

AGNALDO MOREIRA MARQUES

CONTRATO DE GESTÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:

UMA REFLEXÃO SOBRE O CONTROLE

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Rezende Almeida de Oliveira

Brasília

Maio/2011

AGNALDO MOREIRA MARQUES

CONTRATO DE GESTÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:

UMA REFLEXÃO SOBRE O CONTROLE

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Rezende Almeida de Oliveira

Brasília, 10 de maio de 2011.

Banca Examinadora

João Rezende Almeida de Oliveira

Rafael Thomaz Favetti

Ana Flávia Penna Velloso

Dedicatória

Dedico o presente estudo a Deus, pela saúde e sabedoria para enfrentar os desafios do cotidiano, à minha esposa, pela compreensão nos momentos de ausência, a meus pais, pelo exemplo de ética e honestidade, e a meus filhos, como exemplo de persistência e vitória.

Resumo

O presente estudo tem por escopo compreender o conjunto normativo e os mecanismos de controle incidentes sobre os contratos de gestão, enquanto instrumento de parceria entre a Administração Pública e Organizações Sociais. O tema é abordado, no primeiro momento, a partir da compreensão do Terceiro Setor e da reforma do aparelho estatal, que teve o intuito de implantar um modelo de Administração Pública gerencial para ampliação da oferta de serviços públicos e garantia de maior eficiência. Na segunda parte, a pesquisa presta-se a analisar o contrato de gestão como instrumento de parceria e os mecanismos de controle, à luz da legislação regente.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Parcerias com a Administração Pública. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. Terceiro Setor. Acordo administrativo colaborativo. Atividade de fomento. Controle de recursos públicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. O Terceiro Setor e o Estado Brasileiro	11
1.1. O Plano de Reforma do Aparelho do Estado	11
1.2. Terceiro Setor	16
1.3. Qualificação de entidades do Terceiro Setor	19
1.4. Organizações Sociais	22
1.4.1. Definição e Características	22
1.4.2. Origem e vínculo com o Estado	25
1.4.3. Qualificação	26
1.4.4. Regime Jurídico	29
1.4.5. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei nº 9.637/98	30
2. Parcerias do Terceiro Setor com a Administração Pública	33
2.1. Terceiro Setor e a prestação de serviço público	33
2.2. Conceito e classificação de parcerias	35
2.3. Dos instrumentos de fomento a atividades de interesse público	37
2.4. Convênio Administrativo	39
2.5. Termo de Parceria	42
3. Contrato de Gestão entre o Poder Público e Organizações Sociais	43
3.1. Inadequação da nomenclatura	43
3.2. Natureza Jurídica	46
3.3. Contratação de organização social: licitação x dispensa	48
4. O controle de recursos públicos transferidos ao Terceiro Setor	51
4.1. A abrangência do controle na Administração Pública	51
4.2. Controle do Contrato de Gestão: legalidade ou resultados?	56
4.3. Instrumentos normativos de controle do contrato de gestão	58
4.3.1. Instrumentos de controle prévio	59
4.3.1.1. Qualificação da organização social	59
4.3.1.2. Elaboração do projeto básico	61
4.3.1.3. Definição de metas e indicadores de avaliação de desempenho	63
4.3.1.4. Seleção da entidade parceira	65

4.3.2. Instrumentos de controle concomitante	67
4.3.2.1. Acompanhamento e avaliação do Contrato de Gestão	67
4.3.2.2. Contratação de pessoal	71
4.3.3. Instrumentos de controle posterior	73
4.3.3.1. Prestação de Contas do Contrato de Gestão	73
5. Conclusão	74
6. Referências	78

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o instituto do contrato de gestão, enquanto instrumento de parceria e cooperação entre a Administração Pública e organizações sociais qualificadas pelo Poder Público, na forma da Lei nº 9.637/98¹.

Nominado tema assume papel de relevo no direito administrativo moderno e no novel intitulado direito do Terceiro Setor, na medida em que o Estado brasileiro tem fomentado a prestação de serviços de interesse público por entidades não integrantes da organização do Estado, caracterizadas como entidades sociais, de natureza privada sem fins lucrativos.

Com efeito, são inúmeras as parcerias com entidades do Terceiro Setor objetivando ampliar a oferta de serviços públicos e garantir maior eficiência e qualidade na prestação dos serviços, em especial, nas áreas da saúde, educação e assistência social. Em determinados entes da Federação, a exemplo de São Paulo, a atuação do Terceiro Setor é tida como imprescindível para que a Administração Pública alcance sua finalidade de bem atender a população².

A realidade local não é diferente. O Governo do Distrito Federal já qualificou vinte e três entidades privadas como organizações sociais e formalizou seis parcerias por meio de contrato de gestão³, comprovando a atualidade do tema.

¹ BRASIL. *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, 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun 2010.

² A Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo programou em 2008 o repasse de R\$ 1,3 bilhão para 24 hospitais e 5 centros de saúde gerenciados por Organizações Sociais, sob contratos de gestão. Disponível em: www.saude.sp.gov.br. Acesso em: 18 set 2010.

³ Gerenciamento do Hospital Regional de Santa Maria, do programa Dentista nas Escolas, da Vila Olímpica de Samambaia. Disponível em: www.sga.df.gov.br/terceirosetor. Acesso em: 18 set 2010.

O movimento de transferência de atividades estatais para entidades do Terceiro Setor foi estimulado pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, com o intuito de desonerar o Estado de tarefas que não lhe são exclusivas e proporcionar maior eficiência e qualidade na prestação dos serviços.

O elevado número de entidades qualificadas pelo Poder Público para prestação de serviços de interesse público⁴ e o crescente repasse de recursos às entidades do Terceiro Setor vem suscitando intensos debates⁵ no tocante aos procedimentos de controle sobre as entidades do Terceiro Setor, em especial, em razão de recorrentes divulgações pela imprensa e de avaliações de órgãos de controle que retratam situações de desvios de recursos públicos, repercutindo na já abalada confiança da sociedade nas instituições públicas.

Ainda que o direito do Terceiro Setor seja um ramo jurídico em ascensão, pouco estudado nas faculdades de direito, o contexto ora relatado permite retratar que a organização social, entidade integrante do Terceiro Setor, e o contrato de gestão são instrumentos da gestão pública moderna, como forma de cooperação administrativa com estes privados para o alcance de políticas públicas.

⁴.Pesquisa desenvolvida a partir da parceria entre IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Instituto de Pesquisa Econômicas e Aplicadas - IPEA, Associação Brasileira de ONGs – ABONG e Grupo de Institutos, Fundações e Empresas – GIFE, com base em dados do Cadastro de Empresas – CEMPRE de 2005, demonstra que existem hoje no Brasil **338 mil organizações sem fins lucrativos** divididas em cinco categorias: 1. que são privadas, não integram o aparelho do Estado; 2. que não distribuem eventuais excedentes; 3. que são voluntárias; 4. que possuem capacidade de autogestão; e, 5. que são institucionalizadas. Disponível em: www.abong.org.br. Acesso em: 26 mar 2011.

⁵ Em setembro de 2009, o Ministério da Justiça realizou o Seminário “Terceiro Setor – Cenários e Desafios”. Nas palavras do então Secretário Nacional de Justiça, “O momento é de refletir se as normas que regem o Terceiro Setor estão efetivamente atendendo a sociedade atual, pois se podemos observar descompassos e desatualização em alguns aspectos, é também possível identificarmos progressos, como o Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública, que completará três anos em outubro.” Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em: 20 out 2010.

Desse modo, considerando que a execução de serviços de interesse público tende a se multiplicar entre inúmeras entidades privadas, provocando uma pulverização da aplicação dos recursos públicos, torna-se imperioso compreender o processo de regulação e de acompanhamento das parcerias com organizações sociais, haja vista que o controle dos recursos é mandamento constitucional e elemento imprescindível para legitimidade do processo democrático.

Com efeito, a relevância da pesquisa está associada à necessidade de melhor compreender o tema, sua multiplicidade conceitual, sua inserção no ordenamento jurídico, sua regulação, em especial, no tocante à celebração, gestão e fiscalização do contrato de gestão, de modo a contribuir para o aprimoramento e controle desse novo instituto jurídico pela Administração Pública.

Para tanto, o presente estudo explora o conjunto de dispositivos legais que versam sobre o tema, com o intuito de abordar o seguinte problema: os mecanismos de controle previstos no ordenamento jurídico são suficientes e adequados para garantir a correta aplicação dos recursos públicos e a observância do princípio constitucional da eficiência na prestação de serviços de interesse público pelas organizações sociais?

Nesse sentido, o objetivo geral deste trabalho é compreender o processo de regulação da Administração Pública quando atua por meio de parcerias com organizações sociais e avaliar os mecanismos de controle. Desse modo, a pesquisa almeja os seguintes objetivos específicos: (a) compreender a origem das organizações sociais e do contrato de gestão, a sua função diante da idéia de modernização do Estado e a relação com o Terceiro Setor; (b) conhecer os

principais instrumentos jurídicos para a realização de parceria pelos entes estatais; (c) identificar as principais características do contrato de gestão como instrumento de fomento das organizações sociais; (d) compreender a abrangência do controle da Administração Pública e analisar os mecanismos de controle incidentes sobre o contrato de gestão, à luz da legislação regente.

Para tanto, foram construídas as seguintes hipóteses de pesquisa:

(a) os mecanismos de controle para qualificação de organizações sociais são genéricos e abrangentes, não conferindo diretrizes seguras aos gestores públicos para aferição da capacidade gerencial das entidades; (b) os mecanismos de controle estão focados em relatórios formais, cuja avaliação depende da estrutura de controle e da maturidade do órgão para trabalhar em regime de colaboração.

No tocante aos aspectos metodológicos, o presente estudo será desenvolvido por meio de pesquisa dogmático-instrumental, de caráter eminentemente exploratório. Para tanto, o trabalho está estruturado em quatro capítulos. De início, apresenta-se pesquisa da doutrina objetivando compreender a reforma do aparelho do Estado brasileiro e a relação com o Terceiro Setor.

Posteriormente, pesquisa doutrinária objetiva proporcionar maior entendimento acerca das parcerias entre entidades sociais e o Estado. Em seguida, realiza-se pesquisa doutrinária para compreensão das características e pressupostos normativos aplicados ao contrato de gestão. Por fim, com o fito de fazer uma análise crítica da adequação do modelo de controle previsto no ordenamento jurídico, são identificados os pontos de controle previstos na legislação.

1.O Terceiro Setor e o Estado Brasileiro

1.1.O Plano de Reforma do Aparelho do Estado

A redefinição do papel do Estado e da Administração Pública brasileira tornou-se tema de relevância nas últimas décadas, haja vista que o Poder Público já não consegue atender com eficácia as demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social. Nesse sentido, busca-se a modernização do Estado, com idéias que venham a acrescentar na solução de problemas que afetam especialmente a população carente nas áreas da saúde, educação e assistência.

No início dos anos 90, a falência do modelo de governança do Estado brasileiro alcançava três dimensões, conforme retratado por Mânica (2005, p.36): (i) déficit fiscal; (ii) esgotamento do modelo de intervenção do Estado nos campos econômico e social; (iii) modelo burocrático de gestão pública, tido como excessivamente burocrático, pouco comprometido com resultados e ineficiente.

Como solução, o governo brasileiro divulgou o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p.13), apresentado como proposta para melhorar a organização do Estado, mediante o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação e redução do seu papel de executor e prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de provedor dos serviços sociais.

Elaborado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado apresentava como objetivo global (BRASIL, 1995, p.45) “limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não exclusivos para a propriedade pública não-estatal, [...]”

Nesse novo modelo, o Estado deve concentrar-se naquelas funções que lhe são exclusivas, adotando o Princípio da Subsidiariedade, pelo qual a atuação do Estado passa a ser subsidiária à sociedade civil organizada, que colabora para a consecução dos objetivos estatais. Di Pietro (2008, p.34), ao comentar o modelo, descreve “a preocupação com a eficiência e com a aplicação do princípio da subsidiariedade [...] no sentido horizontal (atuação do Poder Público em caráter subsidiário em relação à iniciativa privada e à atuação das entidades ditas públicas não estatais).”

A professora destaca que no modelo de Bem Estar Social assume-se “grande volume de atividades como serviços públicos; no Estado Subsidiário, o Estado só presta as atividades que o particular não pode desenvolver ou ajuda o particular quando a iniciativa privada seja insuficiente” (DI PIETRO, 2008, p.232).

O saudoso Prof. Marcos Juruena Villela Souto (*apud* MÂNICA, 2005, p.43) descreve esse novo ambiente institucional:

As reformas constitucionais no ordenamento econômico, no âmbito da previdência social e da Administração Pública buscaram repensar as funções estatais e sua técnica de atendimento, com vistas à eficiência nos resultados e economicidade nas despesas, valorizando-se o “público não-estatal”, a livre iniciativa e o papel da sociedade. O resgate do princípio da subsidiariedade não representa um retrocesso aos tempos do Estado mínimo, mas o reconhecimento de que a sociedade deve ter a liberdade de agir em busca do atendimento dos interesses públicos, só se transferindo ao Poder Público a função (...) que por ela não pode ser atendida.

No que diz respeito ao aparelho do Estado, o Plano Diretor apresentava a proposta de transformar a Administração Pública burocrática, tida como ineficiente, formalista e com controles rígidos dos processos, em Administração Pública gerencial, voltada para o controle de resultados.

A Administração Pública burocrática surgiu para combater o patrimonialismo, no qual o aparelho do Estado funcionava como uma extensão do poder do soberano. Os controles são formais e *a priori*, partindo-se de uma desconfiança prévia dos gestores públicos, razão pela qual há procedimentos rígidos de controle dos processos de compras e contratação de pessoal. Nesse modelo, o Estado perde a noção de sua missão básica, que é servir ao cidadão.

Por sua vez, o Plano Diretor de Reforma propõe a adoção do modelo da administração gerencial, orientado predominantemente "pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações públicas." (BRASIL, 1995, p.16).

O modelo gerencial conserva alguns princípios da administração burocrática, tal como o profissionalismo e a observância de critérios de mérito na admissão de servidores e a existência de um sistema de avaliação de desempenho. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de enfatizar os procedimentos (meios) para concentrar-se nos resultados (fins).

Nesta esteira, com base no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p.16), a Administração Pública gerencial pode ser caracterizada pelos seguintes elementos: (i) definição precisa dos objetivos que o gestor público deverá atingir em sua unidade; (ii) garantia de autonomia na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros; (iii) controle *a posteriori* dos resultados; e (iv) maior participação das organizações da sociedade civil na Administração Pública.

Além da alteração da organização e do modelo de gestão, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado dividiu a atuação estatal em quatro setores, conforme retrata Di Pietro (2008, p.33):

Núcleo estratégico, que corresponde aos órgãos que definem as leis e as políticas públicas e fiscalizam o seu cumprimento; [...]

Atividades exclusivas, que correspondem ao setor que presta atividades que só o Estado pode realizar. São serviços típicos estatais, envolvendo o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar;

Serviços não exclusivos, que correspondem ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas e públicas não estatais. São os serviços sociais do Estado, abrangendo fundamentalmente as universidades, hospitais, centros de pesquisa, museus. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado;

Produção de bens e serviços para o mercado, que corresponde à área de atuação das empresas, abrangendo atividades econômicas voltadas para o lucro. (grifos não constam do original)

Para tanto, foram definidos no Plano Diretor de Reforma (BRASIL, 1995, p.45) objetivos específicos para cada um desses setores. Tendo em conta a pertinência com o presente trabalho, destaca-se o objetivo de o setor de serviços não exclusivos do Estado transferir para o setor público não estatal os serviços sociais, através de um programa de publicização⁶, transformando as autarquias e fundações públicas em organizações sociais. Ainda, traz como objetivo incrementar as parcerias pelo Estado, que continuará a financiar a organização social, e fortalecer os mecanismos que privilegiem a participação social na avaliação de desempenho da organização social, garantindo, ao final, maior eficiência e qualidade dos serviços e atendendo melhor o cidadão cliente a um custo menor.

Desse modo, a publicização de atividades de interesse público, com esteio no princípio da subsidiariedade e no modelo de Administração Pública

⁶ Consiste na transferência de atividades que, por não se situarem no núcleo estratégico do Estado, encontram melhor estruturação no regime de propriedade pública não-estatal [...], traduzindo a idéia de traslação em favor do Terceiro Setor, de atividades que não envolvem diretamente o exercício do poder do Estado, mas que presididas por um interesse que se reconhece público, estariam a merecer dele ainda o apoio e mesmo o financiamento (VALLE, 2008, p.50).

gerencial, marca o início do processo de incentivo e fortalecimento de parcerias entre Estado e sociedade civil organizada, em especial, por intermédio de contrato de gestão, na busca da realização dos interesses sociais e do desenvolvimento de entidades do Terceiro Setor.

No âmbito normativo, a Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 1998, contemplou dispositivos para a consecução de objetivos do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. A introdução do §8º do art.37⁷ da Constituição Federal configurou validade constitucional aos contratos de gestão celebrados entre o Poder Público e dirigentes de órgãos e entidades da Administração Pública. No plano infraconstitucional, o contrato de gestão com organizações sociais foi disciplinado pela Lei nº 9.637/98, configurando o fortalecimento do Terceiro Setor como ente de colaboração do Estado.

Não obstante as críticas dirigidas às parcerias com a iniciativa privada⁸, o fato é que após vários anos da regulamentação desse novo arranjo institucional, as organizações sociais e os contratos de gestão constituem uma realidade no campo da atuação estatal⁹, inobstante a descontinuidade do modelo em razão do cenário político institucional.

⁷ Art.37. [...] §8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal.

⁸ Di Pietro (2008, p.36,): “[...] Sendo de inspiração neoliberal e estando sob o influxo da globalização e sob o comando de organismos internacionais, os objetivos continuam presentes, embora não mais declarados em documento explícito como o Plano Diretor. O objetivo último – o da privatização em sentido amplo – continua sendo buscado por outros instrumentos, [...]com o conseqüente desmantelamento da Administração Pública.

⁹ Atualmente, o Estado de São Paulo conta com 37 hospitais, 38 ambulatorios, 1 centro de referência, duas farmácias e três laboratórios de análises clínicas que são administrados por meio de contratos

1.2. Terceiro Setor

A expressão Terceiro Setor, difundida após o advento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, tem sido utilizada genericamente para se referir às organizações formadas pela sociedade civil, cujo objetivo não é a busca pelo lucro, mas a satisfação do interesse público.

Sabo Paes (2006, p.123) comenta que as organizações sociais compreendem o conjunto de entidades de interesse social sem fins lucrativos, com autonomia e administração própria, cujo objetivo é o atendimento de alguma necessidade social ou a defesa de direitos difusos e emergentes.

O Terceiro Setor situa-se ao lado do primeiro setor, ocupado pelo Estado, e do segundo setor, do qual fazem parte as entidades privadas com finalidade lucrativa. Esclarecedoras as palavras da saudosa Profa. Ruth Cardoso (*apud* Mânica, 2005, p.59):

O Terceiro Setor descreve um espaço de participação e experimentação de novos modelos de pensar e agir sobre a realidade social. Sua afirmação tem o grande mérito de romper com a dicotomia entre o público e o privado, no qual o público era sinônimo de estatal e o privado, de empresarial.

O reconhecimento da importância desse setor para a sociedade decorre da sua capacidade de mobilização de recursos para o atendimento de importantes demandas sociais, suprimindo necessidades de forma mais simples e eficaz, e representando um exemplo do exercício da cidadania e responsabilidade social, caracterizado pelo idealismo de suas atividades. Afinal, não se pode duvidar dos benefícios sociais de projetos que visam formalizar pequenos negócios e

dignificar a vida das pessoas, tal qual um projeto de educação ambiental para uma comunidade próxima a uma área de preservação do meio ambiente.

Trata-se de um setor que tem uma grande abrangência, não só na área de atuação¹⁰, mas também na forma de atuação e em relação às entidades sociais que o constituem. Nesse sentido, diversas expressões têm sido utilizadas para nomear as entidades que compõem o Terceiro Setor: organizações não governamentais - ONG, organizações sem fins lucrativos, entidades filantrópicas, organizações da sociedade civil, entidades voluntárias, organizações sociais.

No tocante ao conceito do termo, destaca-se que não há, ainda, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma definição exata em lei do que seja o Terceiro Setor, de que se compõe e em que áreas atua. Mânica (2005, p.57) destaca que “a legislação brasileira não adota tal expressão, sendo que a regulação jurídica das entidades que compõem o Terceiro Setor é específica para os diversos grupos de entidades que dele fazem parte.”

No entanto, recentemente, foi apresentado ao Ministério da Justiça Anteprojeto de Lei para edição do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor. O prof. Gustavo Justino de Oliveira (2010, p.155), afirma que o Anteprojeto de Lei buscou ordenar e sistematizar “diretrizes, princípios e regras jurídicas essenciais que visam regulamentar as organizações sociais e as atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor, conferindo a este segmento reconhecimento, identidade e segurança jurídica”.

¹⁰ José Eduardo Sabo Paes (2006, p.123) afirma “que tais organizações e agrupamentos sociais cobrem um amplo espectro de atividades, campos de trabalho ou atuação, seja na defesa dos direitos humanos, na proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio a populações carentes, educação, cidadania, direitos da mulher, direitos indígenas, direitos do consumidor, direitos das crianças, etc.”

Com efeito, citado Anteprojeto apresenta o seguinte conceito para o Terceiro Setor (OLIVEIRA, 2010, p.157):

Art.2º Para os fins previstos nesta Lei, considera-se Terceiro Setor o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que:

I – desenvolvam atividades de promoção e defesa de direitos, principalmente os coletivos e difusos;

II – realizem atividades de interesse público, assistência social ou utilidade pública, nos termos definidos em lei; ou

III – prestem serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Estado.

Nesse sentido, tem-se como traço distintivo do Terceiro Setor, a promoção de atividades de interesse público. Assim, diversas são as entidades que podem ser enquadradas como integrantes do Terceiro Setor: associações de moradores, santas casas, associações filantrópicas, instituições de ensino, associações de fins culturais, artísticos, esportivos.

O interesse pelo Terceiro Setor é uma decorrência das políticas de reforma do Estado. Nesse sentido, o prof. Gustavo Justino de Oliveira (2008, p.279), lembra que “se é incorreto afirmar que a responsabilidade estatal foi integralmente transferida ao setor privado, certo é que ao menos incentivou-se a co-responsabilidade das entidades privadas na execução dessas atividades socialmente relevantes.”

Não obstante todo o incentivo, não se pode deixar de lembrar que o Terceiro Setor, no Brasil, é comumente associado ao cenário de desvio de recursos públicos. Por isso, Mânica (2005, p.66) ressalta que a “crescente importância da atuação das entidades do Terceiro Setor que colaboram com o público e a conseqüente necessidade de apoio do Estado a tais entidades não foi acompanhada de evolução legislativa e tampouco doutrinária.”

Tem-se, assim, que o Terceiro Setor mudou, desenvolveu-se, mas há dúvidas se a legislação acompanhou o avanço. O conhecimento desse contexto é importante para se discutir a atividade de fomento das organizações sociais.

1.3. Qualificação de entidades do Terceiro Setor

Paulo Modesto (2006, p.3) observa que a concessão de títulos jurídicos às entidades do Terceiro Setor busca atender a três propósitos essenciais:

(i) diferenciar as entidades qualificadas das entidades comuns, conferindo um regime jurídico específico a essas entidades, que usufruirão de uma série de benefícios¹¹ (e também restrições) não atribuíveis a organizações que não disponham da mesma titulação;

(ii) padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas organizações; e

(iii) controle das entidades assim qualificadas, já que o título pode ser suspenso ou cancelado quando houver desvio de suas missões institucionais.

Os títulos usualmente concedidos a entidades integrantes do Terceiro Setor são os de Utilidade Pública Federal (UPF), Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organização Social (OS). Para tanto, deverão as entidades estar constituídas na forma de associações ou fundações privadas, sem fins lucrativos, e atenderem o regramento específico para concessão do título.

A outorga do título de Utilidade Pública Federal é concedida pelo Ministério da Justiça, observado o disposto pela Lei nº 91/35¹² e pelo Decreto nº

¹¹ Conforme a ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, os títulos ou qualificações, de caráter facultativo, podem acarretar benefícios financeiros, administrativos e/ou políticos às organizações da sociedade civil. Disponível em www.abong.org.br. Acesso em: 15 fev 2011.

¹² BRASIL. *Lei nº 91 de 28 de agosto de 1935*. Determina regras pelas quaes são as sociedades declaradas de utilidade pública. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

50.517/61¹³. Para tanto, as entidades devem conceder parcela de serviços gratuitos à sociedade, dentre outros requisitos. Como vantagem, é possível receber doações de empresas mediante incentivo fiscal no recolhimento de imposto de renda, com fundamento na Lei nº 9.249/95¹⁴.”

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social¹⁵ (CEBAS) é regulado pela Lei nº 8.742/93¹⁶. São requisitos básicos para a concessão do certificado a não remuneração de dirigentes e estar registrado no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)¹⁷, dentre outros. O título permite pleitear isenção de recolhimento da cota patronal da contribuição previdenciária^{18,19}, além de estarem aptas a receber subvenções sociais da União, conforme prescreve o art.32 da Lei de Diretrizes Orçamentárias Federal²⁰.

¹³ BRASIL. *Decreto nº 50.517, de 02 de maio de 1961*. Regulamenta a Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, que dispõe sobre a declaração de utilidade pública. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

¹⁵ Anteriormente denominado de Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, criado pela Lei nº 3.577/59.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências (chamada de Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

¹⁷ O Conselho Nacional de Assistência Social é um órgão de deliberação colegiada e composição paritária (sociedade civil e governo) vinculado ao Ministério da Assistência e Promoção Social, com atribuições definidas pela Lei Orgânica da Assistência Social.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 15 fev 2011.

¹⁹ Constituição Federal:

Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

[...]

Art.195, §7º. São isentas de contribuição para a seguridade as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. (grifos não constam do original)

²⁰ BRASIL. *Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

O certificado de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), concedido pelo Ministério da Justiça no âmbito federal, foi criado pela Lei nº 9.790/99²¹, chamada de Lei do Terceiro Setor. Dentre os requisitos legais, a entidade deve comprovar dedicação a atividades de interesse social, em áreas especificadas pela legislação. Há restrições à qualificação, não estando habilitadas as instituições religiosas, organizações partidárias, escolas e hospitais privados não gratuitos, organizações sociais, entidades públicas, entre outras. Destaca-se que o advento das OSCIP ocorreu no bojo do processo de maturação das atividades do Terceiro Setor, razão pela qual foram incorporadas várias das inovações trazidas pela lei das organizações sociais, o que provoca uma semelhança entre os institutos, conforme será tratado adiante.

O Guia Prático para Entidades Sociais (BRASIL, 2009, p.29), destaca a possibilidade de remuneração dos dirigentes das OSCIP, situação não prevista para o título de utilidade pública federal. Sobre o tema, Sabo Paes (*apud* VIOLIN, 2010, p.212) analisa que a maior participação de entidades sociais na prestação de serviços de interesse da sociedade, fez surgir a necessidade de se dar um perfil mais profissional às entidades integrantes do Terceiro Setor.

Acerca da qualificação, impõe assinalar que a concessão de títulos a entidades sociais não exime o gestor público de certificar-se da idoneidade da entidade privada, devendo no momento da escolha da entidade, atuar com zelo e verificar o regular funcionamento e capacidade da entidade interessada na parceria.

²¹ BRASIL. *Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

1.4.Organizações Sociais

1.4.1.Definição e características

A qualificação de organização social está regulamentada pela Lei nº 9.637/98. Trata-se de um título jurídico concedido a entidade privada que atende a certos requisitos legais, não alterando suas características como pessoa jurídica.

A pessoa jurídica sem fins lucrativos, que qualificada como organização social, estará habilitada a receber recursos do Estado e a executar atividades de interesse público em regime de parceria com o Poder Público, formalizada mediante contrato de gestão, por meio do qual serão acordadas metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços de interesse público.

Para José Eduardo Sabo Paes (2006, p.577), as organizações sociais são uma qualificação “de organização pública não estatal criada dentro de um projeto de reforma do Estado, para que associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado possam absorver atividades publicizáveis”.

Paulo Modesto (1997, p.5) apresenta as organizações sociais como:

Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.

Paulo Modesto (1997, p.9) defende que as organizações sociais possuem natureza jurídica de direito privado, mantendo relação contratual com a Administração, que pode ser denominada de descentralização social, por terem atuação pública, de interesse coletivo. Alerta o autor que as organizações sociais

não são formas de privatização de entes públicos, pois não há transferência de domínio de bem público, tampouco uma transação de natureza econômica. Justifica ainda o professor que as relações entre o ente privado e o Poder Público devem ter fundamento numa ética da solidariedade e de serviço público. Por fim, alega que o modelo das organizações sociais realiza estratégia oposta à privatização, pois há recusa à aplicação lógica de mercado nas atividades de natureza social.

Objetivando caracterizar as organizações sociais, Di Pietro (2008, p.263) aponta as seguintes particularidades da entidade: (i) definidas como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos; (ii) criadas por particulares, devem habilitar-se perante a Administração Pública para obter a qualificação de organização social; (iii) somente podem atuar em áreas específicas; (iv) seu órgão de deliberação superior devem contar com representantes da comunidade, de notória capacidade profissional, e de representante do Estado.

Acerca das semelhanças entre os títulos de Organização Social (OS) e de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), impõe comentar que ambos nasceram durante o processo de implantação do modelo de Administração Pública gerencial e com esteio no princípio da subsidiariedade, apresentando, portanto, algumas semelhanças.

Acerca das semelhanças entre as OS e as OSCIP, o prof. Paulo Modesto (2006, p.12) destaca a restrição à distribuição de lucros ou resultados, ostensiva ou disfarçada; exigência de conselho de fiscalização dos administradores da entidade; o detalhamento de exigências estatutárias para que a entidade possa ser qualificada; a exigência de publicidade de vários documentos da entidade; a

criação de um instrumento específico destinado a formação de um vínculo de parceria e cooperação das entidades qualificadas com o Poder Público (contrato de gestão, nas Organizações Sociais; termo de parceria, nas OSCIP); a possibilidade de remuneração dos diretores da entidade que respondam pela gestão executiva, observado valores praticados pelo mercado.

De modo oposto, destaca-se que há diferenças entre os institutos. Barreto (2005) explica que as organizações sociais foram criadas com o específico propósito de absorver órgãos extintos, por outro lado, as OSCIPs são entidades criadas por iniciativa da sociedade, que irá formar parceria com a Administração Pública para a realização de atividades de cunho social. Carvalho Filho (2009, p.344) observa que enquanto a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade é exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, não há esse tipo de ingerência nas organizações da sociedade civil de interesse público.

Cabe ressaltar que a Lei Federal nº 10.539/2002²² alterou a Lei que dispõe das OSCIPs, para acrescentar dispositivo que permite a participação de servidores públicos na composição de Conselho da entidade. Continua, no entanto, as OSCIP diferenciando-se das OS, visto que nestas a participação é obrigatória, enquanto naquela é facultativa. Ainda, diferentemente das organizações sociais, cujo ato de qualificação é discricionário, a outorga da qualificação como OSCIP é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos.

²² BRASIL. *Lei Federal nº 10.539, de 23 de setembro de 2002*. Dispõe sobre a estruturação de órgãos, cria cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

1.4.2. Origem e vínculo com o Estado

A origem das organizações sociais na legislação brasileira encontra-se no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado em 1995. Segundo o então Ministro Bresser Pereira (*apud* DIAS, 2008, p.191), a proposta deste tipo de organização derivou de figuras semelhantes da Grã-Bretanha, chamadas *quangos* (*quasi non-governmental organizations*), alegando que “os hospitais ingleses, após transformados em organizações sociais e integrados em sistema de quase mercado, movidos pela competição por verbas públicas, alcançaram elevado patamar de eficiência.”

Di Pietro (2008, p.267), por sua vez, afirma que o que serviu de inspiração para o projeto das organizações sociais foi o modelo dos serviços sociais autônomos, em especial, a Associação da Pioneiras Sociais.

Nesse contexto, esse novo modelo de gestão parte do pressuposto de que as organizações sociais serão mais eficientes na prestação do serviço de interesse público. A esse respeito, consta do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p.60):

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais não exige o exercício do poder de Estado, **a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.** (grifos não constam do original)

No tocante ao vínculo com o Estado, Di Pietro (2008, p.250) aduz que todas as entidades do Terceiro Setor são paraestatais, o que abrangeria as

declaradas de utilidade pública, filantrópicas, serviços sociais autônomos, organizações e OSCIPs.

Bandeira de Melo (2009, p.159) ensina que a expressão paraestatal calha bem para designar “sujeitos não estatais, isto é, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus.”

Assim, em que pese depender de recursos públicos, as organizações sociais não integram a Administração Pública, assumindo, tão somente a qualidade de entes paraestatais ou entidades parceiras do Poder Público.

1.4.3. Qualificação

Para obter a qualificação como Organização Social, a entidade privada deve comprovar atendimento aos requisitos estabelecidos na legislação que rege a matéria. No âmbito federal, a Lei nº 9.637/98, nos artigos 2º a 4º, dispõe sobre os critérios para qualificação de organizações sociais, estabelecendo, em resumo, requisitos objetivos relacionados à natureza da pessoa jurídica, ao objetivo social e à estrutura e atribuição dos órgãos deliberativos.

No que tange ao objetivo social, as entidades devem ter suas atividades voltadas para áreas específicas, definidas no art.1º da Lei nº 9.637/98, a saber: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde.

Assim, a atuação em área não inserida no rol acima, mesmo sendo considerada de relevante interesse social, a exemplo de atividade esportiva, não confere legitimidade para concessão do título de organização social, conforme argumenta Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p.112).

O caráter discricionário na concessão do título de Organização Social, com fundamento no art.2º, II, da Lei nº 9.637/98²³, é questão que recebe forte crítica da doutrina. Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo (*apud* ROCHA, 2006, p.122) critica: “Nesse passo, deu-se autêntico cheque em branco, na linguagem do emérito Caio Tácito, ao Executivo, por meio de seus Ministros, irrompendo-se contra a isonomia, facilitando-se toda espécie de corrupção e protecionismo administrativo.”

Ainda quanto à qualificação, assume papel de relevo a divergência entre a doutrina e recente julgado do TJDFT acerca da limitação da autonomia dos entes federativos para ampliarem a área de atuação dessa nova figura jurídica.

Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p.192) defende que a Lei nº 9.637/98 é válida tão-somente para o Governo Federal, razão pela qual diversos entes federados²⁴ já editaram leis específicas de modo a permitir a implantação de modelos semelhantes.

Não é diferente o entendimento de Carvalho Filho (2009, p.341), ao afirmar que nada impede que os entes federativos “editem seus próprios diplomas

²³ Art.2º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: [...]

II - Haver aprovação, **quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social**, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. (grifamos)

²⁴ São Paulo (Lei Complementar nº 846/98), Goiás (Lei nº 15.503/05), Santa Catarina (Lei nº 12.929/04), Bahia (Lei nº 8.647/03), Distrito Federal (Lei nº 4.081/08), entre outros.

com vistas à maior descentralização de suas atividades, o que podem fazer adotando o modelo proposto na Lei nº 9.637/98 ou modelo diverso, desde que, é óbvio, idêntico sejam seus objetivos.”

Rocha (2006, p.112) acrescenta que o Estado de São Paulo limitou as atividades das organizações sociais às áreas da saúde e da cultura e que o Estado da Bahia ampliou as atividades, permitindo a atuação em outras áreas.

Verifica-se, portanto, entendimento homogêneo na doutrina de que a lei das organizações sociais não é uma lei nacional, podendo servir de modelo para estados e municípios. No entanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, considerou inconstitucional o art.1º da Lei DF nº 4.081/08²⁵, ao entender que o ente federado deverá observar o modelo federal, não cabendo ampliar as áreas de atuação²⁶.

²⁵ DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 4.081, de 4 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: www/sga.df.gov.br/legislação. Acesso em 3 de jun 2010.

²⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS DISTRITAIS NºS 4.081/08, 4.249/08 E LEGISLAÇÃO REVOGADA – QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – CONTRATOS DE GESTÃO [...] O AUTOR IMPUTA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 3º, INCISO VI, 15, INCISO VI, 19, *CAPUT*, 26, 48, 49, 51 E 151, INCISO IV, TODOS DA LODF - JULGOU-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, COM EFEITOS *EX TUNC* E EFICÁCIA *ERGA OMNES* – MAIORIA. [...]

III - A Lei distrital n.º 4.081/08, acoimada de inconstitucional, reproduz, em essência, o modelo de Organizações Sociais de que cuida a Lei federal n.º 9.637/98, surgidas no bojo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado com a finalidade precípua de desempenharem atividades não-exclusivas do Estado, mediante os denominados contratos de gestão.

IV – Referidas organizações, em sua gênese federal, surgiram para prestar serviços não-exclusivos do Estado na área de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde, preservação e proteção do meio ambiente. **Nesse passo, o modelo distrital não deve afastar-se do modelo federal, ampliando as áreas de atuação**, pois o que se acresce perde legitimidade perante diversos dispositivos da LODF, dada a competência concorrente do Distrito Federal para dispor acerca de licitação, bem como de sua dispensa. [...]

VIII – **Julga-se parcialmente procedente a ação, para declarar, com efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade das expressões “e institucional, da flora e da fauna”, “ação social”, “defesa do consumidor”, “esporte”, “agricultura e ao abastecimento”, contidas no artigo 1.º; [...]** todos da Lei 4.081/08, com a redação dada pela Lei n.º 4.249, de 14 de novembro de 2008.

1.4.4.Regime Jurídico

Devidamente qualificadas, as organizações sociais estão aptas a formarem parcerias necessárias para o fomento e à execução de atividades de interesse coletivo. Assim, são submetidas a um regime jurídico que contempla benefícios especiais do Estado, envolvendo a possibilidade de recebimento de verbas públicas, a utilização de bens públicos e a cessão de servidores públicos.

Nesse sentido, a liberdade de atuação conferida pela Lei ^o 9.637/98 às entidades de direito privado gerou acirrado debate na doutrina especializada, dividindo-se entre os que defendem o regime jurídico de direito privado, de direito público ou um regime *sui generis* das organizações sociais.

Para Marçal Justen Filho (2010, p.297) as organizações sociais estão submetidas ao regime jurídico de direito privado, conforme comenta:

A atuação da organização social em face de terceiros é **regida preponderantemente pelo direito privado**. A percepção de subsídios públicos, a utilização de bens públicos ou a presença de servidores públicos não transforma a organização estatal em partícipe da administra indireta. Caracteriza-se atuação subordinada ao direito privado, ainda que de interesse público. (grifamos)

Juarez Freitas (*apud* ZOLET, 2010, p.8) defende posição intermediária no sentido de que “as organizações sociais obedecem a um regime *sui generis*, não estatal, porém certamente dominado por regras de direito privado e princípios de direito público.”

Posição oposta defende Di Pietro (1996), quando ao comentar acerca das organizações sociais assevera que “fica muito clara a intenção de tentar excluí-las da abrangência da Administração Indireta e, em consequência, excluí-las

também da incidência das normas e princípios constitucionais que a ela se aplicam.” No entanto, segundo a autora, as organizações sociais, na verdade, se submetem às normas de direito público, não obstante a natureza privada que se tente imprimirlhes, razão pela qual devem ser obedecidas as normas constitucionais e legais pertinentes, especialmente as que cuidam de repasse de verbas públicas e controle.

Diante das divergências, Oliveira (*apud* ZOLET, 2010, p.8) adverte que a dificuldade de assimilação do modelo das OS, decorre de não ser possível inseri-lo tranquilamente em todas as categorias clássicas do direito administrativo.

Dessa forma, é de se ponderar que mesmo que não se admita a aplicação do regime jurídico público, é forçoso reconhecer que é inafastável a observância de princípios da Administração Pública à atuação das organizações sociais, por expressa previsão na Lei nº 9.637/98, razão pela qual não pode ser conferido o regime eminentemente privado a essas entidades.

1.4.5. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei nº 9.637/98

O modelo das organizações sociais é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 1.923 ajuizada em 1999 junto ao Supremo Tribunal Federal, com pedido de liminar. Na ação questiona-se a validade de diversos dispositivos da Lei nº 9.637/98, bem como o inciso XXIV do art.24 da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 9.648/98, que dispensa de licitação a celebração de contratos de gestão.

Sustentam os autores, em resumo, que as normas contidas nos textos impugnados tiveram o objetivo de transferir atividades antes realizadas por

autarquias e fundações de direito público para entidades privadas, denominadas organizações sociais, mediante cessão de patrimônio, servidores e recursos públicos, independentemente de processo de licitação, permanecendo públicas no que convém, mas privada no que interesse à maior flexibilidade de gestão, afastando, assim, o regime de direito público.

Alegam, que na medida em que uma organização social passa a atuar na prestação de atividade pública, por via de contrato de gestão com o Poder Público, e de forma vinculada ao Estado, em razão da natureza da atividade, deverá se submeter aos preceitos constitucionais, a exemplo, observância ao concurso público para admissão de pessoal, aquisição de bens e serviços mediante licitação pública e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial pelos órgãos competentes.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu²⁷ a medida cautelar de suspensão da eficácia de dispositivos da Lei nº 9.637/98 pleiteada pelos requerentes da ADI, sobretudo em razão do não reconhecimento do

²⁷ Ementa: Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Qualificação de entidades como organizações sociais. Inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Dispensa de licitação. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º e 2º; 129; 169, § 1º; 175, *caput*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, *caput*; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; 225, § 1º, e 209. Indeferimento da medida cautelar em razão da descaracterização do *periculum in mora*.

1. Organizações Sociais - pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. **O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo** - os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 - seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.

4. Medida cautelar indeferida

(ADI 1.923-DF. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 01/08/07). Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 20 set 2010. (Grifamos).

periculum in mora na manutenção da vigência da mencionada Lei, afinal, o julgamento da liminar se arrastou por quase dez anos, sendo deliberado em 2007.

O julgamento de mérito da nominada ADI foi retomado em março/2011. Conforme informações disponibilizadas no sítio do STF²⁸, o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, tratou entre outros, da participação complementar da iniciativa privada, defendendo que os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Assim, atividades que são mistamente públicas e privadas, como a cultura, a saúde, a educação, a ciência, a tecnologia e o meio ambiente, são predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público. No entanto, alega o nobre Ministro que o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização por parte do Estado do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações, mas na possibilidade de o Estado transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos previstos constitucionalmente, não podendo a iniciativa privada substituir o Poder Público, razão pela qual o relator apresenta voto pela procedência parcial da ADI, no sentido de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18 a 21, que prevê o repasse de serviços de interesse públicos para as organizações sociais. A discussão foi adiada, em razão de pedido de vista do Ministro Luiz Fux.

Percebe-se no voto do Ministro Relator que, *a priori*, as objeções quanto ao modelo decorrem do trespasse para a iniciativa privada da totalidade dos serviços público prestados órgãos federais.

²⁸ <[www.stf.jus.br/portal/noticiasstf/31 de março de 2011](http://www.stf.jus.br/portal/noticiasstf/31%20de%20março%20de%202011)>. Acesso em: 03 abr 2011.

2.Parcerias do Terceiro Setor com a Administração Pública

2.1.Terceiro Setor e a prestação de serviço público

Diante do que dispõe o art.175 da Constituição Federal²⁹, os serviços públicos³⁰ podem ser executados diretamente pela própria Administração Pública (execução direta) ou de forma descentralizada (execução indireta), quando entender que melhor será atendido o interesse público.

Na descentralização ocorre a transferência da execução de atividade estatal para uma das entidades que compõem a Administração Pública Indireta ou, ainda, para particulares, por meio de contrato administrativo, denominado pela doutrina de delegação negocial³¹. O objeto da descentralização é tão somente a transferência da gestão do serviço e não a sua titularidade, que continuará com o Poder Público.

Carvalho Filho (2009, p.329) leciona que são duas as formas básicas através das quais o Estado processa a descentralização: a delegação legal e a delegação negocial. No entanto, reconhece que vem sendo desenvolvida uma terceira modalidade de prestação de serviço público, a do regime de parceria.

Na delegação legal, o processo de transferência da execução dos serviços ocorre por meio de lei, que além de delegar o serviço a outrem, cria a entidade que vai executá-lo, em observância ao art.37, inciso XIX, da Constituição Federal.

²⁹ Art.175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³⁰ Considera-se serviço público "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, assim definida pela Constituição Federal ou por lei, visando ao atendimento de necessidades públicas mediatas ou imediatas, decorrente do convívio social e reguladas por normas total ou parcialmente de direito público. (WILLEMANN e MARTINS, 2009, p.128).

³¹ Terminologia utilizada pela Prof. José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.330).

Na delegação negocial, o instrumento utilizado para a transferência dos serviços é o contrato administrativo (concessão ou permissão), o que não exime o Estado da responsabilidade de assegurar e garantir os serviços à sociedade.

Quanto à prestação de serviços públicos pelo regime de parceria, Carvalho Filho defende que tal regime permite a execução de serviços e atividades que beneficiem a coletividade, de modo que tal atuação se revestirá da qualificação de função delegada do Poder Público. Destaca ainda o autor que as parcerias são realizadas com entidades que compõem o Terceiro Setor, que consiste “um agrupamento de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de prestação de serviços públicos.” (CARVALHO FILHO, 2009, p.337).

Pensamento contrário defende Di Pietro. Para a professora nem todas as formas de parcerias representam descentralização de serviços públicos.

É importante lembrar que nem todas as formas de parcerias implicam descentralização de serviço público. É o caso, por exemplo, dos termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, que prestam atividade privada, e, exatamente **por atuarem no campo dos serviços sociais não exclusivos do Estado, recebem ajuda do Poder Público, dentro de sua atividade de fomento**. Na mesma categoria entram os convênios com entidades do Terceiro Setor [...], que prestam atividade privada de interesse público e também têm parceria com o Poder Público para fins de fomento (DI PIETRO, 2008, p.47). (grifamos)

Para Di Pietro (2008, p.47) a descentralização na prestação de serviços públicos pressupõe que ocorra a transferência da gestão do serviço público, o que não acontece nas situações de fomento à atividade privada de interesse público, a exemplo dos contratos de gestão, termos de parceria e convênios administrativos com entidades do Terceiro Setor.

Entendimento análogo é acolhido por Willeman e Martins (2009, p.181), ao reconhecer a figura da “descentralização social” como instrumento de

estímulo a atividade de interesse social, mas que não possui a natureza de prestação de serviço público:

A partir da nova concepção do Estado, uma dos caminhos trilhados para diminuir o seu tamanho, além da descentralização da execução de atividades para particulares com fins lucrativos (concessão e permissão, v.g.), é o da descentralização social, por meio da qual o Poder Público estimula/fomenta o exercício de algumas atividades de interesse social (de regra, **não constituem serviços públicos**) por entidades privadas sem fins lucrativos, que compõem o Terceiro Setor. São os principais exemplos: (i) os Serviços Sociais Autônomos e (ii) as Organizações Sociais e as Organizações Sociais da Sociedade de Interesse Público (OSCIP). (grifos)

Nesse sentido, em que pese as atividades desempenhadas pelo Terceiro Setor ainda não serem consideradas serviços públicos em sentido estrito, é forçoso reconhecer que as parcerias de fomento visam ao atendimento de necessidades públicas mediatas ou imediatas, razão pela qual estão a merecer incentivo pelo Estado, como forma de melhor atender as demandas da sociedade.

2.2. Conceito e classificação de parcerias

Na definição de Carvalho Filho (2009, p.336), o regime de parceria caracteriza-se pela “aliança entre o Poder Público e entidades privadas, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhe são prestados.”

Por conseguinte, a associação entre o Estado e entidades privadas poderá ocorrer por meio de modalidades diversas de figuras jurídicas presentes no direito positivo brasileiro, classificadas de formas distintas pela doutrina.

Para Justen Filho (2010, p.426), as parcerias entre a Administração Pública e particulares, em que haja a formação de vínculo e estipulação de obrigações, seja qual for a denominação utilizada, trata-se de contrato administrativo

em sentido amplo, que podem ser classificados em três espécies: (i) acordos de vontade da Administração Pública; (ii) contrato administrativo em sentido estrito; (iii) contrato de direito privado praticado pela Administração Pública.

Diante dessa classificação, Justen Filho (2010, p.428) leciona que os acordos de vontade da Administração Pública se caracterizam pela “ausência de finalidade lucrativa das partes. [...] Trata-se de convenção destinada a ordenar atuação orientada à satisfação de necessidades coletivas, em que nenhuma das partes amplia o seu patrimônio como efeito de atuação lucrativa.” Tem-se, como exemplo, as figuras do consórcio público, convênio administrativo, contrato de gestão, termo de parceria, contrato de repasse.

De outro modo, a profa. Di Pietro (2008, p.22) apresenta uma classificação em sentido amplo para os instrumentos de parceria, com foco no vínculo entre o Poder Público e a entidade privada:

(a) instrumento de **delegação** da execução de serviços públicos a particulares (concessão comum de serviços públicos e concessão qualificada, conhecida como parceria público-privada);

(b) instrumento de **fomento** à iniciativa privada de interesse público (contrato de gestão, convênio administrativo, termo de parceria);

(c) instrumento de **cooperação** do particular (execução de atividades próprias da Administração Pública - compras, serviços e obras);

(d) instrumento de **desburocratização** (contrato de gestão constitucional, art.37/CF, mediante instauração da chamada Administração Pública gerencial).

Por sua vez, Carvalho Filho (2009, p.331) classifica didaticamente os regimes de parcerias em três grupos: (i) regime de convênio administrativo; (ii) regime de contratos de gestão com organizações sociais; (iii) regime de gestão por colaboração com as OSCIP.

Diante das classificações adotadas pela doutrina, percebe-se a utilização do termo parceria em sentido amplo, como sinônimo de toda e qualquer forma de vínculo estabelecido pelo Poder Público. No entanto, para fins do presente estudo, o termo parceria é utilizado com a natureza de atividade de fomento, na forma acima apresentada por Di Pietro e Carvalho Filho.

2.3.Dos instrumentos de fomento a atividades de interesse público

O ponto característico do regime de parceria consiste na formalização de acordo jurídico de cooperação de interesses com pessoas de direito privado, que não sofrem ingerência estatal em suas estrutura orgânica. A elas incumbirá a execução de serviços e atividades que beneficiem a coletividade, mediante o estímulo e fomento pela Administração por diversos meios.

Oliveira (2008, p.55) registra que as parcerias representam uma tendência contemporânea, no qual a Administração Pública consensual conquista espaço. Carvalho Filho (2009, p.344), reconhece a importância das parcerias:

É justo reconhecer que muitas entidades do setor privado, independentemente de sua vinculação com o Poder Público, vêm prestando e podem prestar inestimável apoio aos governos no que toca à execução de suas funções sociais típicas. [...] Ao Estado cabe associar-se a essas entidades, reforçando o regime de parceria através de incentivos e subvenções e aperfeiçoando os sistemas de controle do uso de eventuais recursos públicos.

A atividade administrativa de fomento deve ser submetida ao regime jurídico administrativo, que decorre diretamente da Constituição, submetendo-se, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público, indisponibilidade³². Daí porque ROCHA (2006, p.31) alerta acerca da necessidade *“pela qual a atividade de fomento deve ser prevista em lei, não se admitindo, como válida, atividade de fomento não estipulada por lei, mas tão somente por regulamento ou ato administrativo.”*

No tocante aos procedimentos, as atividades de fomento, por meio de parcerias aos projetos de entidades sociais, pode ocorrer, em regra, de duas maneiras: (i) demanda espontânea da entidade privada sem fins lucrativos, que apresenta por livre iniciativa um projeto ao órgão para execução de determinado projeto social; (ii) demanda induzida pelos órgãos públicos, em que estes escolhem os projetos que se adequem às suas necessidades.

³² José dos Santos Carvalho Filho (2009) apresenta os seguintes conceitos para os princípios:
 Legalidade – significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.
 Impessoalidade – objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.
 Moralidade – impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.
 Publicidade – indica que os atos da administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos.
 Eficiência – o núcleo do princípio é a procura por produtividade e economicidade, o que impõe a execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Para Maria Sylvania Di Pietro (*apud* ROCHA, 2006, p.30), nominado princípio “impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado administrar.
 Supremacia do interesse público – proclama a superioridade do interesse coletivo. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.
 Indisponibilidade – o interesse público não pertence à Administração, nem a seus agentes, cabendo-lhes apenas geri-los. Assim, a Administração não tem a livre disposição dos interesses públicos, porque atua em nome de terceiros.

Independentemente da forma como serão selecionados os projeto, o órgão público deverá celebrar com a entidade selecionada instrumento jurídico que dê validade a atividade de fomento. Assim, o ordenamento jurídico vigente contempla importantes instrumentos para formação de parcerias para o fomento de atividades de interesse público: convênio administrativo, termo de parceria e contrato de gestão. Inobstante a semelhança entre esses institutos, cada um possui suas características e regime jurídico próprio.

2.4.Convênio Administrativo

O convênio administrativo caracterizara-se como uma das formas mais tradicionais de participação da sociedade civil na execução de atividades públicas até as Leis que instituíram o Contrato de Gestão³³ e o Termo de Parceria³⁴.

Nas palavras da renomada profa. Maria Sylvia Z. Di Pietro (2008, p.229), “*convênio é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas.*”

Trata-se, portanto, de instrumento jurídico que visa a formalizar a colaboração, cooperação, parceria entre dois entes. Acerca das características do convênio, Violin (2010, p.234) apresenta que no convênio não há partes, mas partícipes com as mesmas pretensões; não havendo preço ou remuneração, mas apenas mútua cooperação; qualquer partícipe pode se retirar quando desejar, sem penalidades e não há sanções pela inadimplência.

³³ Lei Federal nº 9.637/98.

³⁴ Lei Federal nº 9.790/99.

Os convênios estão disciplinados na Lei nº 8.666/93, em seu art.116. No plano infralegal, o convênio está atualmente regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 6.170/07³⁵ e pela Portaria Interministerial nº 127/08³⁶.

Justino de Oliveira (2008, p.269) leciona que o convênio pode ser classificado como um acordo administrativo **organizatório**, cuja função precípua é a de promover a descentralização de atividades de um ente administrativo para outro ente da mesma esfera federativa ou de esfera distinta, ou, ainda, como um acordo **colaborativo**, que muito se aproxima do contrato de gestão, que é utilizado para formação de vínculos de colaboração com entidades privadas.

Nesse sentido, o contrato de gestão com OS, de natureza colaborativa, diferente do convênio, é celebrado exclusivamente entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos detentoras de qualificação prévia.

Por seu turno, o contrato de gestão constitucional, de natureza organizatória, somente pode ser formalizado entre entes integrantes da mesma esfera, e não tem a tarefa de promover a descentralização de atividades, mas promover a ampliação das autonomias gerencial e financeira do órgão ou entidade.

Alerta ainda o professor (OLIVEIRA, 2008, p.270) que as relações formalizadas pela via do convênio são dotadas de relativa instabilidade e em regra não geram efeitos vinculantes para as partes, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora³⁷. Por outro lado, os contratos de

³⁵ BRASIL. *Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007*. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasses. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

³⁶ BRASIL. *Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008*. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170/07. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

³⁷. Art.12 do Decreto nº 6.170/07.

gestão firmados com entidades privadas não lucrativas instituem relações dotadas de maior estabilidade, uma vez que não alcançar os resultados pactuados pode acarretar a desqualificação da organização social³⁸.

Quanto ao controle, há uma identidade entre os institutos do convênio e do contrato de gestão no tocante à vinculação dos recursos repassados, visto que estão adstritos ao objeto do ajuste durante toda a execução, devendo o beneficiário demonstrar que o montante recebido está sendo aplicado nos objetivos estipulados. Assim, tanto no convênio, quanto no contrato de gestão, deve a entidade prestar contas da regular utilização do recurso público.

Por sua vez, os controles quantos aos resultados são, em regra, aferidos de forma distintas. No convênio, o relatório de execução físico-financeira apresentado pela entidade representa “uma forma de se conhecer o trabalho desenvolvido e não necessariamente uma ferramenta adequada para avaliação”. Assim, os convênios têm ênfase na avaliação contínua voltada para a forma de aplicação dos recursos mediante indicadores físicos (SALINAS, 2008, p.156).

De modo diferente, o controle do contrato de gestão visa avaliar o desempenho da entidade com base em indicadores de resultados, com papel adicional de geração de aprendizagem, a qual deverá contribuir para a melhoria de projetos. Salinas reforça que “obviamente, as informações contidas no relatório de atividades [dos convênios] podem contribuir para o processo de avaliação, mas normalmente não são suficientes para que se possa aferir a eficácia, eficiência e efetividade dos projetos.” (SALINAS, 2008, p.156)

³⁸ Art.16 da Lei federal nº 9.637/98.

2.5. Termo de Parceria

Os termos de parceria, regidos pela Lei nº 9.790/99, juntamente com os contratos de gestão com organizações sociais, são novos formatos jurídicos criados no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo e destinam-se à formação de vínculo de cooperação entre o Estado e entidades do Terceiro Setor qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, possibilitando o fomento e a disponibilização de recursos públicos com vista à execução de atividades de interesse público.

Justino de Oliveira (2008, p.278) defende que tanto os termos de parcerias quanto os contratos de gestão firmados com organizações sociais, disciplinados pela Lei nº 9.637/98, têm a mesma natureza jurídica, qual seja, acordos administrativos colaborativos, que visam disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e particulares, estando presente a atividade de fomento.

Assim, as distinções entre o contrato de gestão e o termo de parceria decorrem muito mais do regime jurídico dessas qualificações e da especificidades de algumas exigências legais, do que da natureza jurídica.

Quanto às diferenças entre termo de parceria e contrato de gestão, na OSCIP não há previsão de cessão de servidores públicos e a legislação traz uma inovação no regime ao incentivar a realização de processo seletivo, por meio de concurso de projetos. Desse modo, inobstante o caráter facultativo do procedimento reconhecido pela doutrina³⁹, aumenta a responsabilidade do administrador público em evidenciar a transparência do processo de escolha da entidade parceira.

³⁹ Nesse sentido, Justino de Oliveira, Fernando Mânica, Valéria Rezende (*apud* VIOLIN, 2010, p.264).

3. Contrato de gestão entre o Poder Público e Organizações Sociais

3.1. Inadequação da nomenclatura

A expressão contrato de gestão é tida por inadequada por ser utilizada em nosso sistema jurídico para rotular instrumentos totalmente diferentes:

(i) contrato de gestão entre entes da Administração Pública; (ii) contrato de gestão entre o Poder Público e organizações sociais (FERRARI, 2007, p.70).

Por essa razão, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal⁴⁰, propõe alteração das nomenclaturas acima, como forma de evitar ambiguidades e incompreensões. Nesse sentido, o contrato de gestão entre entes da Administração Pública passaria a receber a designação de **contrato de autonomia**, cuja definição consta do Anteprojeto, nos seguintes termos:

O contrato de autonomia é o **acordo celebrado entre a entidade ou órgão supervisor e a entidade ou órgão supervisionado**, por seus administradores, **para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado**, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidade ou autonomias especiais. (MODESTO, 2009, p.162). (Grifamos)

Sobre a proposta, Paulo Modesto (2009, p.161) comenta:

A designação de contrato de autonomia é pertinente e adequada, pois nos termos do art.37, §8º, da Constituição Federal, o vínculo a ser estabelecido deve apresentar natureza voluntária e consensual, sendo útil para ampliar a autonomia de órgãos e entidades administrativas, sem possuir conotação sancionadora ou restritiva.

Para os vínculos entre o Poder Público e as entidades de direito privado sem fins lucrativos, o Anteprojeto também apresenta nova denominação. Tais ajustes passariam a ser identificados como **contrato de colaboração**, com definição nos seguintes termos:

⁴⁰ Anteprojeto de Lei que estabelece normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração, apresentado em julho/2009 ao Governo Federal (MODESTO, 2009).

Art.73 [...] São entidades de colaboração as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público.

[...]

§3º O vínculo da entidade estatal com as entidades referidas no *caput* será estabelecido exclusivamente por **contrato público de colaboração**, inclusive nas modalidades de contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou outra prevista em lei específica. (MODESTO, 2009, p.164). (grifamos).

Di Pietro (2009, p.235/240), ao comentar as proposta do Anteprojeto de Lei, deixa exarado que a pretendida legislação não cria novas figuras de colaboração, mas apenas submete às suas normas todas as entidades que, desempenhando atividade de relevância pública, mantenham vínculo de colaboração com o Poder Público, por meio dos chamados contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou qualquer outro tipo de ajuste.

As propostas contidas no Anteprojeto só vêm reforçar a inadequação dos atuais termos, bem como a política de gestão das atividades de relevância pública por intermédio de entidades privadas sem fins lucrativo, ganhando novo regramento normativo com vistas a corrigir as distorções existentes.

Para evitar incompreensões, importante conhecer algumas características do contrato de gestão entre entes da Administração Pública, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98⁴¹.

Justino de Oliveira (2008, p.185) esclarece que o contrato de gestão constitucional é instrumento originário da administração por objetivos⁴², por meio do

⁴¹ Art.37 [...]

§8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

qual são ampliadas a autonomia gerencial, mediante a estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados. Nesse sentido, o instituto em tela deve ser entendido como toda relação negociada dentro do Poder Público, cujas partes são, de um lado, a pessoa jurídica de direito público interno, na pessoa do Ministro de Estado, e de outro, os administradores dos órgãos e entidades administrativas. Por isso, a doutrina apresenta críticas, visto que “os partícipes da avença não podem sequer ser considerados partes distintas e autônomas. São sujeitos integrantes da mesma órbita jurídica.” (JUSTEN FILHO, 2010, p.681).

Di Pietro (2008, p.260) argumentar que esses contratos correspondem, na realidade, a termos de compromissos assumidos pelos dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas.

Inobstante as críticas de alguns doutrinadores, Oliveira (2008, p.196) afirma que cabe elogios às escassas iniciativas na área⁴³, visto que evidencia as responsabilidades, além de ampliar a transparência administrativa.

De outro lado, a doutrina apresenta forte crítica ao modelo por permitir ampliar a autonomia fundada em avença de natureza contratual. Para Justen Filho (2010, p.680) “nenhuma ampliação de competência poderá fundar-se em avença de natureza contratual, infralegislativa. Incumbirá à lei determinar, nos limites da Constituição, a autonomia assegurada aos órgãos integrantes da administração indireta.”

⁴² Focada na identificação e priorização das necessidades; na definição de objetivos a serem alcançados; na elaboração de plano estratégico para alcance dos objetivos; no desenho de um sistema de acompanhamento e avaliação de resultados (OLIVEIRA, 2008, p.184).

⁴³ V.g. Contrato de Gestão entre Ministério da Saúde e ANVISA – Metas 2010 – Fiscalizar 40% das fábricas de agrotóxicos no país. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 05 nov 2010.

Destaca-se, no entanto, que nominado dispositivo constitucional remete à lei a disciplina dos aspectos ali referidos, estabelecendo, por exemplo, os efeitos jurídicos que podem emanar desse acordo organizatório.

3.2.Natureza jurídica

Sílvio Luís F. Rocha (2006, p.142) apresenta o contrato de gestão como um instrumento de fomento de atividades de interesse coletivo que viabiliza o recebimento, pela Organização Social, de recursos orçamentários, bens e servidores.

O objeto do contrato de gestão versa sobre uma categoria específica de atividades⁴⁴. Justen Filho (2010, p.296) assevera que um particular poderia desenvolver essas atividades sem qualquer vínculo com o Estado. O modelo da organização social visa a incentivar esse tipo de atuação e a fornecer apoio estatal.

Assim, instituído no bojo da reforma do aparelho do Estado, o contrato de gestão tem o objetivo de ampliar a prestação de serviços públicos, mediante a publicização dos serviços não exclusivos do Estado, ou seja, pela transferência de algumas atividades de interesse público para o setor público não estatal, por meio de organizações sociais.

Para tanto, apresenta as seguintes características: natureza de cooperação; execução de atividades de interesse público; área de atuação definida em lei; não pode envolver atividades econômicas, com o intuito de lucro; a entidade

⁴⁴ Ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde, conforme art.1º da Lei nº 9.637/98.

atua em nome próprio, sob o regime de direito privado, mas deve observar os princípios que regem a Administração Pública; o conteúdo deve especificar programa de trabalho, com metas a serem atingidas e metodologia de avaliação objetiva de desempenho; a execução do acordo será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área fomentada; o controle é de resultados e de legalidade; o fomento pelo Poder Público abrange destinação de recursos financeiros, de bens públicos e cessão especial de servidor público; e o valor do repasse deve contemplar o custo efetivo para atendimento das demandas e cumprimento das metas.

Identifica-se que o contrato de gestão possui características próprias, impossibilitando-o que seja classificado como convênio, tampouco como contrato administrativo, razão pela qual há divergências quanto à natureza jurídica.

Carvalho Filho (2009, p.339) comenta que, a despeito da denominação adotada, se trata de “verdadeiro convênio, pois embora sejam pactos bilaterais, mas não há contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns.”

Posição divergente é ofertada por Marçal Justen Filho (2010, p.296):

É problemático definir, examinando a questão em tese, a natureza jurídica de um contrato de gestão. Até se poderia reconhecer figura similar ao convênio. É que as partes, no contrato de gestão, não têm interesses contrapostos. Não se trata de submeter parcialmente o interesse próprio a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. **Trata-se, muito mais, de contratos organizacionais ou associativos**, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns. (grifamos)

Tarso Cabral Violin (2010, p.256) representa outra corrente, argumentando que se trata de contrato administrativo, e não convênios, “pois neles

há interesses contraditórios, onde a Administração pretende que determinado serviço seja realizado e pagará para que as organizações sociais o realize.”

A despeito da divergência doutrinária, defende-se que não há propriamente um contrato nesse tipo de ajuste, pois não há entre as partes a contraposição de interesses, mas uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Assim, seguindo a tese de Justen Filho, o contrato de gestão representa um instrumento de caráter colaborativo entre o Poder Público e as organizações sociais, aproximando-se dos convênios, no entanto, possuem regimes diferentes entre si, visto que são regulados por institutos próprios.

3.3. Contratação da organização social: licitação x dispensa

A celebração de contrato de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais, nos moldes previstos na Lei nº 9.637/98, é dispensável de licitação, com fundamento no art.24, II, da Lei nº 8.666/93⁴⁵.

A despeito da permissão legal, o exame da contratação direta na espécie é objeto de controvérsia. Doutrinadores⁴⁶ reprovam a dispensa de licitação para tais hipóteses, por violar os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade, sendo imperioso que o Estado divulgue sua intenção de promover contrato de gestão, não cabendo contratações ocultas.

De outro lado, Carvalho Filho (2009, p.245) defende a dispensa de licitação, justificando o autor:

⁴⁵ Art.24. É dispensável a licitação: [...] XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

⁴⁶ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.235) e Justen Filho (2004, p.266).

Quanto ao contrato de gestão em si, a dispensa de licitação decorre do próprio sistema implantado na lei reguladora e espelha corolário natural desse tipo de negócio jurídico: a uma, porque se cuida de ajuste de caráter social e, a duas, **porque retrata regime de parceria, incompatível com o processo de licitação. Assim, a Administração é livre para escolher a organização social com a qual celebrará o contrato.** (grifamos)

No âmbito do Poder Judiciário não há posição pacificada. O Superior Tribunal de Justiça – STJ já se manifestou favoravelmente ao procedimento de dispensa de licitação para contratação de organização social⁴⁷. Por sua vez, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT há julgados no sentido de que a licitação é procedimento cogente⁴⁸.

Não obstante a discussão sobre o tema, a contratação de organização social com fundamento na dispensa de licitação encontra respeitáveis fundamentos doutrinário e jurisprudencial, razão pela qual tem sido reconhecida pelos Tribunais. Nesse sentido, em recente julgado, o TJDFT, ao apreciar Ação Direta de Inconstitucional em face da lei distrital nº 4.081/08, que regulamenta as organizações sociais e os contratos de gestão no âmbito do Distrito Federal, reconheceu que a dispensa de licitação aplica-se ao contrato de gestão⁴⁹.

⁴⁷ ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990. 2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, **dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais**, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. [...] (Recurso Especial nº 952.899–DF, Rel. Min. José Delgado, julgamento em 03/06/08). Grifamos. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 15 fev 2011.

⁴⁸ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO. COBRANÇA DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE.[...]

2 – Resta clara a ilegalidade do contrato de gestão firmado entre o Instituto Candango de Solidariedade e a extinta Fundação Hospitalar do Distrito Federal, **eis que desrespeitada a obrigatoriedade de licitação.**

(Apelação Cível 2000.01.1.044923-2, Rel. Des. VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, julgamento em 26/08/2002). Grifamos. Disponível em www.tjdft.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 15 fev 2011.

⁴⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS DISTRITAIS NºS 4.081/08, 4.249/08 E LEGISLAÇÃO REVOGADA – QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – CONTRATOS DE GESTÃO [...] V – Da leitura do artigo 24, inciso XXIV, da Lei federal Inº 8.666/93, extrai-se que a dispensa de licitação aplica-se à celebração do contrato de gestão, [...] (ADI nº 2009.00.2.012305-3, Rel. Des. Desembargador Lecir Manoel da Luz, Julgamento 19/10/2010). Disponível em www.tjdft.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 05 mar 2011.

Merece destaque a discussão acerca das contratações realizadas pelas organizações sociais com dinheiro público, pois a Lei nº 9.637/98, art.17, não estabelece regras sobre a utilização dos recursos, determinando apenas que a organização apresente regulamento para contratação de bens e serviços.

No âmbito infralegal, o Decreto federal nº 6.170/07, art.11, estabelece que a contratação de bens e serviços por entidades privadas com recursos da União deve ser precedidos de cotação de preços. Nessa linha, Zolet (2010, p.12) defende que as organizações sociais não podem gerir os recursos a seu livre arbítrio, fazendo-se imperiosa a observância do prévio processo licitatório.

Carvalho Filho (2009, p.245) defende linha oposta, ao afirmar que o Estado ao se vincular à organização social para fins não econômicos, não haveria que licitar entre terceiros os serviços decorrentes do contrato, visto que tais serviços são justamente aqueles para os quais a organização social é direcionada. Tal posição foi acolhida pelo TJDF, ao julgar a ADI em face da Lei distrital nº 4.081/08, exarando o entendimento de não ser cabível a realização de licitação, por entender que o modelo dispõe de pesados mecanismos de cobrança de resultados⁵⁰.

Ante o exposto, tem-se que a ausência de obrigatoriedade de procedimento licitatório pelos entes privados é questão que se inicia a consolidar, em que pese a forte divergência doutrinária.

⁵⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS DISTRITAIS NºS 4.081/08, 4.249/08 E LEGISLAÇÃO REVOGADA – QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – CONTRATOS DE GESTÃO [...]

VI - Estando a organização social totalmente voltada para a execução do objeto do contrato, qual seja, prestar serviço de utilidade pública, com pesados mecanismos de cobrança de resultado e sob estreita vigilância da entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, do Tribunal de Contas e do Ministério Público (seção IV), **descabida é a exigência de licitação no desenvolvimento regular de suas atividades**, [...] (ADI nº 2009.00.2.012305-3, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, Julgamento 19/10/2010). Grifamos. Disponível em www.tjdft.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 05 mar 2011.

4.O controle de recursos públicos transferidos ao Terceiro Setor

4.1.Abrangência do controle na Administração Pública

O controle da Administração Pública pode ser definido como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.” (CARVALHO FILHO, 2009, p.893).

Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p.352) alerta que nos casos de controle de atividades antes desempenhadas diretamente pelo Estado deve surgir, concomitantemente, um Estado regulador, com força coercitiva direcionada à plena consecução dos objetivos ora deferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, impondo, portanto, o reforço dos mecanismos de controle existentes. A Professora propõe a rediscussão do tema controle em face dos novos modelos criados, ressaltando, ainda, a quase inexistência de estudos na literatura nacional sobre a eficácia dos controles, sob o prisma jurídico, e, também, sobre a eficácia da atuação das entidades do Terceiro Setor, no exercício de atividades de interesse público.

O controle constitui um dos princípios da Administração Pública, conforme previsão no Decreto-Lei nº 200/67⁵¹, art.6º⁵². Nessa ótica, muito embora as organizações sociais não se enquadrem na categoria de entes da Administração Pública indireta, as discussões sobre controle e avaliação das entidades parceiras se justificam por envolver transferência de recursos públicos para consecução de

⁵¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 fev 2011.

⁵² Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I.Planejamento; II.Coordenação; III.Descentralização; IV.Delegação de Competência;V.Controle.

atividades de interesse público. Ademais, não se pode olvidar que, nos termos do parágrafo único do art.70⁵³ da Constituição Federal, todo aquele que gerir recursos públicos está obrigado a prestar contas ao Poder Público.

Sob o prisma jurídico, o controle em face do Terceiro Setor pode ser vislumbrado sob as seguintes perspectivas: (i) controle interno; (ii) controle jurisdicional; (iii) controle parlamentar; (iv) controle pelos Tribunais de Contas; (v) controle pelo Ministério Público; (vi) controle social. (DIAS, 2008, p.364).

O controle interno consiste no dever imposto ao próprio Poder Público de “promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto.” (JUSTEN FILHO, 2010, p.1103).

Pode-se dizer, em síntese, que se trata do controle administrativo, que é exercido pelos órgãos da Administração Pública sobre suas próprias atividades, estando os limites da autotutela previstos na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal⁵⁴. Trata-se de um poder-dever da administração, preservando a legalidade e a oportunidade dos atos de gestão.

Como decorrência do exercício da atividade de controle interno, a Lei nº 9.637/98, art.8º, estabelece que o contrato de gestão será fiscalizado pelo

⁵³ Art.70. [...] Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

⁵⁴ Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473). Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 nov 2010.

órgão da área de atuação, razão pela qual Dias (2008, p.371) alerta para a necessidade de a Administração Pública traçar as orientações e diretrizes no exercício da fiscalização, com vistas a garantir maior efetividade.

O controle jurisdicional sobre a Administração Pública, com fundamento no art.5º, inciso XXXV⁵⁵, da Constituição, caracteriza-se como controle externo à atividade administrativa, em regra *a posteriori* (ressalvadas medidas acautelatórias), repressivo e corretivo.

Dias ressalta que pouco se discutiu sobre as entidades do Terceiro Setor no Poder Judiciário. No estudo da jurisprudência divulgado pela autora, foram coletadas 105 decisões judiciais prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Minas Gerais envolvendo o Terceiro Setor. O levantamento dos dados permitiu a autora concluir que aproximadamente 70% das decisões dizem respeito à matéria tributária, envolvendo discussões sobre o gozo das imunidades e isenções de tributos (DIAS, 2008, p.380).

O controle parlamentar direto, exercido no âmbito federal pelo Congresso Nacional, possui mecanismos políticos próprios para o controle da Administração Pública⁵⁶, destacando-se, dentre a atuação de controle do Terceiro Setor, a instauração de duas Comissões Parlamentares de Inquérito, nos anos de 2001 e 2006, para apurar denúncias veiculadas pela imprensa a respeito da atuação irregular de Organizações Não-Governamentais em território nacional. A par da

⁵⁵ Art.5º, XXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵⁶ Dias (2008, p.385) cita como exemplos de mecanismos de controle parlamentar previstos na Constituição brasileira: comissão parlamentar de inquérito (art.58, §3º), convocação para comparecimento (art.50, CF), pedidos escritos de informações (art.50, §2º, e 58, §2º, III, CF), sustação de atos normativos do Poder Executivo (art.49, V, CF), processo de impeachment por crime de responsabilidade contra vários agentes públicos (art.52, I e II, e 86, CF).

importância política deste controle, Gustavo Binenbojm (*apud* DIAS, 2008, p.386) ressalva que “de fato, por uma série de razões de ordem prática ou política, o controle do legislativo tem se mostrado pouco efetivo.”

No tocante ao controle exercido pelos Tribunais de Contas destaca-se o julgamento das contas anuais das organizações sociais que administre recursos públicos⁵⁷. Além da nobre missão constitucional, Dias (2008, p.391) destaca as melhorias enfrentadas pela Instituição no sentido de buscar novas metodologias para aferir os resultados da gestão, não se restringindo ao controle da legalidade, meramente formal, da Administração Pública.

A competência do Ministério Público para fiscalizar entidades do Terceiro Setor está inserida na atribuição genérica de proteção ao patrimônio público, prevista no art.129⁵⁸ da Constituição Federal. Para tanto, poderá instaurar inquérito civil público para apurar irregularidades na aplicação de recursos públicos por entidades sem fins lucrativos, e propor ação civil pública, sequestro de bens. Destaca-se, ainda, o disposto no art.66 do Código Civil Brasileiro a competência para velar pelas fundações, entidade enquadrada no conceito de Terceiro Setor.

No tocante ao controle social, o processo de democratização do País é fator de incremento da vigília popular sobre o desempenho das atividades de interesse público. O controle exercido pela sociedade civil (cidadãos, imprensa, associações, partidos políticos) escora-se em diversos mecanismos difusos de

⁵⁷ O Tribunal de Contas de União, por meio da Decisão nº 592/1998, decidiu que as atividades das organizações sociais dizem respeito à descentralização de serviços públicos não exclusivos do Estado, portanto, estariam submetidas ao controle direto do TCU, por meio do julgamento das contas anuais dos gestores dos recursos.

⁵⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

participação, dentre eles, audiência pública, conselhos de políticas públicas, orçamento participativo, denúncia, projeto de lei de iniciativa popular.

É inegável o benefício do controle social. Nesse sentido as ponderações de Marçal Justen Filho (*apud* DIAS, 2008, p.405), ao afirmar que nenhum mecanismo jurídico formal pode substituir a participação popular como instrumento de controle de poder, sendo que quanto menos eficiente os controles sociais, mais relevante se torna o controle jurídico formal.

No tocante ao Terceiro Setor, a participação popular nos conselhos⁵⁹ de políticas públicas, de composição paritária, mostra-se importante para o controle, por atuar na formulação e escolha da política pública. Nesse segmento social, o grande desafio a ser superado diz respeito aos interesses político-partidários e ao estímulo de construção de uma prática democrática. Dias (2008, p.409) ressalta que “[...] sem contribuição para o debate das políticas públicas e sem exercício de papel fiscalizador, esses conselhos vão de encontro às demandas da população.”

Paulo César Andrade (*apud* DIAS, 2008, p.410) entende que a otimização da fiscalização das entidades do Terceiro Setor passa necessariamente pela inclusão da sociedade nesse processo, em especial, mediante esclarecimentos do papel e relevância do Terceiro Setor e pelo estabelecimento de mecanismo próprio de fiscalização que permita certificar o atendimento a princípios éticos e criar um sistema de classificação, aplicável à credibilidade organizacional das entidades.

Outro importante elemento do controle social é a atuação em rede pelas entidades do Terceiro Setor, passando a influir na esfera pública, mediante

⁵⁹ No Distrito Federal ver www.saude.df.gov.br/conselhodesaude.

controle das ações e indicação de novos rumos entre as relações Estado e Terceiro Setor. Como exemplo, tem-se a ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais, a RITS – Rede de Informações para o Terceiro Setor, e o GIFE – Grupo de Institutos, Fundações e Empresas.

4.2. Controle do Contrato de Gestão: legalidade ou resultados?

O sucesso da parceria entre o Poder Público e o Terceiro Setor depende da eficácia da fiscalização. Carvalho Filho (2009, p.341) alerta:

A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas. Não obstante, **entendemos que o sucesso do empreendimento depende** de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, **o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo**, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo. (grifamos)

Nesse sentido, qual o modelo de controle adotado sobre as organizações sociais: controle de resultados ou de legalidade?

Vanice Valle (2008, p.57) assevera que o marco legal das organizações sociais adotou o controle por resultados, o qual estabelece as obrigações entre parceiros públicos e privados em metas a serem cumpridas.

Defende a professora que o controle por resultados é apresentado como uma alternativa ao modelo weberiano [burocrático], no qual o controle é orientado para os meios e não para os fins, assegurando por si só um ganho de eficiência, harmônico com os ideais de Reforma do Estado e com o princípio consagrado na Emenda Constitucional nº 19. Com esse entendimento, a autora

resgata a visão estratégica do então Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE no sentido de que “o Estado não deixará de controlar a aplicação dos recursos que estará transferindo a essas instituições, mas o fará por meio de um instrumento inovador e mais eficaz: o controle por resultados, estabelecidos em contrato de gestão” (VALLE, 2008, p.57).

No entanto, lembra a professora que a opção legislativa em adotar tal modelo de controle, de natureza gerencial, em detrimento ao controle por processo, usualmente adotado na Administração Pública burocrática, é objeto de críticas, a exemplo das formuladas por VIOLIN (*apud* VALLE, 2008, p.58), no sentido de que “o modelo de burocracia weberiano ainda se apresenta como o mais apto a assegurar uma ação racional, impessoal e previsível do Estado, protegendo-o do patrimonialismo e fisiologismo, ameaças permanente no cenário nacional”.

Acompanhando à crítica acima, Di Pietro (2008, p.260) defende que a atividade da Administração Pública não pode ser avaliada tão somente em razão dos resultados alcançados. O regime jurídico administrativo brasileiro, cujas bases estão fixadas na Constituição Federal, exige a conciliação do princípio da eficiência com os demais princípios que fazem parte do sistema.

Gustavo Justino de Oliveira conclui que (2008, p.183) “no sistema administrativo brasileiro, controle de legalidade e controle de eficiência devem coexistir, e jamais excluírem-se mutuamente”. Daí, o autor defende a “existência de um controle de gestão da Administração Pública brasileira, o qual necessariamente engloba controle de legalidade e controle de resultados⁶⁰.”

⁶⁰ Controle de gestão: objetivos, meios (recursos e métodos), resultados (OLIVEIRA, 2008, p.183)

Nesse contexto, resta evidente que prestigiar a eficiência e o controle de resultados significa dar cumprimento aos ditames constitucionais insculpidos no art.37, *caput*⁶¹, e no art.74, II⁶², no entanto, não justifica a não observância a outros comandos previstos na Constituição Federal, mormente, aqueles referentes ao princípio da legalidade.

4.3.Instrumentos normativos de controle do contrato de gestão com organizações sociais

Os mecanismos de controle do contrato de gestão devem observar, em primeiro plano, os mandamentos constitucionais⁶³ e a legislação esparsa, tal como Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Diretrizes Orçamentárias. Os controles específicos previstos na Lei 9.637/98 são objeto do presente estudo.

Observa-se que o repasse de recursos públicos a entidades do Terceiro Setor obedece a um ciclo de fases bem demarcadas. Assim, em harmonia com a metodologia aplicada por Salinas (2008, p.109), para fins de avaliação dos instrumentos legislativos que versam sobre o controle de recursos públicos, interessa três momentos nos quais a Administração Pública e as organizações

⁶¹ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:[...] (grifamos)

⁶² Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]

II - comprovar a legalidade e **avaliar os resultados**, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (grifamos)

⁶³ V.g. art.167, II, CF, que trata do orçamento público, pelo qual é vedado a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

sociais devem observar uma série de padrões de comportamento, sob pena de responsabilização por prejuízo aos cofres públicos.

O primeiro momento, denominado de controle prévio (*ex-ante*), coincide com a fase de qualificação da entidade sem fins lucrativos, com a elaboração do projeto básico para realização da parceria e, ainda, com a seleção da entidade e celebração do contrato de gestão, no qual a entidade submete seu plano de trabalho para ser apreciado pelo Poder Público.

O segundo estágio, denominado de controle concomitante, é destinado ao acompanhamento propriamente dito da execução do contrato de gestão, com o fito avaliar o alcance dos resultados previamente acordado e o cumprimento das obrigações estabelecidas no ajuste. A terceira e última fase corresponde ao controle *a posteriori*, no qual as entidades parceiras deverão prestar contas do uso dos recursos recebidos, bem como dos resultados alcançados.

4.3.1. Instrumentos de controle prévio

4.3.1.1. Qualificação da Organização Social

A Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, em seu art.27⁶⁴, estabelece como requisitos para contratação a comprovação da regularidade jurídica e fiscal e da satisfatória situação econômico-financeira e da experiência técnica.

⁶⁴ Art.27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I – habilitação jurídica; II – qualificação técnica; III – qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art.7º da Constituição Federal.

No contrato de gestão não é diferente. A Lei nº 9.637/98, art.2º a 4º, estabeleceu requisitos que devem ser preenchidos pela pessoa jurídica de direito privado que pretenda obter do Poder Público a qualidade de organização social.

Quanto à regularidade jurídica e fiscal não há questionamentos relevantes. Por outro lado, no tocante à capacidade técnica e financeira da entidade, há fragilidade do controle nesta seara, visto que a certificação independe de prévia comprovação. Salinas (2008, p.153) menciona que esta escolha legislativa está de acordo com o exposto na exposição de motivos da legislação regente, na medida em que procurou solucionar o problema relativo à ênfase excessiva no controle *ex ante* em detrimento de critérios de avaliação de resultados.

Assim, para as entidades estarem aptas a pleitearem títulos de organização social, e posteriormente formalizarem contratos de gestão, não precisam demonstrar que possuem experiência técnica em projeto similar, mediante comprovação de desempenho de atividades anterior, sendo suficiente a anuência da área supervisora, quanto à conveniência e oportunidade da parceria.

Bandeira de Mello apresenta crítica ao comentar que a organização social, em que pese receber recursos públicos, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie, bastando a concordância do Ministro da área. Inversamente, o particular, para travar relação contratual singela como prestação de serviço, é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão (MELLO, 2009, p.238).

Quanto à comprovação da satisfatória situação econômico-financeira da entidade parceira, tem-se que tal requisito buscaria resguardar o patrimônio

público, evitando-se que entidades sem experiência, ou com saúde financeira incompatível, passem a administrar recursos públicos. No caso do contrato de gestão, os recursos são repassados às organizações sociais para fomento da atividade, ou seja, particular recebe o recurso e somente posteriormente presta contas. Caberia, portanto, exigir maior rigor na qualificação da entidade parceira.

Quanto à qualificação, não se pode olvidar que como todo e qualquer ato administrativo, a qualificação de uma entidade como organização social impescinde da devida motivação, a fim de que reste claramente demonstrado o interesse público que a fundamenta. Assim, o controle do exercício da competência discricionária merece atenção, para evitar que venha a se tornar uma fonte de desvio de poder. Nesse sentido, Rocha (2006, p.127) destaca que o “desvio de poder consiste no exercício da competência discricionária para fins distintos daqueles fixados pelo ordenamento jurídico”.

4.3.1.2.Elaboração de projeto básico

A Lei nº 9.637/98, em seu art.7º, dispõe que a formalização do contrato de gestão será precedida de estipulação de metas, de critérios objetivos de avaliação de desempenho e de programa de trabalho proposto pela organização social, devendo observar os princípios da Administração Pública.

Assim, antes da celebração de ajuste com uma organização social cabe ao Poder Público planejar a contratação, mediante a elaboração de projeto básico, inobstante não haver previsão na Lei nº 9.637/98⁶⁵.

O projeto básico trata do conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para identificar a necessidade do ente público, caracterizar de forma clara e sucinta a atividade a ser desenvolvida pelo ente parceiro e justificar a escolha do modelo proposto. Retrata, portanto, o planejamento levado a efeito pelo Estado para a realização da parceria.

A transferência de atividades de interesse público para a iniciativa privada é algo de grande complexidade, qualquer que seja sua a área de atuação, razão pela qual o projeto básico deve reproduzir todas as informações para que os interessados possam aferir a viabilidade do empreendimento, propiciando aos interessados a elaboração de seus programas de trabalho em circunstâncias reais.

O projeto básico deverá especificar de forma clara e precisa a área de atuação a ser desenvolvida pela entidade parceira⁶⁶, bem como justificar o processo de publicização, para posterior interpretação e controle dos atos da administração. Nesse sentido, ao decidir pela transferência de atividades via instituição de parcerias com a iniciativa privada, deve apontar a relevância e necessidade do serviço, contextualizando o cenário e o interesse público.

Nesse mesmo sentido, destaca-se que a contratualização com entidade do Terceiro Setor para execução de atividade de interesse público deve ser

⁶⁵ No âmbito do Governo do Distrito Federal o projeto básico é elemento obrigatório no processo de contratação, expressamente previsto na norma de regência (art.6º, §1º, da Lei DF nº 4.081/08).

⁶⁶ Limitado às áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde (Lei nº 9.637/98).

decisão solidamente fundamentada pelo gestor público, por isso, em respeito ao princípio da eficiência, deverá justificar a conveniência e oportunidade de realizar a parceria por meio de organizações sociais, em vez de fomentá-la diretamente por ação governamental, além de indicar os objetivos e benefícios esperados.

O valor total estimado do contrato de gestão deve ser previamente apreciado pela Administração Pública, para a tomada de decisão. Para tanto, levar-se-á em consideração o custo para execução das atividades, cujo montante deve ser compatível com os instrumentos de planejamento governamental⁶⁷.

Torna-se relevante a elaboração de estimativa de custo do projeto, para orientar posterior avaliação do programa de trabalho a ser apresentado pela organização social e do cronograma de desembolso dos recursos financeiros, o qual deverá observar o volume de atividades a serem realizadas no período. Evita-se, desta maneira, que a organização social disponha de recursos financeiros em excesso, e, por conseguinte, que sobrem recursos públicos sem utilização imediata.

4.3.1.3. Definição de metas e indicadores de avaliação de desempenho

A avaliação de desempenho é elemento diferenciador do modelo de contrato de gestão. Tem fundamento no modelo de Administração Pública gerencial, como meio de reduzir custos, aumentar a qualidade dos serviços prestados e garantir uma atuação voltada para resultados.

As metas devem expressar as ações que garantam o cumprimento do objeto, pois o resultado final da execução do contrato de gestão é o elemento que

⁶⁷ Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual.

define o cumprimento ou não do programa de governo para a respectiva área e, portanto, comprova ou não o acerto da decisão de o administrador público transferir tais atividades para o parceiro privado.

Assim, a legislação impõe que sejam estipuladas as metas operacionais a serem atingidas pelo ente privado e os respectivos prazos de execução. Tais metas devem ser indicativas de melhoria da eficiência e da qualidade do serviço, no tocante aos aspectos econômico e operacional.

Além das metas, impõe-se, também, o estabelecimento de critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade. Tais indicadores permitem a implementação de uma sistemática de acompanhamento dos resultados, mediante avaliação periódica de relatórios, níveis de cumprimento de metas, auditorias, que devem ensejar, se for o caso, providências gerenciais ou administrativas visando correções e adequações.

Cássia Alves (*apud* SALINAS, 2008, p.156) observa que “a avaliação de desempenho com base em indicadores de resultado têm como principal papel a geração de aprendizagem, a qual deverá contribuir para uma melhoria dos projetos existentes e o redirecionamento de ações futuras.”

Ao comparar a avaliação do contrato de gestão com os indicadores físicos previstos na legislação de convênios, Salinas (2008, p.155) constata:

O relatório de execução físico-financeiro normalmente apresentado pelas entidades ao prestarem contas em sede convênios representa uma forma de se conhecer o trabalho desenvolvido e não necessariamente uma ferramenta adequada para avaliação. Obviamente, as informações contidas no relatório de atividades podem contribuir para o processo de avaliação, mas normalmente não são suficientes para que se possa aferir a eficácia, eficiência e efetividade dos projetos.

No mesmo sentido, Cássia Alves (*apud* SALINAS, 2008, p.157), ao realizar pesquisa acerca da avaliação de desempenho e dos resultados obtidos pelas parcerias com organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, concluiu que “nos poucos termos de parcerias celebrados entre governo federal e OSCIP, a ênfase na avaliação continua voltada para a forma de aplicação de recursos e não para os resultados que decorrem desta.” Percebe-se, assim, que a cultura de resultados é algo ainda incipiente na gestão pública.

4.3.1.4. Seleção da entidade parceira

Não há compulsoriedade no ordenamento jurídico federal para realização de prévia licitação ou processo seletivo análogo com vistas à celebração de contrato de gestão com organização social. Por guardar semelhança com os convênios administrativos, Salinas (2008, p.111) afirma que os fundamentos doutrinários para o afastamento da licitação prévia “são aqueles normalmente utilizados para diferenciar os convênios dos contratos administrativos: mútua colaboração entre os partícipes, inexistência de lucro, preço, remuneração e/ou interesse patrimonial.”

A contratação direta da organização social, com fundamento no art.24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, é tratada no Capítulo 3.3.2 do presente estudo. Independentemente da discussão jurídica, é certo que a dispensa do certame licitatório aumenta a responsabilidade do gestor público em evidenciar a transparência do processo de escolha da organização social.

Por isso, boas práticas têm sido adotadas pelos Governo do Distrito Federal - GDF e do Estado de São Paulo em nome dos princípios da impessoalidade e publicidade. No âmbito do GDF⁶⁸, a legislação determina que o órgão público dê publicidade no sítio do Governo e no Diário Oficial acerca da decisão de firmar contrato de gestão. A orientação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é no mesmo sentido de conferir nitidez e transparência⁶⁹.

Em consequência da publicidade, entidades privadas poderão manifestar interesse em celebrar contrato de gestão. Em consequência, caberá ao órgão público selecionar a melhor alternativa, em respeito ao postulado da indisponibilidade do interesse público. Para tanto, poderá o projeto básico contemplar critérios de seleção dos programas de trabalhos apresentados, de modo a atender aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, pois não que se admitir distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas.

Ressalta-se, no entanto, que a definição desses critérios não é tarefa fácil, em razão da peculiaridade do objeto. Contudo, somente assim poderá o gestor demonstrar que não houve favorecimento à determinada entidade. Ademais, por se tratar de contratação realizada por dispensa de licitação, aplica-se o disposto no art.26, parágrafo único, da Lei de Licitações, no sentido de que o gestor deverá justificar, no momento da autorização da despesa, a escolha da entidade parceira⁷⁰.

⁶⁸ Art.6º, §2º, da Lei DF nº 4.081/08 c/c o art.40, VIII, da Lei nº 8.666/93.

⁶⁹ Divulgar publicamente a intenção de terceirizar o gerenciamento e/ou a execução das atividades; Convocar publicamente entidades interessadas, solicitando que apresentem propostas para a execução do objeto do futuro contrato; Realização sessão pública para a leitura das propostas apresentadas; Divulgar publicamente o resultado da seleção, justificando os fatores que foram considerados relevantes para a opção da escolha ao final do processo (São Paulo, 2007, p.89).

⁷⁰ Art.26. [...] Parágrafo único. **O processo de dispensa**, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, **será instruído**, no que couber, com os seguintes elementos: I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justique a dispensa, quando for o caso; II – **razão da**

4.3.2. Instrumentos de controle concomitante

4.3.2.1. Acompanhamento e avaliação do contrato de gestão

Pode-se afirmar que o sucesso das parcerias está diretamente vinculado à escolha da organização social, a regular e eficiente definição das obrigações do ente privado e, por fim, um bom modelo de controle e avaliação de desempenho, que permita acompanhar as entidades e avaliar os resultados e cumprimento de seus objetivos.

Nos termos da legislação de regência, o controle ordinário do contrato de gestão é exercido pelos órgão contratante, comissão de avaliação, sociedade, Tribunal de Contas, cabendo a essas instância ações específicas.

Responsabilidade do órgão público contratante: uma vez celebrado o contrato de gestão, a execução de seu objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, de forma a garantir a regularidade dos atos praticados e a plena execução do objeto⁷¹.

O gestor público é pessoalmente responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato de gestão. Para tanto, diante da atribuição especificada no art.9º da Lei nº 9.637/98, primeira parte⁷², e tendo por aplicação subsidiária⁷³ o contido no art.67 da Lei de Licitações e Contrato⁷⁴, cabe ao

escolha do fornecedor ou executante; III – justificativa do preço; IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (grifamos)

⁷¹ Art.8º da Lei nº 9.637/98.

⁷² Art.9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, [...]

⁷³ José Roberto Pimenta Oliveira (*apud* Rocha, 2006, p.147) opina pela aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, não obstante o silêncio da Lei nº 9.637/98. Defende, em essência, que não pode norma infraconstitucional retirar prerrogativas que são inerentes ao cumprimento da função pública.

gestor público a indicação de servidor(es) para exercer a função de executor do contrato, com o atribuição de fiscalizar permanentemente o cumprimento das cláusulas contratuais e atuar como representante da Administração, zelando pelo atingimento dos objetivos propostos pelos entes parceiros.

Ao apreciar instrumentos de controle, Salinas (2008, p.164) ressalta que a legislação não prevê diretrizes para o acompanhamento da execução do objeto do contrato de gestão, silenciando, por exemplo, quanto à obrigatoriedade do acompanhamento *in loco* do projeto para a liberação de recursos previstos no cronograma. Destaca a pesquisadora, ainda, que o procedimento de condicionar a liberação de recursos à verificação presencial tem sido apontado pelos órgãos de controle como importante meio de prevenir a malversação de recursos públicos.

No caso de convênios e termos de parceria federais, os atos e procedimentos de formalização, execução e fiscalização são registrados no SICONV⁷⁵, conforme estabelece a Portaria Interministerial nº 127/08. Lamentavelmente, mesmo em se tratando de instrumento com características similares ao convênio, não há previsão normativa para registro dos contratos de gestão no referido Sistema.

Responsabilidade da comissão de avaliação: caberá, ainda, ao Poder Público constituir comissão de avaliação, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, com o fito de analisar periodicamente os resultados atingidos pela entidade parceira, encaminhando à autoridade

⁷⁴ Art.67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

⁷⁵ Sistema de Convênios e Contratos de Repasse, regulamentado pelo Decreto nº 6.170/2007.

supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida⁷⁶. Para tanto, as organizações sociais devem encaminhar periodicamente, no período definido no ajuste, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados.

Aqui reside um dos pilares do controle desse novo modelo, cujo enfoque é permitir o acompanhamento periódico dos resultados obtidos pela parceria. Em razão do caráter abrangente do dispositivo legal, ressalta-se que para o êxito do controle, a atividade da comissão não deve se restringir à análise formal da documentação e à emissão de simples relatório conclusivo final, mas no efetivo monitoramento e avaliação dos resultados do contrato de gestão, que realmente representa o interesse da sociedade, certificando-se, por exemplo, da consistência dos números apontados pela entidade parceria.

Impõe destacar, ainda, que em razão do silêncio da norma, os relatórios conclusivos da comissão de avaliação não são divulgados no sítio da Administração Pública, como forma de estímulo ao controle social. A norma também é omissa quanto ao conteúdo e forma do relatório acima mencionado, fazendo que não haja padronização das informações encaminhadas pelas entidades privadas, dificultando a análise comparativa.

Nesse sentido, Salinas (2008, p.164) comenta que:

Verifica-se, na seara de acompanhamento e avaliação de ações e projetos desenvolvidos por termos de parceria, a inexistência de um detalhamento normativo para operacionalizar o controle concomitante. Essas lacunas normativas provocam insegurança no setor público, que tende a se pautar pelos critérios estabelecidos na legislação que disciplina os convênios.

⁷⁶ Art.8º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.637/98.

Responsabilidade da sociedade: o texto constitucional dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para denunciar irregularidades perante os Tribunais de Contas⁷⁷. A sociedade é usuária dos serviços prestados pelas entidades parceiras do Estado, por conseguinte, o controle social será tanto mais efetivo quanto maior for a atuação dos cidadãos, ao levar ao conhecimento do Poder Público as irregularidades cometidas pelas organizações sociais. No entanto, não se constata campanhas governamentais efetivas que permitam esse desiderato.

Responsabilidade do Tribunal de Contas: o repasse de recursos públicos a organizações sociais impõe que as entidades estejam sob a jurisdição dos Tribunais de Contas. Nesse sentido foi o voto do Relator Ministro Benjamin Zymler, acolhido pelo Plenário, ao apreciar a competência do TCU para julgar as contas de organizações sociais (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Decisão nº 592/98).

Domingues (2000, p.136) alerta, no entanto, que o exercício formal do controle sobre os contratos de gestão não é efetivo e suficiente para a avaliação qualitativa e quantitativa do desempenho das organizações sociais, o que ocorrerá por ocasião de realização de auditoria sobre a execução dos serviços. Por sua vez, Valéria Trezza (*apud* SALINAS, 2008, p.165), ao analisar a percepção de órgãos do setor público, verifica que o foco do controle ainda não está centrado nos resultados, mas em procedimentos:

“Parece-nos que tal situação é decorrente do fato dos gestores públicos não terem internalizado na gestão de projetos a prática de buscar eficiência de resultados, mas de ainda estarem presos apenas em seguir

⁷⁷ Constituição Federal. Art.74 [...] § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

os procedimentos para que não haja, futuramente, nenhum questionamento por parte dos órgãos fiscalizadores.” (grifamos)

Diante das responsabilidades dos atores acima, verifica-se que somente a fiscalização contínua e permanente do contrato de gestão irá contribuir para o alcance dos resultados almejados, evitando-se a ineficiência do contrato e irregularidades, visto que não há elementos que comprovem o pressuposto de que as entidades privadas alcançam maior eficiência em suas atividades, conforme preconizado no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.

4.3.2.2. Contratação de pessoal

As organizações sociais estão sujeitas à observância dos princípios da Administração Pública. Nesse sentido, a contratação dos recursos humanos a serem alocados no contrato de gestão celebrado com o Poder Público devem observar tais princípios, em especial o da impessoalidade e da publicidade.

Edimur Faria (2007, p.472) demonstra preocupação no acompanhamento do contrato de gestão ao ressaltar que as organizações sociais podem acabar servindo de meio para a Administração Pública fugir do concurso público e, em consequência, permitir a escolha pessoal e subjetiva nas contratações de pessoal.

Assim, para evitar desvio de finalidade, devem constar do contrato as normas gerais a serem observadas pela organização social na gestão de recursos humanos, em especial, no tocante à obrigatoriedade de processo seletivo para contratação de pessoal, de caráter impessoal, de modo a evitar que interesses eleitorais possam influenciar a escolha de profissionais.

Além da vigilância na contratação de recursos humanos, questão de relevo é o controle do recolhimento de obrigações trabalhistas e sociais pela entidade contratada.

O Governo do Distrito Federal, em razão de irregularidades no recolhimento de obrigações trabalhistas em contratos de gestão firmados com o Instituto Candango de Solidariedade, tem sido condenado pela a Justiça Trabalhista em inúmeros processos, sob o fundamento da responsabilidade subsidiária⁷⁸.

Em que pese a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de afastar a aplicação da Súmula 331 do TST⁷⁹, o julgado ainda não foi suficiente para pacificar o assunto, conforme defende Ivani Contini Bramante (2001, p.6), ao afirmar que “houve uma derrota meramente aparente da Súmula 331/TST. [...] Dorante, o Judiciário Trabalhista deve redirecionar a questão para a análise do caso concreto, para fixar a co-responsabilidade da Administração Pública.”

Nesse sentido, inobstante o silêncio da lei, cabe ao gestor público manter controle quanto ao recolhimento de obrigações trabalhistas e sociais. O acompanhamento do adimplemento dessas obrigações pela entidade parceira visa evitar a formação de passivo que venha a ser posteriormente assumido pelo Estado.

⁷⁸ [...] reconhecida a responsabilidade subsidiária do GDF na relação empregatícia ora em exame, resta inafastável, como consequência dessa declaração, o reconhecimento do vínculo empregatício do Reclamante com o ICS e a intermediação de mão de obra, ainda que fraudulenta. Pelo exposto, não havendo omissão ou contradição a ser sanada, REJEITO os embargos de declaração. ACORDAM os Ministros da Egrégia 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. (TST-RR-1717-97.2010.5.10.0000, Rel. Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Julgamento em 30/03/2011). Disponível em www.trt10.jus.br. Acesso em 01 abr 2011.

⁷⁹ Em sede da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-9, o STF julgou procedente o pedido do GDF no sentido de afastar o entendimento da Súmula 331 do TST e reconhecer a constitucionalidade do art.71, parágrafo único, da Lei de Licitações, que não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas na terceirização

4.3.3.Instrumentos de controle posterior

4.3.3.1.Prestação de contas do contrato de gestão

A prestação de contas tem por objetivo conferir publicidade e transparência dos recursos postos à disposição do ente privado e demonstrar a correta destinação dos recursos públicos e a regular execução físico-financeira do objeto do contrato de gestão.

A Lei nº 9.637/98 pouco estabeleceu acerca da obrigatoriedade de prestação de contas pela organização social, limitando-se a prever a apresentação de relatório da execução do contrato de gestão, contendo comparativo das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas.

Na ausência de normativo próprio, o órgão público repassador dos recursos utiliza por analogia as normas aplicadas aos termos de parcerias ou convênios⁸⁰, exigindo das organizações sociais, entre outros, extratos bancários, demonstrativo das receitas e despesas; relação dos bens adquiridos ou produzidos; relatório sobre a execução do objeto e atendimento aos indicadores de avaliação.

De qualquer forma, impõe ressaltar que o formalismo que impregna a legislação retrocitada conduz para que o controle posterior enfatize a análise sobre documentos e registros contábeis, fragilizando o controle.

Nesse cenário, a prestação de contas torna-se instrumento meramente formal, cuja credibilidade depende de acompanhamento *in loco* das atividades executadas pela organização social, de forma a comprovar a veracidade das informações e garantir efetividade no instrumento de controle dessas entidades.

⁸⁰ Lei nº 9.790/99 e Portaria Interministerial nº 127/08

5. Conclusão

O fortalecimento da sociedade civil e do Terceiro Setor e as ações de modernização da Administração Pública propiciaram a criação da figura jurídica das organizações sociais, com o objetivo de transferir para o setor público não estatal atividades não exclusivas do Estado, processo denominado de publicização.

As entidades privadas sem finalidade lucrativas, qualificadas como organizações sociais, passam a receber maior estímulo governamental, por intermédio de contratos de gestão, com implantação de mecanismos de controle de resultados, de modo a garantir maior eficiência no atendimento às necessidades dos cidadãos.

Nesse sentido, a organização social, entidade não integrante da Administração Pública, é submetida à regime jurídico que impõe a observância dos princípios da Administração Pública e possibilita o recebimento de verbas públicas, a utilização de bens públicos e a cessão de servidores públicos. Em razão dessas especificidades, a doutrina divide-se entre os que defendem a vinculação das organizações sociais ao regime de direito público ou ao de direito privado, regrado pelos princípios de direito público.

Dentre os instrumentos de parceria no âmbito da Administração Pública, a doutrina reconhece o contrato de gestão como um instrumento de fomento à iniciativa privada de interesse público, cuja natureza jurídica assemelha-se a um contrato colaborativo, com o intuito de satisfazer necessidades públicas e que sejam consideradas de interesse geral.

Forçoso reconhecer, no entanto, que independentemente das discussões acerca da natureza e do regime jurídico, o fato é que as organizações sociais estão previstas na legislação brasileira e a Administração Pública vem se valendo do instituto do contrato de gestão como instrumento para melhoria da execução de atividades de interesse público. Portanto, impõe-se avaliar os mecanismos de controle específicos sobre os recursos públicos repassados para as organizações sociais.

O fundamento do controle sobre os recursos públicos alocados às organizações sociais encontra-se na necessidade de assegurar que sua utilização se faça em observância ao regramento da espécie e nos níveis de eficiência previamente estabelecido, de modo a evitar desvios e má aplicação de recursos públicos, englobando, desse modo, o controle de legalidade e o controle de resultados.

As formas jurídicas de controle desses recursos apresentam-se em diversas perspectivas. O controle imposto à própria administração assume ponto de relevo por representar o princípio da autotutela, pelo qual compete à própria Administração velar pela legalidade e eficiência de seus próprios atos. No âmbito jurisdicional, pesquisa aponta a concentração de decisões judiciais envolvendo apenas imunidades e isenção em questões tributárias, revelando que ainda é cedo para avaliar a atuação do Poder Judiciário nessa matéria.

A perspectiva de controle social assume papel de relevo, visto que propiciaria um modelo de vigília permanente, em que qualquer desvio de finalidade venha a ser denunciado. Por outro lado, tem-se que a otimização do controle social

passa necessariamente pela mudança de cultura para inclusão, de fato, da sociedade nesse processo.

Os controles específicos previstos na Lei nº 9.637/98 estabelecem mecanismos ora formais, ora genéricos, não conferindo diretrizes seguras aos gestores para aferição da qualificação das entidades, da legalidade e do alcance dos resultados almejados.

Para qualificação da organização social não há exigências legais para avaliação da capacidade técnica e financeira da entidade privada. A aferição de experiência em atividade similar insere-se no âmbito do juízo discricionário do gestor público, enfraquecendo o controle prévio.

A legislação regente não faz referência à obrigatoriedade de elaboração de projeto básico para formalização de contrato de gestão, mostrando fragilidade no processo de planejamento da contratação, cujo sucesso dependerá de mecanismos internos de planejamento existentes na estrutura administrativa.

A exigência legal de definição de metas e indicadores de avaliação de desempenho é condição essencial para o êxito do novo modelo. Evidente, no entanto, que as metas estão intrinsecamente ligadas à natureza da atividade executada pela organização social. Assim, em razão de limitações de informações gerenciais no âmbito da Administração Pública, em especial no tocante ao custo das atividades, não há como estabelecer, previamente, diretrizes seguras nesse sentido.

Igualmente preocupante é a seleção da entidade parceira, pois não há imposição legal para a realização de processo público de seleção. Boas práticas

estão associadas à publicidade da intenção de firmar contratos de gestão, com indicação das áreas alcançadas.

A legislação não prevê diretrizes objetivas para o acompanhamento do contrato de gestão, silenciando, por exemplo, quanto à obrigatoriedade do acompanhamento *in loco* do projeto para a liberação de recursos. A atividade de comissão de avaliação não deve se restringir à análise formal da documentação, mas ao efetivo monitoramento e avaliação dos resultados do contrato de gestão.

A gestão de recursos humanos pela entidade parceira deve ser ponto de controle, em especial, no tocante à legalidade da forma de contratação, que deverá observar o princípio da impessoalidade na escolha dos profissionais, bem como no tocante à aferição do adimplemento das obrigações trabalhistas, de modo a evitar que passivos possam ser transferidos para o Poder Público.

Outro ponto omissos da legislação diz respeito à publicidade do resultado das avaliações do ente parceiro. Tais informações deveriam ser disponibilizadas para toda a sociedade, como meio de transparência da ação governamental, além de contribuir para o controle social.

Ante todo o exposto, tem-se que os mecanismos de controle previstos na norma de regência são genéricos e abrangentes, não conferindo regras ou diretrizes seguras aos gestores públicos para a adoção de critérios de acompanhamento eficazes, revelando-se, portanto, insuficientes para o controle dos recursos públicos transferidos a organizações sociais, ensejando em risco para a atividade, cujo sucesso passa a depender da maturidade organizacional do ente contratante para trabalhar em regime de colaboração.

7.Referência:

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Terceiro Setor: uma análise comparativa das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 779, ago.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7165>>. Acesso em: 30 maio 2010

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n.2784, fev.2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 20 mar 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 abril 2010.

_____. Ministério da Justiça. *Guia prático para Entidades Sociais*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. Disponível em <www.mj.gov.br/cidadania/oscip>. Acesso em 01 mar 2011.

_____. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 25 abril 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.227-244.

_____. Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 45/46, jan/dez, 1996. Disponível em www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge. Acesso em 01 abr 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação - por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. *O controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos*. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2000.

FARIA, Edimur. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Maheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.113-169.

_____. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 5, mar/mai, 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 10 ago 2010.

_____. Reforma administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*. Brasília, ano 48, n.2, mai/ago, 1997. Disponível em: www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/terceiros. Acesso em 20 ago 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*. Belo Horizonte, ano 4, n.7, p.145-181, jan./jun. 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social – aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALINAS, Natasha Schmitt Cáccia. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor*. 2008. 256f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/>>. Consulta em: 08 maio 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. Manual básico repasses públicos ao Terceiro Setor. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública : desafios ao controle das OS e OSCIPs. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*. Belo Horizonte, n. 4, v. 2, p. 47-64, jul./dez. 2008.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WILLEMANN, Flávio de Araújo e MARTINS, Fernando Barbalho. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZOLET, Rachel. O contrato de gestão entre o Poder Público e organizações sociais como instrumento de fuga do regime jurídico administrativo. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n.2792, fev.2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto /18550>>. Acesso em: 25 fev 2011.