princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, os atos administrativos unilaterais abstratos são dotados de superioridade frente aos atos administrativos unilaterais concretos (atos administrativos propriamente ditos), de tal forma que a observância daqueles é condição de validade destes, assim como a força obrigatória do regulamento atua com inteira independência da posição hierárquica dos órgãos que emanam o ato administrativo em si e o regulamento.

Com efeito, esse princípio obriga a Administração a aplicar *in concreto* o regulamento vigente, mesmo que ele seja inválido por afrontar uma fonte normativa superior – seja ela a Constituição, a lei ou outro regulamento. Uma autoridade deve cumprir um regulamento independentemente de quem o ditou, seja este hierarquicamente inferior ou não. As exceções a tal princípio são raras, relacionando-se apenas com o cometimento de crimes, a salvaguarda de direitos fundamentais, a inexistência jurídica do regulamento aplicado ou, quando muito, a circunstância do regulamento enfermar de uma nulidade assaz agravada.

Além disso, por esse princípio, a autoridade que dita o regulamento – e que, portanto, poderia igualmente derogá-lo – não pode, mediante um ato singular, excepcionar para um caso concreto a aplicação do regulamento, a menos que este naturalmente autorize a exceção ou dispensa (OTERO, 2007, p. 382). Tal impossibilidade de exceção existe em aplicação ao princípio da igualdade, pois aplicar um regulamento a todos os casos possíveis menos a um ou dois pode redundar em situações de desigualdade. Nesse sentido, Amaral (2009, p. 197, grifos nossos) ensina:

A Administração pode modificar, suspender ou revogar um regulamento anterior por via geral e abstracta.

O que à Administração não é permitido fazer, no que toca a regulamentos externos, é derogá-los sem mais em casos isolados, mantendo-os em vigor para todos os restantes casos. Os regulamentos externos obrigam não só os particulares como a própria Administração que os elaborou. Chama-se isto o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, expressão do princípio geral *legem patere quam ipse fecisti*. Por força dele, o regulamento que derroga outro para um caso concreto e individual não é um regulamento; é um acto administrativo e um acto administrativo ilegal por violação de regulamento.

A que se deve esta proibição, que parece contrariar o princípio de que quem pode o mais pode o menos?

Com efeito, parece contraditório permitir a derrogação, para todos os casos possíveis, de um regulamento de carácter geral e, inversamente, impedir a sua derrogação para um caso só. Ou, parafraseando Afonso Queiró, como se pode entender que dois actos da Administração, um geral e outro particular, praticados pela mesma autoridade e com a mesma forma, tenham um valor jurídico diferente?

Existem várias respostas possíveis para esta questão.

A que nos parece mais convincente é a que radica a explicação da regra da inderrogabilidade singular dos regulamentos no princípio da legalidade da Administração. Ou seja: *a Administração está, efectivamente, submetida a todo o ordenamento jurídico e, portanto, também às regras que ela própria elabora. Logo, os regulamentos não teriam sentido ou função se a Administração, por qualquer dos seus órgãos, a começar pelo que os editou, os pudesse sucessivamente deixar de observar.*

Dessa forma, no caso em questão, como o Decreto nº 9.190/2017 não estabelece exceção à regra de composição do Conselho de Administração em relação aos membros natos representantes do Poder Público, não poderia existir exceção, a menos que o Decreto fosse modificado para tal fim.

6.4 Análise da norma jurídica relativa aos membros natos representantes do Poder Público

Superada a questão da juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, pode-se discutir sobre outras possíveis interpretações quanto aos enunciados normativos relacionados aos membros natos representantes do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais.

Ao voltar a atenção apenas para o objeto da presente argumentação – mais especificamente aos enunciados do art. 3º, I, *a*, da Lei nº 9.637/1998 e do art. 5º, III, do Decreto nº 9.190/2017 –, encontra-se a seguinte norma jurídica: *a (a¹ v a² v a³) P b*, em que: *a* seria a previsão da norma, sendo esta = “quando o estatuto de entidade privada sem fins lucrativos

prever como membros natos do Conselho de Administração pessoas diretamente responsáveis por determinadas atividades no percentual de 20% a 40%”, e sendo tais pessoas de três tipos: a^1 = “diretamente responsáveis pela supervisão da atividade”; a^2 = “diretamente responsáveis pelo financiamento da atividade”; a^3 = “diretamente responsáveis pelo controle da atividade”; v = disjunção, ou seja, “ou”; P seria o operador deôntico de permissão, sendo este = “poderá”, haja vista o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/1998; e, por fim, b seria a estatuição da norma, sendo esta = “qualificar a entidade como organizações sociais caso os demais requisitos estejam preenchidos”.

Essa norma jurídica pode ser lida sem fórmula: 20% a 40% de membros natos representantes do Conselho de Administração devem ser diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento ou controle da atividade, conforme definidos pelo estatuto da entidade, a fim de que a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos tenha um dos requisitos preenchidos para que ela possa vir a ser qualificada como organização social se houver conveniência e oportunidade de sua qualificação como tal. Ou seja, para que a qualificação jurídica possa ser conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, deve seu estatuto, entre outros requisitos, prever na composição do Conselho de Administração um percentual de 20% a 40% de membros natos representantes dos diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento ou controle da atividade, definidos pelo estatuto da entidade.

Perceba-se que o enunciado normativo usa uma conjunção, no caso *e*, mas na interpretação anteriormente descrita, é possível afirmar que, por mais que o enunciado diga *e*, na verdade o chefe do Executivo quis dizer *ou*. Nada impede que se interprete que a norma realmente é um *e*, tendo, na verdade, uma conjunção. Neste caso, estar-se-ia diante de outra norma jurídica – da

qual se tratará mais adiante. É possível interpretar isso como disjunção porque o chefe do Executivo, se realmente desejasse que apenas o supervisor e o interveniente fossem os representantes do Poder Público no Conselho de Administração, teria apenas utilizado tal expressão, como usou “supervisor”, “financiador” e “controlador”; assim, pode-se considerá-los órgãos distintos.

Esses enunciados normativos denotam uma norma jurídica de conduta permissiva. Como a permissão é o modo deôntico que, em primeira linha, confere discricionariedade – pois o seu executor sempre terá, mesmo se apenas com um efeito (como é o caso), a possibilidade de optar ou não pela realização dele –, pode-se dizer que, ao verificar a existência de membros natos representantes daqueles diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade, definidos pelo estatuto da entidade, o ministro ou o titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e o ministro da pasta da Administração Federal e Reforma do Estado terão permissão de qualificar a entidade sem fins lucrativos como organização social, tendo eles a opção de realizar ou não (discricionariedade de atuação).

Na análise dos enunciados normativos apresentados, em vista da existência de uma previsão desdobrável em três ações disjuntivas, pode-se afirmar que, por serem consideradas conceitos jurídicos indeterminados, essas ações são desdobráveis em milhares de outras previsões – isto é, *supervisão, financiamento e controle* são considerados conceitos jurídicos indeterminados. São tratados como tais por serem vagos, pois se caracterizam pela imprecisão: essas palavras não delimitam o âmbito da extensão ao qual se reportam, gerando dúvida quanto à sua abrangência.

No caso, por estarem insertos nas previsões – ou seja, por estabelecerem as condicionantes da produção de efeitos –, esses conceitos jurídicos

indeterminados instituem um universo potencialmente ilimitado, não restringindo determinadas antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nelas descritas. Não há uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito. Aqui não haveria uma discricionariedade proveniente da previsão, mas da incerteza de linguagem, pois, não havendo a certeza da ocorrência da previsão, haveria incerteza sobre aplicar ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Por isso, quando o legislador – ou o Executivo, no seu poder regulamentar ou normativo – utiliza termos vagos, está flexibilizando a tomada de decisão, pois, assim como na discricionariedade, existe a impossibilidade de prever toda e qualquer situação possível de ocorrência.¹⁰

Conceitos jurídicos indeterminados são, pois, os que não se podem traçar precisamente, que não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de que significados têm o objeto e a realidade abarcados – ou seja, deixam dúvidas relativas a duas ou mais compreensões de seu significado, quando visualizados no caso concreto (SADDY, 2014).¹¹ De outro modo: a indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de, no caso concreto, identificar-se o único significado ou parte dele por meio da interpretação. Por conseguinte, *supervisão*, *financiamento* e *controle* contêm margens distintas de livre apreciação.

Com isso, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. García de Enterría e Fernández (2001, p. 460) aduzem que, na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado,

es identificable un núcleo fijo (Begriffken) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente,

¹⁰Na lição de Justen Filho (1997, p. 124), “[o] conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor lhe pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados”. Por sua vez, Moresco (1996, p. 79) explica: “a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio. Por isso, afirma-se que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos; b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer – expedir atos administrativos – estará invadindo – e usurpando – a competência da Administração. Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência”.

¹¹Para Engisch (2001), conceito jurídico indeterminado é um conceito de baixa densidade normativa; é aquele instituto do Direito que exige, para sua completa eficácia, um juízo de valor realizado pela aplicação do Direito ao caso concreto.

una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto.¹²

Logo, na norma jurídica mencionada pode-se intuir que em $a (a^1 \vee a^2 \vee a^3) P b$ haverá previsões que compreendem casos de vaguezas e que podem assim ser representados: $a^1 (c^1 a c^n \wedge v^A d^1 a d^n) \wedge a^2 (e^1 a e^n \wedge v^A f^1 a f^n) \wedge a^3 (g^1 a g^n \wedge v^A h^1 a h^n) P b$, em que $c^1 a c^n$ ou $e^1 a e^n$ ou $g^1 a g^n$ se referem à zona de certeza; e $v^A d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ ou $h^1 a h^n$, à zona de incerteza, ou seja, à possibilidade de os casos $d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ ou $h^1 a h^n$ também serem inclusos no termo.

No que diz respeito ao *supervisor*, conforme o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/1998, um dos responsáveis por qualificar determinada entidade sem fins lucrativos como organização social é o ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Além disso, o art. 6º da Lei nº 9.637/1998 dita que o contrato de gestão será elaborado de comum acordo entre a entidade ou órgão supervisor e a organização social (BRASIL, [2010]). Supervisor, portanto, é quem estabelece o vínculo jurídico entre as organizações sociais e o Poder Público – é o órgão que se responsabiliza pela direção, inspeção e orientação da organização social.

Ao órgão interveniente atribuem-se obrigações e responsabilidades inseridas no contrato de gestão; entre tantas, podem-se citar: participar na cogestão da organização social, inclusive quanto à execução da política pública fomentada; prover a organização social de meios e recursos financeiros necessários à execução do objeto; fomentar as atividades da organização social; negociar, em conjunto com o órgão supervisor, o contrato de gestão e seus termos aditivos; indicar membros com notória capacidade e adequada qualificação para compor a Comissão de Acompanhamento e Avaliação. Essas atribuições, responsabilidades e obrigações só serão possíveis se tais órgãos tiverem representantes no Conselho de Administração. Assim, ter-se-ia de incluir na previsão $a^1 = \text{diretamente responsáveis pela supervisão da atividade}$ tanto o órgão supervisor como o órgão interveniente.

No que diz respeito ao *financiador*, o tema pode complicar-se porque é possível fazer uma interpretação restrita ou ampla do seu conceito. Pode-se inferir que o órgão supervisor e o interveniente se confundem com o financiador, pois fazem a transferência de recursos financeiros à organização social como principal instrumento de fomento; ou, de forma ampla, pode-se entender que financiadores são quaisquer pessoas que forneçam dinheiro, fundos, capitais que custeiem despesas. Ora, a qualificação de entidade privada sem fins lucrativos como organização social ocorre antes de sua seleção para negociação e celebração do contrato de gestão; significa

¹² A concepção originária dessa ideia é de Engisch (2001, p. 209).

dizer que, antes de negociar e assinar o contrato de gestão com o órgão supervisor – e, caso haja, com o interveniente –, a entidade sem fins lucrativos deve qualificar-se e, para isso, precisa incluir em seu estatuto os membros natos representantes do Poder Público. Desse modo, a entidade sem fins lucrativos que queira se tornar uma organização social (ou mesmo alguma que já o seja) não tem como saber quem será seu financiador; logo, não há como inserir o órgão financiador entre os membros natos representantes do Poder Público, pois esses se vão alternando ao longo dos anos.

Ademais, pode-se afirmar que financiador não é quem contrata, mas quem fomenta. Por conseguinte, tudo indica que, para a qualificação de entidade privada sem fins lucrativos, o órgão supervisor, o interveniente e o financiador na prática se confundem – isto é, para lograr qualificação, a entidade precisará incluir apenas o órgão que vier a ser o seu supervisor (e eventual interveniente), sob risco de, em circunstância concreta, inserir algum ente ou órgão público e não ser qualificada, ou até mesmo desqualificada ou cassada.¹³

¹³ A relação formada com base no ato de qualificação, destinada apenas à validade da celebração do contrato de gestão, cria uma relação jurídica especial que se completa com a celebração do contrato de gestão. Por mais que seja baseado em critérios discricionários, o vínculo formado com o Poder Público não pode ser desfeito por juízos subjetivos do administrador, ainda que positivados em atos administrativos abstratos posteriores ao ato de qualificação. Pode o órgão supervisor retirar a qualificação de *organização social*; nesse caso, ocorrerá uma cassação da qualificação, que deve ser vista com máximo cuidado, pois o sistema exige que tal ato de desqualificação seja precedido de regular processo administrativo composto por exercício do contraditório e da ampla defesa, como se percebe na própria redação do art. 16, § 1º, da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]), mencionado pelo próprio STF ao julgar a ADI 1.923/DF (BRASIL, 2015a). Não é demais recordar que a desqualificação só deve ocorrer por descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, segundo a Lei nº 9.637/1998; mas o art. 21 do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2018]) estabelece outras hipóteses: (i) “por decisão fundamentada do órgão supervisor ou da entidade supervisora”; (ii) “pelo encerramento do contrato de gestão”; (iii) “quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, na Lei nº 9.637, de 1998”, e no Decreto nº 9.190/2017; e (iv) “pelo não atendimento, de forma in-

Tal fato impossibilita qualquer organização social de exercer plenamente sua liberdade associativa, incluindo qualquer ente ou órgão que tenha como atividade-fim o financiamento de ações atreladas ao objeto social da entidade privada sem fins lucrativos. Essa interpretação fica evidente quando se volta à previsão *a² = diretamente responsáveis pelo financiamento da atividade*. A expressão *diretamente responsável* mina a possibilidade de se manterem tais representantes em seu Conselho de Administração. Como indicado, essa análise transforma o órgão supervisor (e até mesmo o interveniente) em sinônimo de órgão financiador.

Entretanto, isso não significa que no momento da sua qualificação – caso a entidade privada tenha um ente ou órgão público diretamente responsável pelo seu financiamento por meio de convênio, contrato ou quaisquer outros ajustes firmados – ela poderá inseri-lo como membro nato representante do Poder Público. Nesse caso, entende-se que a entidade preencheria o requisito para qualificar-se; mas, no momento de eventual adição, alteração ou revisão (parcial ou total) do contrato de gestão – que se dá por meio de termo aditivo ou, ao término de seu prazo de vigência, em eventual renovação ou prorrogação –, precisará rever seu estatuto social ou, em qualquer momento, que aquele que a qualificou faça o controle dos requisitos de qualificação. Seria exigir demais da organização social mudar, de tempo em tempo, sem provocação, seu estatuto social para inserir outros financiadores do Poder Público que sejam *diretamente responsáveis* por tal atividade, pelo simples motivo de esses financiadores mudarem a todo momento.

Por fim, no que diz respeito ao *controlador*, pode-se entender que ele se confunde com aquele que monitora e avalia. A Lei nº 9.637/1998 impõe

justificada, às recomendações da comissão de avaliação ou do órgão supervisor ou da entidade supervisora”.

que o contrato de gestão seja fiscalizado pelo órgão ou pela entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º) (BRASIL, [2010]). Agora, o âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo TCU (arts. 70, 71 e 74 da CRFB) e pelo Ministério Público (arts. 127 e seguintes da CRFB) (BRASIL, [2021a]) não é de qualquer forma restringido por esse art. 8º, “porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais” (BRASIL, 2015a, p. 7).

Significa que existe a figura do controle interno exercido pelo órgão supervisor do contrato de gestão. E esse controle objetiva principalmente verificar se os atos oriundos do contrato de gestão estão sendo executados em consonância com a legislação, cabendo-lhe a avaliação da correta aplicação e uso dos diferentes tipos de fomento existentes no contrato de gestão: transferência de recursos orçamentários e financeiros, cessão especial de servidores, e utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis – e única e exclusivamente destes.

Além desse controle interno, há o controle externo exercido pelo TCU, pelo Ministério Público Federal (MPF), pela Controladoria-Geral da União (CGU), entre outros. Esses órgãos limitam-se a controlar a correta aplicação dos recursos orçamentários e financeiros, a cessão especial de servidores, e a utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis. Eles monitoram, controlam e avaliam os contratos de gestão, e não a entidade. Outros órgãos avaliam a entidade em si, como o Ministério Público estadual, a Procuradoria-Geral da República, o Congresso Nacional etc.

Os controles interno e externo devem analisar apenas o contrato de gestão, além de verificar que

a organização social é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos não integrante da Administração Pública direta e indireta que coopera com o Poder Público desenvolvendo atividades de relevância, essenciais à coletividade e sujeitas ao incentivo, ao monitoramento, à fiscalização e à avaliação regulares. Pode-se interpretar a previsão $a^3 = \text{diretamente responsáveis pelo controle da atividade}$ como o órgão supervisor/interveniente e, por conseguinte, ter-se-ia a interpretação de que o órgão financiador e controlador coincidiriam com o órgão supervisor e o(s) órgão(s) intervencionista(s), caso exista(m). Sem embargo, apesar de pouco provável, também poder-se-ia interpretar que os órgãos controladores são o TCU, o MPF, a CGU etc.

Com efeito, percebe-se que a fórmula da norma jurídica apresentada poderia ser outra: estar-se-ia diante de uma norma jurídica $a (a^1 \wedge a^2 \wedge a^3) P b$, em que a revisão, o operador deontico e a estatuição seriam os mesmos, com o diferencial revelado pelo símbolo \wedge , que faz o papel da conjunção *e*. Neste caso, as três previsões ($a^1 \wedge a^2 \wedge a^3$) são tratadas como sinônimas; ou seja, os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são, na verdade, apenas o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s).

Essa interpretação aparenta ser a mais acertada e a que parece coadunar-se com a intenção expressa no art. 15, § 2º, do Decreto, que admite que o financiamento das atividades da organização social seja compartilhado pelas entidades ou pelos órgãos representados no Conselho de Administração da entidade privada como membros natos; e que o órgão ou a entidade cofinanciadora deverá figurar como interveniente no contrato de gestão e como partícipe da comissão de avaliação. Essa interpretação, inclusive, harmoniza-se com o art. 26 do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2018]): ele determina

que serão designados pelo órgão supervisor os representantes dos órgãos e das entidades públicas nos Conselhos de Administração de organizações sociais. Ao que tudo indica, até mesmo os membros do interveniente terão de ser nomeados por ele, o que demonstra existir uma norma com previsões conjuntivas na qual o chefe do Executivo considerou supervisor, financiador e controlador como o mesmo órgão. Ressalte-se que os responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade podem ser interpretados como distintos ou como os mesmos entes e órgãos públicos, mas deve-se ter em consideração que eles não se confundem necessariamente com o órgão qualificador.

De acordo com o STF (BRASIL, 2015a), na sistemática da Lei, em etapa inicial o procedimento de qualificação de entidades consiste no deferimento do título jurídico de organização social para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum. Para o STF, esse procedimento deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CRFB e de acordo com parâmetros fixados em abstrato em conformidade com o art. 20 da Lei nº 9.637/1998. Por sua vez, a etapa seguinte – a seleção da organização social que negociará e celebrará o contrato de gestão – também deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do mesmo art. 37. Como se percebe, as três primeiras etapas do macroprocesso de gestão do modelo de organização social são: (i) qualificação de entidade privada sem fins lucrativos como organização social; (ii) seleção, por meio de chamamento público, de organização social para negociar e celebrar contrato de gestão; e (iii) negociação e celebração propriamente ditas – renovações e alterações – do contrato de gestão.

O ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente

ao seu objeto social são os órgãos qualificador conforme estabelecido no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/1998. Aquele que qualifica pode ser o supervisor, mas pode não o ser – e pode não ser o interveniente. O qualificador, relacionado à primeira etapa, dita como será a qualificação, o procedimento isolado e com um fim em si; contudo, a entidade supervisora, financiadora e controladora sempre será – de acordo com o entendimento aqui defendido – a entidade que fomenta e que, por conseguinte, confunde-se com o financiador exclusivamente em relação ao contrato de gestão.

Desse modo, uma coisa é o órgão qualificador – que tem o dever de fiscalizar a entidade –, outra são os órgãos financiadores do contrato de gestão que se limitam a fiscalizar tais instrumentos. Apesar de poderem coincidir, não se podem confundir órgãos qualificadores com órgãos supervisores/financiadores/controladores.

7 Conclusões

Há três pontos a serem sintetizados nestas considerações finais: (i) a permanência de questionamentos quanto à constitucionalidade da previsão de representantes do Poder Público no Conselho de Administração na Lei nº 9.637/1998; (ii) a juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, que estabelece que apenas poderiam fazer parte do Conselho aqueles diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade; e (iii) a superação dessas duas premissas, com as possíveis interpretações para o disposto nos arts. 5º, III, e 15, § 2º, desse Decreto.

Quanto ao primeiro ponto, apesar de o STF na ADI 1.923/DF ter declarado constitucionais essas previsões, entende-se que ainda é possível – em sede de controle difuso/concreto e até mesmo concentrado/abstrato – questionar a constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998, mesmo com

baixo índice de sucesso, em virtude de ela retirar atribuições privativas da Assembleia Geral, fixadas no CC, transferindo-as ao Conselho de Administração, ainda que se interprete que implicitamente o STF julgou constitucional toda a lógica relativa ao Conselho de Administração.

Por sua vez, no que diz respeito à juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, entende-se que ele limitou/restringiu ainda mais um direito fundamental que já fora limitado/restringido pela Lei. Essa manobra viola a teoria dos limites dos limites, que em seu aspecto formal estabelece a necessidade de reserva de lei; logo, o Decreto constitui uma inovação no ordenamento jurídico, mais de vinte anos após a edição da norma pelo Poder Legislativo, em desencontro com sua base legal por ter exorbitado o âmbito da “fidel execução” da Lei. Dessa maneira, exigir nova configuração do Conselho de Administração implica alterar a configuração do principal órgão deliberativo da entidade, mudando a composição que já se tornou experiente no desempenho da atividade e, por conseguinte, atentatória à liberdade constitucional e ao direito fundamental dos particulares exercidos quando da edição de seu estatuto.

Apesar de ser esse o entendimento jurídico aqui defendido, compreende-se que outra interpretação pode existir, pois cabe ao Poder Público esclarecer quais serão seus representantes públicos, minuciando o texto legal. Por conseguinte, o Decreto nº 9.190/2017 não constitui uma inovação do ordenamento jurídico; pelo contrário, ele apenas dá “fidel execução” à Lei; afinal, existe uma cogestão/coparticipação e, conseqüentemente, uma corresponsabilização evidenciada não apenas porque os membros natos no Conselho de Administração são, em parte, representantes do Poder Público, mas também pelo fato de (i) o ente ou órgão público ser o provedor de meios para a organização social; (ii) ser ele o negociador do contrato de gestão; (iii) o Poder Público ter a possibilidade de indicar membros com notória

capacidade e adequada qualificação para compor a Comissão de Acompanhamento e Avaliação; e (iv) os recursos públicos transferidos às organizações sociais serem mantidos como públicos (até para fins de impenhorabilidade, por exemplo), entre outras características. Quanto ao segundo ponto, compreende-se que o índice de sucesso em eventual demanda judicial é indeterminado: não se pode mensurar como o Judiciário se posicionará, além de haver a possibilidade de se adotar qualquer uma das duas posições.

Por fim, considerados tais diplomas constitucionais/legais, restará ao aplicador do Direito interpretar desse modo os enunciados descritos, podendo identificar que aqueles diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são, na verdade, apenas o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s). Essa interpretação coaduna-se com a intenção do art. 15, § 2º, do Decreto, que admite que o financiamento das atividades da organização social seja compartilhado e que determina, conforme o art. 26, que os representantes dos órgãos e das entidades públicas nos Conselhos de Administração de organizações sociais serão designados pelo órgão supervisor.

No entanto, apesar de pouco factível e esdrúxula, não sendo ela a interpretação aqui defendida, poder-se-iam interpretar os enunciados no sentido disjuntivo e, por conseguinte, supervisor, financiador e controlador seriam órgãos distintos; afinal, como não se podem presumir palavras inúteis nos textos normativos, é possível concluir que o uso dos termos tem o propósito de distinguir três conceitos jurídicos indeterminados. Neste último caso, considera-se elevado o índice de insucesso de eventual questionamento judicial em face da União contestando apenas a interpretação de que os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são somente o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s).

Sobre o autor

André Saddy é doutor em *Problemas actuales de Derecho Administrativo* pela Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Espanha; pós-doutor pela Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido; mestre em Administração Pública pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; consultor e parecerista.
E-mail: andresaddy@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SADDY, André. Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 151-180, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p151

(APA)

Saddy, A. (2021). Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 151-180. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p151

Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2.

AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa: considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017*. Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9190.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

_____. *[Exposição de Motivos da] Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: <https://www2>

camara.leg.br/legin/fed/medpro/1997/medidaprovisoria-1591-9-outubro-1997-376705-expositivaodemotivos-146337-pe.html. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. 5. ed. Brasília, DF: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, 2). Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/os/caderno2.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Nota Técnica nº 7.589/2017-MP*. Proposta de Decreto que regulamenta a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que trata do processo de qualificação das Organizações Sociais. Brasília, DF: MPDG, 2016.

_____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. (Documentos da Presidência da República). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança nº 10.527/DF*. Direito administrativo – mandado de segurança – Lei 9.637/98 – organização social – descumprimento de contrato de gestão – desqualificação da entidade impetrante – ato da Ministra de Estado do Meio Ambiente – ausência de violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal [...]. Impetrante: Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia – Bioamazonia. Impetrada: Ministra de Estado do Meio Ambiente. Relatora: Min. Denise Arruda, 14 de setembro de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500468511&dt_publicacao=07/11/2005. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Terceiro setor. Marco legal das organizações sociais. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social [...]. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015a. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 313/2015*. Representação. Contrato de gestão de atividades e serviços de saúde celebrado entre a Secretaria de Saúde do Estado de Tocantins e a Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social. Providências determinadas pelo Acórdão 2.414/2012 – Plenário. Audiência dos responsáveis [...]. Entidade: Secretaria de Saúde do Estado de Tocantins – Sesau. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 25 de fevereiro de 2015b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/313%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=d710a000-3050-11eb-8d74-5142288f19fe>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 3.239/2013*. Relatório de auditoria operacional. Transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde a organizações sociais. Falhas. Determinações e recomendações. Monitoramento. 1. Apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados [...]. Entidades: Ministério da Saúde e outras. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3239%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=aa986620-30aa-11eb-928d-5b17a6f15338>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 8.683/2015*. Monitoramento. Verificação do cumprimento das determinações contidas nos itens 1.7.1 e 1.7.2 do Acórdão 2.274/2013 – 2ª Câmara. Atendimento ao comando do item 1.7.1 e insubsistência do item 1.7.2. Discussão acerca dos papéis dos diferentes atores que operam o modelo de organizações sociais. Novas determinações. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. André de Carvalho, 29 de setembro de 2015c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/8683%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=97af6440-30b5-11eb-8d79-df3e62b88fc9>. Acesso em: 31 maio 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do Estado e terceiro setor*. Curitiba: Juruá, 2009.

FREITAS, Juares. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia das melhores práticas para organizações do terceiro setor: associações e fundações*. São Paulo: IBGC, 2016. Disponível em: https://fonif.org.br/wp-content/uploads/2020/06/GUIA_3SETOR_IBGC_WEB.pdf. Acesso em: 1º jun. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

MÂNICA, Fernando Borges. Bens e recursos repassados a organizações sociais são impenhoráveis. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/fernando-manica-bens-repassados-organizacao-social-sao-impenhoraveis>. Acesso em: 1º jun. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 75-86, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações sociais de colaboração administrativa. In: _____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, p. 78-95, 1996.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

PATRONE REGULES, Luis Eduardo. *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília, DF: Enap; São Paulo: Ed. 34, 1998.

RODRIGUES, Renata da Silva. O público não estatal: as organizações sociais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 11, n. 39, p. 141-175, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-n-39-julho-dezembro-de-2012/o-publico-nao-estatal-as-organizacoes-sociais>. Acesso em: 1º jun. 2021.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília, DF: Enap, 2001. p. 243-271.

TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do conselho de administração das organizações sociais federais pelos estados e municípios. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.