

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

ANDSON CLEMENTINO SANTOS

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS CONTRATOS DE GESTÃO – ANÁLISE DOS
ASPECTOS CONTROVERSOS DA LEI 9.637/98**

**Campina Grande - PB
2012**

ANDSON CLEMENTINO SANTOS

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS CONTRATOS DE GESTÃO – ANÁLISE DOS
ASPECTOS CONTROVERSOS DA LEI 9.637/98**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
apresentado à Coordenação do Curso de
Direito da Faculdade Reinaldo Ramos, como
requisito para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof. Ms. Guthemberg Cardoso
Agra de Castro

**Campina Grande - PB
2012**

Ficha Catalográfica Elaborada pela Biblioteca da CESREI

S237o

Santos, Andson Clementino.

As organizações sociais e os contratos de gestão: análise dos aspectos controversos da Lei 9.637/98 / Andson Clementino Santos. – Campina Grande, 2012.

66 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Me. Guthemberg Cardoso Agra de Castro.

1. Direito Administrativo. 2. Reforma Administrativa. 3. Contratos de Gestão. 4. Serviços Públicos. I. Título.

CDU 342.9(043)

ANDSON CLEMENTINO SANTOS

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS CONTRATOS DE GESTÃO – ANÁLISE DOS
ASPECTOS CONTROVERSOS DA LEI 9.637/98**

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profº Ms. Guthemberg Cardoso Agra de Castro – FARR
Presidente – Orientador

Profº Esp. Jardon Souza Maia - FARR
1º Examinador

Profª Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral - FARR
2ª Examinadora

Profª Drª. Maria Rodrigues de Souza - FARR
3ª Examinadora

Dedico este trabalho a minha linda Liete, aos meus familiares e amigos, pelos momentos não compartilhados, pela compreensão e apoio.

AGRADECIMENTOS

“A cada vitória o reconhecimento devido ao meu Deus, pois só Ele é digno de toda honra, glória e louvor”. Senhor, obrigado pelo fim de mais essa etapa.

Ao amor da minha vida, Liete, companheira e amiga inseparável de todas as horas, compartilhando comigo momentos bons e ruins, nas alegrias e tristezas, de todo carinho, apoio e compreensão em todos os momentos, sem medir esforços para a conquista desta etapa da minha vida, nunca me deixando desistir, nem desaminar. Ao fruto do nosso relacionamento, que aguardamos ansiosamente pela sua chegada.

Aos meus pais e a minha irmã, expresso a gratidão pelo amor e carinho de sempre. Aos meus sobrinhos, Vinicius e Samuel, por tornarem a minha vida mais feliz.

Aos professores, Valdeci Feliciano, Guthemberg Cardoso e Mary Delane, pela dedicação, empenho e a paciência, pela contribuição, tornando possível conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso de direito que contribuíram para o meu conhecimento e guiaram os meus caminhos durante a vida acadêmica.

Aos meus colegas, que me acompanharam durante a graduação, fazendo parte desse momento inesquecível da minha vida, tornando-o interessante e único.

Devo agradecimentos especiais aos amigos e confidentes Ádler Lima, Geraldo Luiz e Abraão Lêmos, pela compreensão, o apoio e a confiança que me deram, inspirando-me, a seguir em frente na batalha da vida.

Muito obrigado a todos.

“Não há nada que não se consiga com a força de vontade, a bondade e, principalmente, com o amor”. Cícero (106 - 43 a.C.)

RESUMO

A monografia apresentada tem como tema central os acordos celebrados entre as organizações sociais e entidades do Poder Público, com previsão legal na Lei nº 9.637/98, buscando levantar os conceitos apresentados pela doutrina, e, ainda, analisar a constitucionalidade de vários temas polêmicos sobre a matéria. A crise vivida pelo Estado, na década de 90, deu suporte para as reformas administrativas, que culminaram com uma série de propostas para uma complexa reforma administrativa, compiladas no Plano Diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado, produzidos pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que, entre as medidas, estabeleciam a retirada do setor público de todas as áreas onde sua atuação não fosse imprescindível, resultando, posteriormente, com o Programa Nacional de Publicização, com a justificativa que o terceiro setor teria melhores condições para a prestação dos serviços públicos. Contudo, a lacônica disciplina legal da matéria, provoca uma série de dúvidas e controvérsias sobre sua legalidade, causando divergências entre doutrinadores e nas decisões dos tribunais do país. Serão analisadas as principais controvérsias da referida Lei, dentre elas, a delegação dos serviços de saúde, da necessidade ou não de licitação para a concessão do título de organização social e celebração do contrato de gestão, para a contratação com particulares para a execução do contrato de gestão e, por fim, a forma de recrutamento de pessoal pelas organizações sociais.

Palavras-chave: Reforma administrativa. Contratos de gestão. Prestação de serviços públicos. Análise da constitucionalidade.

ABSTRACT

The presented work has as main focus the agreements celebrated between the social organizations and entities of public power with legal provisions of Law No. 9.637/98. And it intends to show the concepts presented by the doctrine, and also examine the constitutionality of several controversial issues about the matter. In the 90's, the crisis experienced by the State, gave support to many changes, which culminated with a series of proposals for hard administrative reforms, selected in the Main Reform Plan of the State Structure, produced by the Ministry of Federal Administration and Reform of the State, that among the measures, established the removal of the public sector in all areas where its performance was not essential, leading subsequently to the National Programmed of Publicity on the argument that the third sector would have better conditions for provision of public services. However, the laconic legal discipline of the matter, causes a series of questions about its legality, causing differences between scholars and the decisions of courts. It will be analyzed the main controversies of that Act, among them, the delegation of health services, the necessity or not of bidding for the award of the degree of social organization and the contract management, to contract with private entities for the execution of the administrative contract and finally, the way of the personal recruitment by social organizations.

Keywords: Administrative Reform. Management contracts. Provision of public services. Analysis of constitutionality.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APS	Associação das Pioneiras Sociais
CF	Constituição Federal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
ONU	Organização das Nações Unidas
OS	Organização Social
OSCIP'S	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PIB	Produto Interno Bruto
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PT	Partido dos trabalhadores
SESI	Serviço Social da Indústria
SESC	Serviço Social do Comércio
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem da Indústria
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	TERCEIRO SETOR E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	16
2.1	CONCEITO DO TERCEIRO SETOR	18
2.2	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	21
2.3	SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO.....	24
3	NEOLIBERALISMO E A REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA – LEI Nº 9.637/98	26
3.1	REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA - PROGRAMA NACIONAL DE PUBLICIZAÇÃO – LEI Nº 9.637/98.....	27
3.2	HISTÓRICO E CONCEITO DOS CONTRATOS DE GESTÃO	29
3.2.1	Natureza jurídica	32
3.2.2	Execução e fiscalização.....	34
3.2.3	Extinção do contrato.....	36
3.2.4	Implementação pelos estados membros.....	39
4	QUESTÕES CONTROVERSAS DO PROJETO DE PUBLICIZAÇÃO.....	41
4.1	DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE	41
4.2	LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DO TÍTULO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL E CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO	44
4.3	LICITAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO – CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS	48
4.4	RECRUTAMENTO DE PESSOAL PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	49
5	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS	54
	ANEXOS	58
	ANEXO A - LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.	59
	ANEXO B - DECRETO Nº 5.504, DE 5 DE AGOSTO DE 2005.....	66

1 INTRODUÇÃO

A busca de instrumentos legais tendentes à obtenção de serviços públicos com maior qualidade, eficiência e com um menor consumo de recursos públicos, substituindo o padrão tradicional da Administração Pública, dita como burocrática, teve início, no Brasil, na década de 90.

Os defensores desse novo modelo, conhecido como administração-gerencial, são adeptos da corrente político-econômica usualmente chamada “neoliberalismo”, que prega a denominada “doutrina do Estado mínimo”, cujo objetivo era retirar do setor público todas as áreas onde sua atuação não fosse imprescindível, em virtude da “crise do Estado”, incapaz de realizar todos os necessários investimentos e desempenhar eficientemente todas as atribuições que lhe foram impostas pela Constituição de 1988 (ALEXANDRINO E PAULO, 2008, p. 127).

A busca de um modelo de administração gerencial, no país, teve seus lineamentos básicos no “Plano Diretor da Reforma do Estado”, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, em 1995, implantando novas técnicas e modelos para a administração destes serviços, dentre eles, os chamados contratos de gestão, com a justificativa que estes serviços seriam mais eficientemente realizados, pelo setor público não estatal.

Os contratos de gestão foram disciplinados com a promulgação da Lei Federal nº 9.637 de 15 de maio de 1998, onde diversos outros entes da federação, vieram a legislar sobre a matéria, possuindo estrutura e conteúdo semelhantes à lei federal, acrescentando peculiaridades conforme o interesse e a realidade de cada estado ou município (SOUZA, 2011, p. 114), permitindo a realização de contratos com entidades da sociedade civil, qualificadas como Organizações Sociais.

Levantamento realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, publicado em 2009, identificou a existência de 15 leis estaduais, uma do Distrito Federal e 42 municipais que dispõem sobre a qualificação de entidades como OS, constituindo uma realidade no direito brasileiro.

Contudo, a falta de uma sistematização normativa do instituto, com a existência, apenas, de algumas leis esparsas, relativas a contratos firmados com entidades específicas, onde a bibliografia e a jurisprudência ainda buscam se sedimentar, principalmente, em relação a pontos controversos (ALEXANDRINO E PAULO, op. cit., p. 132), não só de ordem teórica como também prática.

Nesse contexto, tem-se com problemática desta pesquisa, indagar acerca da legalidade dos contratos de gestão realizados com o terceiro setor (organizações sociais), e, ainda, as principais controvérsias do Programa Nacional de Publicização, dentre elas, a delegação dos serviços de saúde, da necessidade ou não de licitação para a concessão do título de organização social e celebração do contrato de gestão, para a contratação com particulares para a execução do contrato de gestão e, por fim, a forma de recrutamento de pessoal pelas organizações sociais.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar, a partir da produção científica, os contratos de gestão celebrados entre as entidades do terceiro setor, mais especificamente as organizações sociais e o Poder Público, os seus limites jurídicos e a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre o Programa Nacional de Publicização.

E com os seguintes objetivos específicos:

- Buscar a conceituação e identificação do terceiro setor, das organizações sociais,
- Avaliar as questões controversas sobre os contratos de gestão a partir da Constituição da República Federativa do Brasil;
- Identificar os argumentos e os posicionamentos, sobre os contratos de gestão realizados pela administração pública com as organizações sociais, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial.

Segundo Marconi (2001, p. 17), o trabalho monográfico consiste em um estudo sobre um tema específico, analisado exaustivamente em todos os seus aspectos, obedecendo à rigorosa metodologia.

Para a realização deste trabalho, procurou-se aplicar as informações das autoras supracitadas e, partindo do uso do tipo de pesquisa por excelência da área jurídica, que é o das pesquisas bibliográficas, fez-se uso das seguintes etapas:

- escolha do tema;
- o levantamento bibliográfico preliminar;
- formulação do problema;
- elaboração do plano provisório de assunto;

- busca das fontes;
- leitura do material;
- fichamento;
- organização lógica do assunto e redação do texto,

Etapas estas, como afirma Gil (2007, p. 59), necessárias para o arcabouço técnico e científico de qualquer trabalho de pesquisa considerado científico.

Para Manzo (1971, p. 32, apud, MARCONI, 2001, p. 56), é através da pesquisa bibliográfica que se consegue meios para definir, resolver não somente problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente, propiciando a análise de um assunto escrito, sob novo enfoque ou abordagem, permitindo chegar a novas conclusões, foi o que pretendeu-se fazer aqui.

Portanto, para alcançar o objetivo ora proposto, que foi o de analisar as questões controversas dos contratos de gestão, permitindo uma reflexão quanto à constitucionalidade da Lei 9.637/98, fez-se uso neste trabalho, da leitura, de livros, revistas científicas, trabalhos científicos, normas jurídicas, a jurisprudência e de decisões proferidas nos tribunais superiores, para alcançar resultados mais fidedignos possíveis da realidade.

Para alcançar este intento, a revisão bibliográfica foi importante, para que se pudesse verificar e compreender, de forma mais precisa, os dados que serviram como base para a análise do objeto de estudo aqui proposto, isto é, o novo fenômeno da administração pública brasileira: os contratos de gestão, realizados com as organizações sociais, não integrantes da Administração Pública, que permitem a prestação de serviços, com a administração de recursos ou bens públicos, com direito a dotação orçamentária mediante cumprimento de metas e objetivos fixados no contrato de gestão.

O trabalho foi dividido da seguinte forma:

A introdução representa uma pequena síntese do tema que será tratado, com a especificação dos objetivos, bem como, da metodologia utilizada para o presente estudo.

No segundo tópico, analisa-se o terceiro setor e as organizações sociais, apresentando os conceitos e características apresentadas pela doutrina e jurisprudência, bem como as semelhanças e diferenças entre as OS's e as OSCIP's.

Na terceira parte, é feita uma análise do contexto histórico do neoliberalismo, a fim de compreender os motivos que deram suporte à reforma administrativa brasileira, com a

posterior promulgação da Lei 9.637/98, bem como, a natureza jurídica dos contratos de gestão, a sua execução e fiscalização e as formas de extinção dos contratos de gestão.

No quarto tópico, são apresentados os aspectos metodológicos, com a descrição dos métodos e procedimentos utilizados para o desenvolvimento do trabalho monográfico.

Por fim, são descritos as principais questões controversas sobre o projeto de publicização, da legalidade (ou ilegalidade) da delegação dos serviços de saúde às organizações sociais por intermédio do contrato de gestão, da exigibilidade de prévio processo licitatório para a concessão do título de organizações sociais, para a celebração de contratos de gestão, bem como, para a contratação com particulares, para a execução do contrato de gestão e, ainda, do recrutamento de pessoal pelas organizações sociais.

2 TERCEIRO SETOR E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS¹

Os séculos XVI e XVII marcam o surgimento das Organizações Sociais, que hoje compõem o Terceiro Setor, no continente Europeu, na América do Norte e América Latina. Inicialmente os trabalhos desenvolvidos por estas organizações possuíam caráter religioso e político.

A expressão “terceiro setor” é uma tradução do termo em inglês *third sector*, que nos Estados, é usado ao lado de outras expressões, como “organizações sem fins lucrativos” (*nonprofit organizations*) ou “setor voluntário” (*voluntary sector*). Na Inglaterra, o termo legal utilizado a expressão “caridades” (*charities*), utilizando também o termo “filantropia” (*philanthropy*), sendo um conceito mais moderno e humanista da antiga caridade religiosa.

Na Europa continental predomina a expressão “organizações não governamentais” (NGOs, ONGs em português). Sua procedência remonta ao sistema de representações das Organizações das Nações Unidas - ONU. No século XVIII surge no Brasil e na América Latina, com o conceito de Sociedade Civil. As instituições, no princípio, eram motivadas pelo trabalho voluntário, modelo este trazido pela igreja católica do século XVI de Portugal. Azevedo, Gomes, Andrade (2010, p. 1), revela que no Brasil:

As organizações que compõem o Terceiro Setor evidentemente não são novas. Têm-se no Brasil, como exemplos tradicionais deste setor, as Santas Casas de Misericórdia e as obras sociais e, como representantes mais recentes, as organizações não-governamentais resultantes dos novos movimentos sociais que emergem a partir dos anos 70. Nova é a fórmula de olhá-las como componentes de um setor que pleiteia igualdade em relação ao Estado e ao Mercado.

Essa participação da sociedade civil organizada ganha maior evidência em meados da década de 80, quando se inicia o processo de redemocratização do País, após o período de ditadura militar. A partir da promulgação da Constituição Federal, em 1988, e, especialmente, ao longo dos anos 90, crescem no País diversos arranjos entre Estado e organizações da sociedade na implementação e na cogestão de políticas públicas, as de caráter social (IBGE/IPEA, 2002, s/p – Introdução).

A partir deste período, o terceiro setor, começa a se validar como um instrumento importante, na busca pela concretização dos direitos sociais, como forma de efetivação da cidadania da Carta Magna preconizando a sua atuação numa responsabilidade complementar à

¹ Parte das informações deste tópico foram baseadas em: AZEVEDO, Eriana de Souza; GOMES, Valcimeiri de Souza; ANDRADE, Manoel de Oliveira. **Plano de negócios e terceiro setor:** análise de atividade de uma oscip. Revista Eletrônica Aboré - Publicação da Escola Superior de Artes e Turismo Manaus - Edição 04 Dez/2010.

função do Estado na prestação dos direitos sociais, assegurando o usufruto dos direitos sociais e individuais pelos cidadãos do país.

A consagração do terceiro setor, no Brasil, como representante da sociedade civil organizada, começou com a aprovação da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que concedia o título de Organizações Sociais – OS's, as entidades sem fins lucrativos. Em 1999 foi instituída a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 conferindo o título de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as entidades que tenham por finalidade prestar serviços a população sem fins econômicos, denominadas genericamente de OSCIP'S.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IBGE/IPEA) – *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos do Brasil - 2002*, confirmam esta afirmação, entre os anos de 1996 e 2002, o número de entidades mais do que dobrou, correspondendo a um aumento de 157% (de 105 mil para 276 mil), atuando em complementação as atividades do Estado, prestando serviços sociais importantes. A rigor, com base nos dados do mesmo estudo, o Brasil contava, em 2002, com 276.00 mil fundações privadas e associações sem fins lucrativos, distribuídas da seguinte forma pelos campos de atuação:

- habitação (322);
- saúde (3.798);
- cultura e recreação (37.539)
- educação e pesquisa (17.493)
- assistência social (32.249)
- religião (70.446)
- associações patronais e profissionais (44.581)
- meio ambiente e proteção animal (1.591)
- desenvolvimento e defesa de direitos (45.161)
- outras instituições (22.715)

Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Economia e Estatística (IBGE), divulgado em maio de 2007, revela que o terceiro setor tem a participação de 1,4% na formação do Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB)², representando aproximadamente 32

² **IBGE calcula participação econômica do terceiro setor.** RedeGIFE Online. 12 jun. 2007. Disponível em <<http://www.gife.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

bilhões de reais, gerando empregos diretos a 1,5 milhão de trabalhadores³, demonstrando o crescimento vertiginoso com o apoio do Estado e do setor empresarial, que cresce a cada dia mais.

2.1 CONCEITO DO TERCEIRO SETOR

A existência da grande variedade de instituições no Terceiro Setor, com as mais diversas denominações: organizações não governamentais; fundações e institutos empresariais; associações comunitárias; entidades assistenciais e filantrópicas; instituições sem fins lucrativos. No entanto, todas as instituições se caracterizam pela promoção de ações de natureza privada com fins públicos, o que vem a dificultar o enquadramento de toda essa diversidade de organizações em parâmetros comuns, dificultando a precisão conceitual.

A utilização do termo “Terceiro Setor” faz emergir a ideia que existe um “Primeiro Setor” (Estado) e um “Segundo Setor” (Mercado). Por não se enquadrarem dentro das categorias das atividades estatais ou das atividades de mercado, passaram a ser identificadas como um Terceiro Setor, abrigando um conjunto de ações de caráter privado, associativo e voluntarista, constituindo-se por organizações sem fins lucrativos e não governamentais, com o objetivo gerar serviços de caráter público de consumo coletivo (PEREIRA, 2007, p. 2).

Neste mesmo sentido, é o conceito apresentado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE-SP:

A designação ‘Terceiro Setor’ identifica área pertinente e implicada com a solução das questões sociais: – O Primeiro Setor é o Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade. No Segundo Setor encontra-se a iniciativa privada, cuja competência administrativa dos meios de produção cuida da satisfação dos anseios individuais. Com o aumento das carências e ameaças de falência do Estado, a mesma iniciativa privada (cidadania) passou a se preocupar com questões sociais. Deste último extrato surge o “Terceiro Setor”, representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não-governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público.

Neste contexto, pode-se afirmar que a Sociedade Civil distingue-se do Estado, mas ao se motivar pela promoção dos interesses coletivos, também se distancia da lógica de mercado. Tal condição, característica do Terceiro Setor, induz a conhecidos conceitos segundo os quais ser não-governamental e sem fins lucrativos não traz imunidade às influências estatais ou a condicionamentos sociais. (BRASIL. TCE-SP. MANUAL BÁSICO – Repasses Públicos ao Terceiro Setor. 2007.p 12-13).

³ **SETOR sem fins lucrativos representa 5% do PIB nacional.** RedeGIFE Online. 12 jun. 2007. Disponível em <<http://www.gife.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

Podemos observar a falta de consenso pelos doutrinadores, quanto a definição do terceiro setor, todavia, pode-se afirmar que, integram o terceiro setor, as fundações privadas e as associações sem fins lucrativos desde que se enquadrem nos seguintes critérios:

privadas, não integrantes, portanto, do aparelho do Estado;
 sem fins lucrativos, isto é, organizações que não distribuem excedentes entre os proprietários ou diretores e que não possuem como razão primeira de existência a geração de lucros – podem até gerá-los desde que aplicados nas atividades fins;
 institucionalizadas, isto é, legalmente constituídas;
 auto-administradas ou capazes de gerenciar suas próprias atividades; e
 voluntárias, na medida em que podem ser constituídas livremente por qualquer grupo de pessoas, isto é, a atividade de associação ou de fundação da entidade é livremente decidida pelos sócios ou fundadores (PIMENTA; SARAIVA; CORRÊA (orgs.), apresentação, viii, 2006).

Neste mesmo sentido, complementa Merege (1999, p. 1 apud PEREIRA, 2007, p. 1), para quem, a denominação Terceiro Setor:

[...] surge de uma análise mais profunda das atividades organizadas por iniciativa da sociedade civil que as distinguidas outras atividades econômicas. Recebeu essa denominação por englobar atividades que não estão dentro da órbita de atividades governamentais e muito menos se identificam com as atividades privadas, sejam do setor agrícola, industrial ou do setor de serviços, como são tradicionalmente definidas pela metodologia das contas nacionais. São organizações que não têm as características de apropriação privada de lucros, que prestam um serviço público e que sobrevivem basicamente da transferência de recursos de terceiros, sejam famílias, governo ou empresas privadas. Por não se enquadrarem dentro das categorias das atividades estatais ou das atividades de mercado, passaram a ser identificadas como um Terceiro Setor.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 224), o Terceiro Setor é uma inventiva criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo no país, designando entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados, enquadrando-se as Organizações Sociais, previstas na Lei nº 9.637/98 e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), reguladas na Lei 9.790/99, e as Entidades de Utilidade Pública, cuja disciplina consta na Lei 91, de 28.9.35.

Em relação ao alcance material da atuação das entidades, Santos (1999, p. 250-252 apud SOUZA, 2010, p. 101), apresenta o seguinte entendimento:

[Terceiro Setor é o] conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais.

Em relação à natureza jurídica, as atividades desenvolvidas, em especial, a relevância pública de suas ações, Souza (2010, p. 102), traz a compilação dos seguintes conceitos, apresentados pela doutrina:

‘Os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público’ (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13); ‘Pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante’ (*sic*).

Propõe Rodrigo Mendes Pereira (2010, p. 1), o seguinte conceito de Terceiro Setor:

Terceiro Setor é o espaço ocupado pelas organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos ou econômicos, de interesse social, e que não possuem finalidade, natureza ou legislação específicas; assim como pelos projetos, ações e atividades de interesse social desenvolvidos por indivíduos, empresas e governo, normalmente por meio de grupos, movimentos ou alianças (parcerias) intersetoriais, com o objetivo de fomentar, apoiar ou complementar a atuação das organizações formalmente constituídas e acima caracterizadas.

O autor supra citado, destaca, ainda, para melhor compreensão do conceito acima formulado, alguns pontos e elementos:

- a) Não integram o Terceiro Setor as organizações estatais (Primeiro Setor) e as organizações com fins lucrativos ou caráter econômico (Segundo Setor). Por terem caráter econômico, ficam excluídas as sociedades cooperativas.
- b) Embora sejam organizações da sociedade civil sem fins lucrativos ou econômicos e, inclusive, de interesse social, não são abrangidas pelo conceito formulado os partidos políticos, os sindicatos, os serviços sociais autônomos e as organizações religiosas, e isto porque elas possuem finalidade, natureza ou legislação específicas. Ressalta-se que as organizações religiosas são aquelas que têm como finalidade cultivar crenças religiosas e administrar serviços religiosos e rituais.
- c) Pela atual legislação de nosso país, estariam incluídas no Terceiro Setor, segundo o conceito proposto, as organizações constituídas sob a modalidade de associações ou fundações.
- d) Pelo conceito formulado, caracterizam-se como organizações de interesse social, ou seja, convenientes à sociedade, tanto as organizações de interesse ou caráter público, que são aquelas que objetivam o benefício de toda a sociedade

ou de segmentos do conjunto da sociedade (entidades assistenciais, beneficentes, filantrópicas, de defesa de direitos, de origem empresarial - "braço social" -, etc.), quanto as organizações de ajuda mútua ou de auto-ajuda, que objetivam defender interesses coletivos, mas num círculo restrito, específico, de pessoas, ou seja, o benefício mútuo ou interno de um determinado grupo (associações de classe, associações de moradores, associações comerciais, clubes sociais, recreativos e esportivos etc.).

- e) O conceito proposto levou em conta dois aspectos. O primeiro, jurídico-formal, quando explicita as organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos ou econômicos (associações e fundações), de interesse social (caráter público e ajuda mútua). E o segundo, não-jurídico e informal, quando explicita os projetos e ações de fomento, apoio e complementação das atividades desenvolvidas pelas associações e fundações de caráter público e ajuda mútua.

Feita essa breve análise, passa-se a discorrer do conceito e da natureza jurídica das Organizações Sociais, uma das inúmeras instituições que compõe o terceiro setor, objeto do presente estudo.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Assim como acontece com o Terceiro Setor, existe um dilema quanto à conceituação e da natureza jurídica das organizações sociais, pela falta de definição legal das organizações sociais no plano federal no Brasil, conforme salienta Bahia e Carvalho (2001, p. 1 apud SILVA NETO, 2002, p. 1) que:

‘problema dos mais complexos reside na conceituação das organizações sociais, pois tal instituto sequer encontra nos dispositivos legais que o disciplina satisfatória definição’. E assinalam que ‘a incerteza acerca da indefinição de tais organizações revelam a imprecisão de sua natureza jurídica’.

Na realidade, a organização social não constitui uma nova espécie de entidade, trata-se de um tipo especial de qualificação jurídica, conferida a algumas pessoas jurídicas de direito privado, que preenchem os requisitos estabelecidos no diploma regulador da matéria, a Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, caracterizando-se as entidades pela ausência de fins lucrativos, dedicando-se a atividades de cunho social, como ensino, cultura, saúde,

pesquisa científica, desenvolvimento científico e proteção ao meio ambiente (CARVALHO FILHO, 2009, p. 338).

A doutrina conceitua 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 Executivo, criadas por iniciativas de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado (MODESTO, 1999, p. 1).

Neste mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 235-236), conceitua organizações sociais como:

Entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área da atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde [art. 1º] e a pessoa atenda a determinados requisitos formais óbvios e preencha alguns poucos requisitos substanciais, travando contrato de gestão com o Poder Público.

Todavia, salienta Modesto (1997, p. 31) que, a denominação organização social, é um enunciado elíptico, denominando-se sinteticamente as organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização social.

“Na atual estrutura do Código Civil Brasileiro somente as associações civis ou as fundações podem qualificar-se como Organizações Sociais; as sociedades, não – e justamente por perseguirem finalidades lucrativas” (ROCHA, 2006, p. 110).

A natureza jurídica de direito privado das Organizações Sociais, está expressa na própria Lei 9.637/98, disciplinando no seu art. 1º, que o Poder Público poderá qualificar pessoas jurídicas de direito privado como organizações sociais, desde que desafetadas de intuito lucrativo. Isto, pois, sua essência jurídica antecede ao próprio título que lhe é atribuído (SILVA NETO, 2002, p. 1).

Contudo, o diferencial das organizações sociais em relação a outras pessoas jurídicas de direito privado reside exatamente na qualificação que o Poder Público lhes confere, tornando-as aptas, a priori, a celebrarem um contrato de gestão com a Administração (idem), segundo um juízo discricionário da autoridade administrativa competente, se estiverem presentes na associação ou na fundação determinados pressupostos (ROCHA, op. cit., p. 111).

A Organização Social, portanto, terá sempre natureza jurídica privada e não pública, trazendo consigo uma série de disposições jurídicas, assegurando vantagens e sujeições, constituindo pelas seguintes características citadas por Modesto, (1999, p.1):

- a iniciativa privada voluntária na sua criação e na sua constituição;
- a existência de limites gerais à livre constituição e funcionamento dos órgãos de direção ou gerência como requisito para o exercício de ato posterior de reconhecimento ou qualificação;
- a afetação a uma finalidade de interesse público ou socialmente relevante;
- a necessidade de reconhecimento formal por parte do Estado, segundo um procedimento especial regulado em lei;
- a submissão ao regime jurídico das pessoas de direito privado, com derrogações de direito público;
- os estatutos das Organizações Sociais devem prever e adotar determinado modelo de composição para os seus órgãos de deliberação superior, prevendo a participação necessária de representantes do Estado e da sociedade civil, como requisito para permitir o ato posterior de qualificação pelo poder público;
- o estatuto da Organização Social deve prever também, como um requisito da qualificação, sujeição da entidade à publicação anual no Diário Oficial da União do relatório de execução do acordo ou Contrato de Gestão (relatório gerencial das atividades desenvolvidas, apoiadas pelo poder público, e não apenas do relatório formal da contabilidade da entidade);
- o estatuto deve prever, como requisito de qualificação, regras rígidas de reforma das finalidades sociais, bem como normas para a definição impessoal das regras a serem adotadas para a remuneração do pessoal da entidade e para o sistema de compras;
- o estatuto ainda deve prever que a entidade estará sujeita a controle externo de resultados, realizado por comissão de avaliação composta por especialistas de notória qualificação, especialmente destinado à verificação do cumprimento do Contrato ou acordo de Gestão firmado com o poder público;
- as entidades qualificadas como Organizações Sociais poderão utilizar bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado, desde que a extinção tenha sido realizada por lei específica;

- as entidades qualificadas poderão também absorver atividades e contratos de entidades extintas, também quando autorizados por lei, bem como os seus símbolos designativos, desde que estes (MODESTO, 1999, p. 1).

Antes de adentrar sobre os contratos de gestão, é necessário fazer breves apontamentos sobre as organizações da sociedade civil de interesse público, em virtude da semelhança com as organizações sociais.

2.3 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Pode-se dizer que, as OSCIP'S, instituídas pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, são as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que obtêm reconhecimento através de certificado emitido pelo poder público federal, formulado junto ao Ministério da Justiça, a partir da comprovação o cumprimento de certos requisitos, que são estabelecidos na referida Lei. A qualificação como OSCIP é opcional, e as ONG's já constituídas também podem obtê-la para desfrutar dos benefícios proporcionados (OLIVO, 2005, p. 1).

A principal finalidade com a sua criação foi de facilitar o aparecimento de parcerias e convênios com todos os níveis de governo e órgãos públicos (federal, estadual e municipal), substituindo os tradicionais convênios por um novo instrumento mais transparente e menos burocratizado (idem).

É importante ressaltar que o art. 2º, da Lei nº 9.790/99, determina que não poderão ser qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público: sociedades comerciais, inclusive as que comercializam planos de saúde e as cooperativas, bem como as organizações creditícias relacionadas com o sistema financeiro; entidades de representação de classe e sindical; instituições partidárias; entidades religiosas; hospitais e escolas sem gratuidade; pessoas, inclusive fundações, instituídas pelo Poder Público; e as organizações sociais.

Luis Carlos Cancellier de Olivo (2005, p. 33/34), destaca as seguintes peculiaridades da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

- além da previsão genérica das entidades que podem ser qualificadas com o novo título, o que também consta da lei das Organizações Sociais, a lei

identifica as entidades que não podem ser qualificadas como o título de organizações da sociedade civil de interesse público (art. 2º da Lei n. 9.790/99);

- especificação detalhada das entidades que podem ser qualificadas com o novo título (art.3º);
- exigência de observância pela entidade de procedimentos contábeis exigidos pelas Normas Brasileiras de Contabilidade (art. 4º, VII, a);
- a lei exige prazo de atividade de no mínimo um exercício financeiro, pois obriga apresentação do balanço patrimonial e demonstrativo do resultado do exercício e declaração de isenção do imposto de renda (art.5º, II e IV);
- fixação do prazo de trinta dias para deferimento ou indeferimento do pedido de qualificação e prazo de trinta dias para expedição do certificado de qualificação da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (art. 6º);
- expressa proibição de participação das entidades qualificadas em campanhas de caráter político partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas (art. 16);
- admissão expressa da cumulação do título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público com outros títulos jurídicos aplicados a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, mas por prazo determinado, por dois anos, findo o qual deve a entidade interessada na manutenção do novo título renunciar às qualificações anteriores ou perderá, automaticamente, o novo título (art. 18).

As principais diferenças entre os dois institutos estão relacionadas às condições de cooperação com a Administração, permitindo prerrogativas às Organizações Sociais, que não são conferidas às OSCIP'S, (especificamente, em relação à gestão do patrimônio público), bem como os seus símbolos designativos, OS e OSCIP.

3 NEOLIBERALISMO E A REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA – LEI Nº 9.637/98

A concepção da proposta neoliberal surgiu nos anos subsequentes ao final da Segunda Guerra Mundial, inspirada no liberalismo econômico clássico, desconfigurada, para atender aos desígnios do desenvolvimento capitalista no século XX, que se opunha ao pensamento econômico keynesiano e às políticas dele consequentes, como incipiente Estado do Bem-estar social (Estado-providência) e às políticas econômicas de cunho anticíclico (FRANCO, 1998, p. 1).

Os principais formuladores dessa corrente, o austríaco Friedrich August Von Hayek e o norte-americano Milton Friedman, criticavam o caráter autoritário do Estado, que, com seus encargos sociais e sua atuação reguladora, estaria impedindo a realização das liberdades individuais e a competição que levava à prosperidade econômica (MINTO, 2006, p. 1).

A partir desse diagnóstico, os autores propunham o afastamento do Estado em relação às atividades econômicas, bem como a realização de inúmeras reformas institucionais que permitissem a livre competição e a livre circulação dos capitais, de forma que a única ação reguladora possível fosse a do mercado. As principais propostas do neoliberalismo ficaram marcadas pela privatização dos setores da economia nacional, pela transferência de serviços públicos ao setor privado, desregulamentação do sistema financeiro, redução dos encargos e direitos sociais como um todo, redução dos gastos governamentais.

No entanto, nos anos de 1970 e de 1980, houve o revigoramento das ideias liberais em detrimento do Estado intervencionista, motivada essencialmente pela crise na acumulação capitalista, criando condições favoráveis para a reorientação ideológica na política econômica mundial, ganhando espaço no capitalismo avançado internacional (FUHRMANN, 2004, p. 112).

Friedman influenciou diversos governos desde Nixon (EUA, 1969-1974), até Margareth Thatcher (Grã-Bretanha, 1979-1990), chegando inclusive a ser conselheiro de Ronald Reagan (EUA, 1981-1989). Estes dois últimos abriram a fase do neoliberalismo e construíram as bases para o Consenso de Washington (receituário de medidas neoliberais) (MARQUES, 2006, p. 1).

Na América Latina, os efeitos da crise financeira e da crise da dívida externa, fortaleceram o modelo neoliberal, orientados pelo Banco Mundial, pelo Fundo Monetário Internacional – FMI, ambos controlados pelos Estados Unidos. Para a economia dos países

latino-americanos, esses ajustes que deveriam gerar enormes saldos comerciais para o pagamento da dívida externa, através de “saneamento” das contas públicas e corte de salários, gastos e investimentos, passaram a pagar o rombo das contas externas (MARQUES, 2006, p. 1).

Durante a década de 90, enfrentando uma séria crise econômica, o governo brasileiro se viu obrigado a fazer os mesmos ajustes neoliberais, reduzindo os gastos públicos, sem, contudo, não deixar a população à mercê dos serviços sociais fundamentais que foram constitucionalmente assegurados, como saúde, educação e assistência social, (ZOLET, 2011, p. 1), que culminaria na reforma administrativa brasileira.

3.1 REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA - PROGRAMA NACIONAL DE PUBLICIZAÇÃO – LEI Nº 9.637/98

A Reforma Administrativa do Estado é uma pequena fatia do universo neoliberal no qual se vive e que tomou conta da vida nacional. Os objetivos e diretrizes desta reforma, foram estabelecidos pelo “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, elaborado pela antiga Câmara da Reforma do Estado, presidida pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, Bresser Pereira, aprovado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, em 21 de setembro de 1995 (FRANCO, 1998, p. 1).

O projeto fez parte da proposta para o fortalecimento do Estado para que fosse eficaz sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, procurando criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais, baseando-se em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna ‘cliente privilegiado’ dos serviços prestados pelo Estado (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995).

Conforme já mencionado anteriormente, a situação problemática enfrentada pelo Brasil nos anos 90, e dos fundamentos que embasaram a reforma administrativa, o Poder Público passou a preconizar que o terceiro setor teria melhores condições de prestar os serviços públicos do que ele próprio, o que beneficiaria a população, usuária desses serviços (ZOLET, 2011, p. 1). “O discurso de defesa deste novo setor público não-estatal ataca o Estado prestador de serviços, julgando-o como ineficiente, ‘burocrático’, e, enfim, um mal; e o ‘terceiro setor’ como o bem e a eficiência” (idem), deu azo ao processo denominado de

publicização, cujos objetivos estavam previstos Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, (1995, p. 46-47), *in verbis*:

6.4 Objetivos para os Serviços Não-exclusivos:

- Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de 'publicização', transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.
- Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.
- Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.
- Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.
- Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.

Em busca do cumprimento aos objetivos acima declarados, foi lançado, por intermédio da Medida Provisória nº 1.591, de 7 de outubro de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, levaria à transferência de algumas das funções do Estado, que não envolvem o exercício do poder de Estado, cabendo ao Estado, apenas o exercício dos serviços públicos essenciais, fiscalização e incentivos fiscais (ZOLET, 2011, p. 1).

Essa transferência operou-se por meio de atividade de fomento do Poder Público em prol de entidades do terceiro setor, passando estas a prestar os serviços sociais anteriormente prestados pelo Estado, que teria a vantagem de não expandir a máquina estatal e, ao mesmo tempo, de revigorar o atuar dos particulares, incitando-os a desenvolver atividades em prol da coletividade (*idem*).

Observa-se que o modelo de contrato de gestão estabelecido pela Lei 9.673/98, baseia-se no sistema de gestão instituído pela Lei nº 8.246/91, que teve o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público (artigo 1º)⁴.

⁴ Parecer pela Inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ao Projeto de Lei nº 1975/2009 (mensagem nº 03/2009), que “dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais, autoriza a transferência da execução de serviços e atividades para as entidades qualificadas, mediante contrato de gestão, e dá outras providências”. Voto em

A Lei 8.246/91 é que deu base legal para que houvesse êxito comprovado na experiência promovida pela Associação das Pioneiras Sociais (APS), instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor, com Hospitais localizados nas cidades de Brasília, Salvador, São Luis, Belo Horizonte e Rio de Janeiro⁵.

O termo publicização foi criado para diferenciar esse processo de reforma do expediente de privatização, que seria a transferência de serviços ou propriedades governamentais para o setor privado, ou seja, a estratégia utilizada no referido plano, foi dirigida pela mercantilização, que seria a transferência da responsabilidade do Estado para o mercado ou o “terceiro setor”, e o repasse de recursos públicos para o âmbito privado (PAZ, 2001).

No entanto, a expressão ‘publicização’ recebe várias críticas, pelos operadores de direito, dentre estes, Carvalho Filho (2009, p. 338):

O termo ‘publicização’ atribuído ao Programa parece-nos inadequado e infeliz. Primeiramente, porque o parece antagonizar-se com o termo ‘privatização’, [...]. Depois, porque, de fato, nenhuma atividade estará sendo ‘publicizada’, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, é o inverso que sucede, posto que pessoas governamentais é que vão dar lugar a entidades de direito privado. O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de desestatização, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública.

É importante ressaltar que a Lei n° 9.637/98 se restringe à atuação da Administração Pública no âmbito federal, e teve reduzida aplicabilidade até o momento, com a criação de poucas organizações sociais na esfera federal.

Após a aprovação da referida lei federal, um grande número de estados e municípios definiu legalmente as organizações sociais, sendo que o contrato de gestão entre organizações sociais e o Poder Público vem ganhando força nos Estados e municípios do país, os quais têm criado leis nos moldes do modelo federal para a regulamentação de suas atividades (ZOLET, 2011, p. 1).

3.2 HISTÓRICO E CONCEITO DOS CONTRATOS DE GESTÃO

Os contratos de gestão tiveram sua origem na França, no final da década de 60, sendo aplicado para o estabelecimento periódico e sistemático de compromissos tendentes a

separado do Dep. Luiz Paulo. Data da Publicação 18/06/2009. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 08 maio 2012.

⁵ Id., 2009, p. 1.

ensejar maior participação e co-responsabilização na operacionalização de objetivos e metas delineadas naquele instrumento, sendo concedida, uma autonomia gerencial, para o controle de resultados prepondera o meio como ele é alcançado (SILVA NETO, 2002, p. 1).

No Brasil, os primeiros contratos de gestão, foram celebrados entre o Poder Executivo e a diretoria de instituições de direito público (autarquias e fundações) e de empresas estatais, na gestão do Fernando Collor de Mello, entre a Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e a Petróleo Brasileiro S.A - PETROBRÁS (ambos com base no Decreto n. 137, de 27.5.91, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais), introduzindo a técnica de administração por objetivos (DI PIETRO, 2009, p. 334).

Em seguida, foram celebrados, como Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, antiga Fundação das Pioneiras Sociais (fundação governamental), para aproximar a entidade dos antigos serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI, etc.), considerados como entidades paraestatais, porém não integrantes da Administração Indireta (LEMOS, 2009, p. 32).

Os contratos acima mencionados inspiraram a instituição das organizações sociais, tendo um lugar de destaque no processo de “Reforma do Estado”, com a aprovação do "Programa Nacional de Publicização", aprovado pela Lei 9.637/98, autorizando a transferência da execução de serviços públicos, não exclusivos do Estado, e gestão de bens e pessoal públicos, através da celebração dos chamados contratos de gestão, desde que observados os requisitos previstos na referida lei (LEMOS, op. cit., p. 33).

Entenda-se por Serviços Não-Exclusivos, o setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas, como os serviços da educação e da saúde, onde as instituições desse setor não possuem o poder de Estado, mas que se faz presente porque envolvem direitos humanos fundamentais. Ou porque possuem economias externas relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços pela via do mercado, como as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus (Caderno MARE da Reforma do Estado, 1998).

Contrato de Gestão, segundo o art. 5º da Lei 9.637/98, é “o instrumento firmado entre o poder público e a entidade qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas”, definidas no art. 1º, desta lei, qual seja “o ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, sendo elaborados de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a

Organização Social, onde são discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do poder público e da Organização Social (art. 6º da Lei 9.637/98).

Esse contrato, na verdade é um instrumento, onde o Estado controlará a aplicação dos recursos transferindo dos recursos, por meio de controle por resultados, onde, geralmente, esse compromisso é firmado pelo Estado, que legitima a missão e os planos estratégicos da Organização Social e estabelece uma série de obrigações em torno de metas e da disponibilidade de meios para alcançá-los (PAZ, 2001, p. 37).

Destaca Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 238), ao lecionar que:

Uma vez qualificada como ‘organização social’ e tendo travado contrato de gestão – que será ‘elaborado de comum acordo’ entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, e obrigações [art. 6º] -, a pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia [art. 12, §3º], não havendo restrição alguma a que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários [art. 12] e de servidores públicos que lhe serão cedidos a expensas do erário público [art. 14]!

Caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução, verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade [art. 7º, I c/c art. 8º]. Constatado o descumprimento do contrato de gestão, o Poder Público poderá, assegurado prévio processo administrativo com a garantia de ampla defesa, desqualificar a entidade como organização social [art. 16].

A avaliação destas metas de resultado, que permite avaliar a eficiência, a eficácia e a efetividade são complexas e exige a construção de indicadores para avaliação e acompanhamento do desempenho das Organizações Sociais, permitindo-se avaliar a eficiência, a eficácia e a efetividade da ação ensejada pelo acompanhamento do Contrato de Gestão. Segundo Silva (1997, p. 1 apud PAZ, op. cit., p. 37), prevê quatro tipos de metas de desempenho para as quais devem ser construídos indicadores:

Metas de eficiência de gestão indicadores construídos a partir da comparação entre os resultados e os meios empregados para os obter.

Metas de resultado econômico-financeiro análise da capacidade de auto-sustentação e da dependência de financiamentos.

Metas de abrangência de atuação estão ligadas diretamente ao cumprimento da missão e aos objetivos estabelecidos. Essas metas consideram as diversas áreas de atividade e utilizam, para cada uma, indicadores específicos da sua contribuição para o cumprimento da missão da organização.

Metas de qualidade, satisfação etc. estão ligadas, também, ao cumprimento da missão institucional e aos objetivos estabelecidos. Os indicadores podem ser construídos com base em atributos de qualidade inerentes ao serviço ou ao produto oferecido ou podem ser medidos por meio de pesquisas sobre a satisfação do público usuário.

Pode-se observar, desde já, pelos conceitos apresentados a dificuldade de estabelecer a natureza jurídica do contrato de gestão, apresentando a doutrina diversos posicionamentos, conforme se verá a seguir.

3.2.1 Natureza jurídica

Por apresentarem “características que destoam profundamente tanto dos convênios e parcerias celebrados pelo Poder Público, como dos contratos administrativos e demais contratos de natureza privada” (ZOLET, 2011, p. 1), a lacuna deixada pela Lei 9.637/98, cria uma grande dificuldade na definição da natureza jurídica dos contratos de gestão conforme relata Justen Filho (2004, p. 33-34 apud BUGARIN, 2007, p. 2-3):

A peculiaridade reside em que o particular, através do contrato de gestão, atuará em nome próprio, sob regime de direito privado, mas receberá apoio estatal. [...] Posteriormente, a Reforma Administrativa trouxe o tema ao plano constitucional. A nova redação do art. 37, § 8º, disciplina contratos de gestão elaborados no âmbito da Administração Pública. A figura desperta enormes dúvidas e sua aplicação será um desafio para a comunidade jurídica. [...] É problemático definir, em termos abstratos e indeterminados, a natureza jurídica do contrato de gestão. Até se poderia reconhecer figura similar ao ‘convênio’. É que as partes, no contrato de gestão, não têm interesses contrapostos. Trata-se, muito mais, de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns. [...] é imperioso verificar a natureza jurídica do ato pactuado sob a denominação de contrato de gestão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada.

Tarso Cabral Violin (2006, p. 260 apud ZOLET, op. cit., p. 1), compara os contratos de gestão aos convênios, defende que aqueles possuem natureza de contrato administrativo:

Os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais têm a mesma natureza jurídica dos contraditórios, onde a Administração pretende que determinado serviço seja realizado e pagará para que as organizações sociais o realize. Nos contratos de gestão também há as prerrogativas da Administração Pública existentes nos contratos administrativos. É claro que os contratos de gestão têm algumas peculiaridades, e às vezes até são semelhantes aos convênios, mas não há como, pela importância dos serviços realizados pelas organizações sociais, que estas tenham apenas vínculo de convênio com a Administração Pública, onde elas possam denunciar a qualquer momento, sem penalidades.

Meirelles (2007, p. 385) adota posicionamento diverso, sustentando que “embora a lei denomine este instrumento de contrato, na verdade trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada”. Raciocínio similar possui Oliveira (2007, p. 184 apud ZOLET, op. cit., p. 1) ao defender que:

Tais contratos de gestão não são contratos administrativos e sim acordos administrativos colaborativos [contrato de gestão externo ou exógeno] pois [i] o ajuste em tela não tem por objeto adquirir bens e serviços junto á iniciativa privada ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos; [ii] há a conjugação de vontades para a realização de um interesse que é comum a ambas as partes; [iii] o vínculo instaurado pelo ajuste ora enfocado institui uma parceria, não originando [princípio] prestações equivalentes entre as partes, embora possa estabelecer compromissos recíprocos com efeitos vinculantes e [iv] o

conteúdo do ajuste não é dotado de patrimonialidade [característica dos contratos administrativos], embora do vínculo formado decorram repercussões de ordem financeira.

Posicionamento divergente possui Carvalho Filho (2009, p. 339-340), sendo categórico ao afirmar:

Devidamente qualificadas, as organizações sociais celebram com o Poder Público o que a lei denominou de contratos de gestão, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.

O mesmo entendimento acima sedimentado encontra-se no Voto do Ministro Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, em que exerce a Relatoria, transcrito, em parte, abaixo:

[...] Conforme visto, a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e permite [até mesmo determina] que o Poder Público fomenta essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos. E o fato é que todos os serviços enumerados no art. 1º da Lei 9.637/98 são do tipo ‘não exclusivos do Estado’, dando-se que as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, ali igualmente contempladas, são passíveis de qualificação como organizações sociais. Daí o chamado ‘contrato de gestão’ consistir, em linhas gerais, num convênio. Não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente.

30. Neste passo, calha invocar a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem ‘no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes’³. É como também ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, nesta clara dicção: os ‘convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes’⁴. Ainda Marçal Justen Filho, a saber: ‘no chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe’⁵. Ora, no caso da celebração, entre Estado e organização social, de ‘contrato de gestão’, impossível deixar de reconhecer a presença de interesses tão recíprocos quanto convergentes. A entidade privada ‘contratante’ tem objetivos de natureza social e finalidade não lucrativa [alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso I do art. 2º da Lei 9.637/98]. Objetivos e finalidades compartilhados com o Poder Público.

Pode-se observar que, os entendimentos firmados pela doutrina, se contrapõem radicalmente, sendo, inevitáveis às divergências com relação à aplicação das normas previstas pela Lei nº 9.637/98. Contudo, apesar de toda a divergência doutrinária, parece ser mais acertada a corrente que entende que a natureza jurídica dos contratos de gestão, trata-se de um de convênio, por ser revestido de características conveniais.

3.2.2 Execução e fiscalização⁶

A execução do contrato de gestão foi disciplinada pela Lei 9.637/98, no art. 8º, a execução do contrato como o cumprimento das “suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração”, pressupondo sua correta execução com o alcance de todas as metas dentro dos prazos propostos, detalhados no contrato.

O acompanhamento da execução é direito e dever da administração estando a cargo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º, §1º, da Lei 9.637/98). Neste sentido, é a lição de Francisco de Assis Alves (2000, p. 207 apud. ROCHA, 2006, p. 149):

[...] a execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada e fiscalizada pelos órgãos de controle do Tribunal de Contas. O Poder Público poderá requerer, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, a apresentação de relatório referente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro. O contrato de gestão deverá conter cláusula que possibilite ao Poder Público fazer tal requisição. Comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora, da área correspondente, periodicamente, apreciará os resultados alcançados pelo contrato de gestão. O relatório conclusivo da comissão será encaminhado à autoridade supervisora, subscrito por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

O direito ao acompanhamento da execução do contrato compreende, ainda, o poder de orientar, intervir, interromper e aplicar penalidades, quando as atividades estiverem sendo desempenhadas em desacordo com as cláusulas estabelecidas no contrato.

O poder de orientar permite à administração ditar diretrizes à Organização para que ela possa atingir os propósitos acordados no contrato de gestão. O poder de intervir na execução do contrato é medida extrema, a ser adotada quando a Organização Social mostrar-se incapaz de desempenhar, com o mínimo de qualidade, as atividades propostas, ou quando a Organização Social estiver na iminência de paralisar os serviços. Mesmo que omissa, a lei 9.637/98, essa medida é consequência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, autorizando, autorizando, em situações excepcionais, a intervenção do Poder Público na atividade exercida pela Organização Social.

Outra modalidade é o direito de impedir a continuidade da execução do contrato nos casos em que o desempenho das atividades estiver realizado em desacordo com seu conteúdo, em defesa do interesse público.

⁶ Parte do conteúdo deste tópico foram baseadas em: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Ao constatarem quaisquer irregularidades ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, os responsáveis pela fiscalização, darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (art. 9 da Lei 9.637/98), devendo, ainda, representar junto ao Ministério Público, da Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para tomada das providências cabíveis, entre eles, a indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes (art. 10 da Lei 9.637/98).

Com relação à fiscalização, as entidades qualificadas como organização social, que recursos de fomento do poder público por meio de contrato de gestão, deverão prestar contas aos respectivos órgãos governamentais que mantêm com elas os contratos de gestão, em conformidade com o estabelecido na Lei 9.637/98, e não mais diretamente ao Tribunal de Contas da União (TCU), modificando entendimento do próprio Tribunal, na decisão de nº 592 de 1998.⁷

Destaca-se do trecho do relator, Min. Ubiratan Aguiar, no Acórdão 1952/2007, ao qual seguiu-se Decisão Normativa TCU nº 85, de 2007, complementada pela Portaria 1950/2007 da Corregedoria Geral da União⁸:

No tocante às entidades de direito privado que tenham celebrado contrato de gestão, esta Secretaria propõe a não-obrigatoriedade de prestação de contas, tendo em vista que os órgãos governamentais contratantes (supervisores) dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las.

A decisão, tomada pelo plenário do Tribunal de Contas da União, foi publicada no Diário Oficial da União no dia 21 de setembro. Contudo, não existe qualquer razão para que as Organizações Sociais fujam ao controle exercido pelo TCU. A própria Constituição Federal estabelece, no seu parágrafo único, do art. 70, que a prestação de contas é devida por “[...] qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

Cabe também à administração pública, cumprir com as obrigações previstas no contrato de gestão, relativas ao incentivo da atividade desenvolvida pela Organização Social, dentre elas, a de desembolsar recursos financeiros, segundo o cronograma fixado no contrato de gestão (art. 12, §1º); a outorgar bens, mediante a permissão de uso e ceder funcionários. O

⁷ NOVA decisão do Tribunal de Contas da União reconhece controle previsto em lei como suficiente, informa Lucia Melo em seminário. Notícias.CGEE. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/noticias/viewBoletim.php?in_news=666&boletim=9>. Acesso em: 02 jun. 2012.

⁸ SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. O contrato de gestão e a gestão por resultados. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

seu descumprimento, salvo por comprova impossibilidade, não autoriza a OS, a deixar de exercer a atividade a que se obrigou, cabendo apenas, a demandar indenização pelos danos emergentes, junto ao Poder Judiciário.

3.2.3 Extinção do contrato⁹

Até o presente momento, poucos doutrinadores se debruçaram sobre o tema, que corresponde ao término da relação jurídica estabelecida com a assinatura do contrato de gestão. Como acontece com os contratos estabelecidos entre particulares e a administração pública, a extinção pode ser realizada por dois modos, o normal (com o término do prazo de duração do contrato ou da realização do objetivo do contrato, caso não tenha por características a continuidade) ou pelo modo anormal (por resolução judicial, resilição bilateral ou unilateral, anulação do contrato de gestão ou dissolução regular ou irregular da entidade).

Entre as modalidades de extinção, por modo anormal, temos a resolução, tratando-se de um meio, posto à disposição das partes, para romper o vínculo contratual, mediante a propositura da ação judicial fundada no inadimplemento de uma das partes, podendo ocorrer tanto por iniciativa da Organização Social como por iniciativa da Administração, quando houver inadimplemento.

Quando a resolução se por iniciativa da Administração pode ser judicial ou extrajudicial. No Direito Administrativo, como regra, o inadimplemento do particular autoriza a Administração, fundada na supremacia do interesse público sobre o privado, a resolver, por ato unilateral, o contrato administrativo.

O inadimplemento é causa de resolução do contrato, abrangendo diversas situações que levam o devedor a descumprir a prestação a qual está obrigado, sejam culposas e não culposas.

No descumprimento por caso fortuito ou força maior a prestação não pode ser cumprida pelo contratante em razão de circunstância inevitável que decorre ou da imprevisibilidade ou da irresistibilidade do acontecimento. Outra hipótese é a impossibilidade da prestação por fato do credor, resulta de um ato censurável ou reprovável do credor que intencionalmente ou culposamente contribui para inutilização ou desaparecimento do objeto

⁹ Parte das informações do tópico 3.2.3 foi baseado nos dados retirados de: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro setor. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

da prestação. Em ambos os casos, resultará a extinção da obrigação e a perda do direito do credor à prestação.

Outra modalidade de descumprimento, não culposa, é pela excessiva oneração no cumprimento do contrato resultado de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, segundo a diligência ordinária, comum, exigida para os negócios, não sendo qualquer oneração que autoriza a resolução ou a alteração das bases do negócio, mas, tão-somente, aquela insuportável, e que decorra de um risco estranho ao contrato.

Além dessas causas de inadimplemento sem culpa das partes, a doutrina enumera outras causas peculiares ao direito administrativo, entre eles: o fato do príncipe, o fato da administração e as denominadas interferências imprevistas.

A primeira delas é o fato do príncipe, tratando-se “toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo” (MEIRELLES, 2007, p. 216).

Outra causa de inadimplemento é o fato da administração, que consiste em toda ação ou omissão da administração que incida direta e especificamente sobre o contrato, retardando, agravando ou impedindo sua execução. A doutrina cita, como exemplo, a não entrega pela administração do serviço ou a não realização das desapropriações necessárias, dentre outras. Ou seja, representa qualquer comportamento da administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico.

As interferências imprevistas, por sua vez, são dificuldades materiais, absolutamente anormais, razoavelmente imprevisíveis no momento da conclusão do contrato e que tornam mais onerosa a sua execução. Todas essas interferências imprevistas resultariam como consequência a revisão e a recomposição de preços.

A Organização Social pode deixar de alcançar os resultados pactuados pelas partes por fato não imputável a ela, como o caso fortuito, a ocorrência de eventos a que se reporta a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva, não podendo ser imputado o fracasso no cumprimento das prestações à contratada, que resultará à resolução do contrato com o retorno das partes ao estado anterior a contratação.

A resolução poderá ocorrer, ainda, por descumprimento imputável à Organização Social, hipótese em que, na qualidade de devedora, terá agido com dolo ou culpa na violação das obrigações assumidas no contrato, que terá como consequência principal, a obrigação de indenizar os prejuízos causados à administração.

Admite-se a resolução do contrato pela Administração sem o prévio recurso ao Poder Judiciário, estando, no entanto, subordinada à existência de justa causa e a concessão ao

particular de oportunidade para defender-se. No contrato de gestão celebrado entre a Administração e a Organização Social a justa causa – o inadimplemento – será apontada no relatório conclusivo elaborado pela comissão de avaliação nomeada pela autoridade supervisora e composta por especialista de notória capacidade (art. 8º, § 2º, da Lei 9.637, de 15.5.1998), devendo dar ciência do relatório à Organização Social e conceder-lhe prazo para que se defenda e produza provas, para, só depois, decidir, motivadamente, pela resolução, ou não, do contrato e pela desqualificação da entidade.

Outra modalidade de extinção do contrato é pela resilição bilateral ou unilateral. A resilição bilateral é modalidade de revogação que se realiza pelo *contrarius consensus*, isto é, as partes do contrato decidem dissolvê-lo mediante negócio extinto. A resilição apresenta-se como um novo contrato, só que, desta feita, extinto, sendo o modo mais comum o distrato. Ao lado do distrato existe a resilição convencional, que ocorre quando no contrato há uma cláusula que atribui a qualquer das partes a faculdade de resili-lo.

O distrato do contrato administrativo é possível, desde que conveniente aos interesses públicos e obedecidos todas as formalidades, inclusive, autorização para que as partes firmem o distrato.

A resilição pode ser também unilateral, podendo ser exercido nos contratos por prazo indeterminado, nos contratos de execução continuada ou nos contratos de execução periódica. Mesmo no silêncio do contrato, um direito à resilição, suscetível de ser invocado pela Administração, quando o contrato torna-se inútil ao interesse público ou inadaptado às suas exigências, não produzindo efeitos retroativos, não se restituem as prestações cumpridas.

É possível admitir a revogação (atendendo razões de oportunidade, mérito ou conveniência), desde que ocorra a existência de causas supervenientes à celebração do contrato, que o tornem inadequado para cumprir seus fins, devendo seus atos serem motivados e que atendam a um interesse público.

A revogação respeitará os fatos e efeitos passados, criando o dever para a Administração de indenizar a Organização Social pelos prejuízos causados pela cessação do contrato, entendam-se, apenas, os danos emergentes e não os lucros cessantes, isto porque a Organização Social não tem fins lucrativos, e presta aqueles serviços normalmente sem o incentivo do Poder Público.

A rescisão é a ruptura do contrato em que houve lesão. A lesão irá ocorrer a partir do desequilíbrio das prestações e dolo de aproveitamento, isto é, a obtenção de vantagem que resulte da exploração da inexperiência ou da necessidade do outro no momento da celebração do contrato.

A invalidação é considerada forma excepcional de extinção do contrato administrativo, podendo ser decretada quando presente ilegalidade que não possa ser convalidada pela Administração, não produzindo efeitos jurídicos válidos, não gerando direitos e obrigações entre as partes, só deixando de subsistir suas consequências em relação a terceiros de boa-fé.

3.2.4 Implementação pelos estados membros¹⁰

Desde o advento da Lei n° 9.637/98, que estabeleceu o modelo de Organizações Sociais a ser adotado no plano federal, diversos Estados da Federação implementaram seus próprios sistemas de gestão pública por meio de organizações sociais.

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi editado o Decreto n° 43.493, de 29 de setembro de 1998, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura. Também no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n° 846, de 1998, regulamentou a parceria do Estado com entidades filantrópicas, qualificadas como Organizações Sociais, para prestação de serviços na área de saúde, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Saúde.

Em Goiás, a Lei n° 15.503, de 28 de dezembro de 2005, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais. Em Minas Gerais, tem-se conhecimento do programa "Choque de Gestão Pública", que possui como uma de suas principais metas a publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, que ficarão a cargo de entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais.

Em Santa Catarina, a Lei n° 12.929, de 4 de fevereiro de 2004, instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, regulamentado pelo Decreto n° 3.294, de 15 de julho de 2005. Na Bahia, instituiu-se o Programa Estadual de Organizações Sociais, por meio da Lei n° 8.647, de 29 de julho de 2003, regulamentada pelo Decreto n° 8.890, de 21 de janeiro de 2004.

Os Estados de Sergipe (Lei n° 5.217/2003), Pernambuco (Lei n° 11.743/2000), Distrito Federal (Lei n° 2.415/1999), Espírito Santo (Lei Complementar n° 158/1999), Goiás (Lei 15.503/05), Maranhão (Lei 7.066/98), Ceará (Lei 12.781/97) e o Pará (Lei 5.980/96),

¹⁰ Parte das informações deste tópico foi baseado nos dados retirados de: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1923 MC/DF. Voto-Vista: Min. Gilmar Mendes. **Informativo n° 474, Brasília, 1 a 3 de agosto de 2007.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm#transcricao1>>. Acesso em: 08 maio 2012.

também editaram legislações semelhantes o mesmo ocorrendo com o Estado da Paraíba que, com a aprovação da Lei nº 9.454 de 6 de outubro de 2011.

Deve-se destacar que, estudo realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, publicado em 2009, identificou a existência de 15 leis estaduais, 01 lei do Distrito Federal e 42 leis municipais, dispendo sobre a qualificação e as parcerias realizadas pelas OS's.

4 QUESTÕES CONTROVERSAS DO PROJETO DE PUBLICIZAÇÃO

As controvérsias existentes nos problemas centrais dos contratos de gestão são devidas, em grande parte, pela lacônica disciplina legal da matéria, bem como, a demora para o julgamento das duas ações diretas de inconstitucionalidade ADI nº 1.923 e ADI nº 1.943, que questionam a Lei Federal de nº 9.637/98, que disciplina a matéria.

As ações diretas de inconstitucionalidade insurgem-se contra a ausência de critério para a atribuição do título de organização social, cuja competência se tornou exclusiva do Poder Executivo. Defendem que essa atribuição sem fixação de limites consiste em patente violação ao princípio da legalidade administrativa e, por conseguinte, ao Estado de Direito (BARBIERI, 2011, p.116). Questiona-se, também, a forma como são firmados os contratos de gestão, por permitir a contratação com a Administração Pública sem licitação, em ofensa explícita ao princípio da isonomia (idem).

Acrescente-se, ainda, que o Conselho Federal da OAB pretende, por meio da ADI 1943, a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 9.637/98, sob o argumento de que o Poder Público não pode transferir totalmente à iniciativa privada, atribuições que lhe competem (conforme os arts. 196, 205, 215, 216, §§ 1º e 2º, e 218, § 1º, todos da Constituição Federal (idem).

No julgamento da medida cautelar da ADI 1.923, o plenário do STF entendeu inexistir a incompatibilidade da norma impugnada, com a Constituição Federal. O julgamento da ADI nº 1.943 está sobrestado, aguardando julgamento final da ADI 1.923. Aguarda-se até o presente momento, o julgamento definitivo da ADI 1.923, o que tem permitido o questionamento de todo tipo de ações contra a União, os Estados e os Municípios, ou das mais diversas decisões dos Tribunais de Contas (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 190).

4.1 DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

A falta de previsão constitucional, autorizando de forma expressa a delegação de serviços originariamente prestados à população, pela Administração Pública, desincumbindo-se de seu ônus, a partir dos contratos de gestão, fazendo nascer a discussão a respeito da constitucionalidade da medida disposta em lei ordinária (ZOLET, 2011, p. 1).

Segundo o entendimento de parte da doutrina, se faz inadmissível a delegação da execução dos serviços públicos de interesse social a particulares, haja vista que a Constituição Federal, expressamente, prevê em diversos de seus dispositivos o dever do Estado na

prestação direta de tais serviços, em especial à educação, à saúde e à seguridade social. (ZOLET, 2011, p. 1)

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.240), defende a ideia de que os serviços de interesse da coletividade não podem ser prestados exclusivamente por entidades do terceiro setor, afinal, o Poder Público:

[...] os serviços trespessáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação se constitui em ‘dever do Estado’, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudica-los’ a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir completamente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.

Nesse mesmo sentido, defende Gabardo (2009, p. 235 apud ZOLET, op. cit., p. 1) que, o fato de ser permitida a exploração, pela iniciativa privada, de atividades prestadas pelas organizações sociais, como à saúde, trata-se na realidade de um “mero resultado do tipo de coordenação econômica escolhido pelo constituinte”, contudo, o constituinte “atribuiu responsabilidade típica ao Estado, no tocante à realização das políticas públicas, principalmente as sociais”, o que torna inafastável sua competência própria e direta para gerir tais atividades.

Igualmente, preceitua Violin (2008, p. 3-4):

A saúde é um dever do Estado e sua execução deve ser feita pela Administração Pública ou pela sociedade, sendo que uma das diretrizes é a participação da comunidade. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que participa de forma complementar ao sistema único de saúde, com a preferência de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e sendo vedados auxílios e subvenções a empresas com fins lucrativos (arts. 196-199). Na área da saúde fica claro que o Estado deve ser responsável por executar diretamente os serviços, sendo possível, sem a necessidade de concessão ou permissão, que entidades privadas, sejam do mercado (empresas com fins lucrativos) ou do ‘terceiro setor’ (entidades sem fins lucrativos), prestem estes serviços. De qualquer forma, a participação da comunidade poderá se dar na execução direta de serviços de saúde, mas também por meio da fiscalização e cobrança das políticas, por meio, por exemplo, de conselhos gestores da política da saúde com participação popular. José Afonso da Silva é claro ao interpretar que a Constituição obriga que o Estado preste os serviços de saúde, pela Administração Pública direta ou por suas entidades da Administração Pública indireta.

No entanto, essa interpretação abstrata se mostra equivocada, tendo em vista que a Constituição brasileira faz referência expressa à participação complementar do setor privado no sistema público de saúde.

A Constituição Federal determina em seu art. 196, que a saúde é um “direito de todos e um dever do Estado”, logo adiante, enuncia no art. 197 que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua

regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. (Grifos e destaques nossos).

Prevê ainda a Carta Magna, que as ações e serviços de assistência à saúde são livres à iniciativa privada (art. 199, caput), podendo as instituições privadas participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, § 1º).

Em voto proferido no plenário do STF, no julgamento da ADI 1923, o Ministro Luiz Fux, corrobora com o entendimento exposto:

23. Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde [CF, art. 199, §2º, interpretado a contrario sensu – ‘é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos’] e educação [CF, art. 213 – ‘Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades’], mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

24. Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado⁷. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS’s, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

Desta maneira, os dispositivos mencionados obrigam que o Estado garanta o direito à saúde, e não que ofereça diretamente e de forma exclusiva o atendimento de todos os brasileiros.

Colaciona com tal entendimento, Mânica (2011, p. 164-165):

Assim, considerando que os serviços públicos são relacionados a atividades-fim da Administração Pública, pode-se sustentar que o referido permissivo constitucional admite a delegação de uma atividade-fim do Estado, qual seja, o serviço público de saúde por meio de diversos modelos de ajuste.

[...] No gênero contrato de direito público, mencionado pela Constituição, encontram-se todas as hipóteses: [i] a concessão e permissão de serviços públicos – nos termos do art. 175; [ii] os contratos de direito público e os convênios – nos termos do § 1º do art. 199.

Complementa Paulo Modesto (2011, p. 35), ao defender a legalidade da atuação das organizações sociais em substituição ao Poder Público:

Na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição [v.g., artigos 199; 202; 204, I; 209; 216, §1º; 218, §4º; 225], não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas consequentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes pode ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições ‘públicas não estatais’ [pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos], consoante diferencia a própria Constituição [CF, art. 199, §1º], sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes, casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnologia. O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.

Conclui o Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI 1923:

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.¹¹

Percebe-se que a doutrina começa a apresentar mudanças em relação ao posicionamento, apresentando uma linha de raciocínio de que o Estado, mesmo com a delegação da prestação dos serviços considerados essenciais, para as organizações sociais, não se desincumbe de assegurar e garantir os direitos básicos, continuando sendo responsável e titular da prestação jurídica, afastando qualquer suposta afronta ao *caput* do art. 175 da CF.

4.2 LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DO TÍTULO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL E CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

O art. 2º, II, da Lei 9.637/98 estabelece que se trata de um ato discricionário, da Administração Pública, a concessão do título de organização social às entidades privadas que

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923**. Min. Relator: Ayres Britto. Voto-Vista: Min. Luiz Fux. Publicado em: 07 abr. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em: 16 maio 2012.

reúnam os requisitos exigidos pela lei, inexistindo critérios mínimos que vinculem a deliberação da autoridade administrativa (ZOLET, 2011, p. 1).

No entanto, doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 239), criticam essa discricionariedade para a outorga do título de organização social, chamando de “literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie”, existindo uma inconstitucionalidade manifesta, postergando o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e o princípio constitucional da isonomia (art. 5º).

Contudo, parece mais acertado o posicionamento que defende a dispensabilidade do processo de licitação para a concessão do título de organização social, sustentando, no entanto, a necessidade de imposição de critérios de seleção das entidades para o recebimento da qualificação como organizações sociais, conforme entendimento de Gustavo Justino de Oliveira (2007, p. 208), ao assim se pronunciar:

A rigor, não seria o caso de submeter-se a entidade a um processo de licitação, mas sim agregar ao procedimento legal uma fase de verificação, baseada em critérios objetivos, para a averiguação de sua capacitação técnico-gerencial e de comprovação de expertise na área em que suas atividades são desenvolvidas.

Outro ponto controverso está na necessidade (ou não) do processo licitatório para a celebração dos contratos de gestão. Posteriormente a Lei n. 9.648/98, acrescentou o inciso XXIV ao art. 24 da Lei de Licitações¹², dispensando 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 (OLIVO, 2005, p. 67).

Contudo, autores criticam a dispensa de prévia licitação para a celebração dos contratos de gestão, segundo eles, sem qualquer justifica, violando os “princípios constitucionais da Administração Pública, como o da impessoalidade e da igualdade” (ZOLET, op. cit., p. 1).

Corroborando com as críticas, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 239-240), ao dispor que:

A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as

¹² Lei 8.666/93. Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXIV - 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 (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.

As críticas se fundamentam no fato das OS's receberem verbas custa do erário, bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados, demonstrando previamente habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Isso se mostra incompatível com as concepções do Estado moderno (MELLO, 2009, p. 241).

Leciona Rocha (2006, p. 32 apud ZOLET, 2011, p. 1):

a atividade de fomento deve ser impessoal e respeitar, outrossim, o princípio da igualdade. Ela deve evitar favorecer ou perseguir o beneficiário e assegurar a todos o direito de concorrer aos seus benefícios. Em decorrência, 'quando for impossível atender a todos os possíveis beneficiários, por escassez de recursos, melhor estabelecer entre eles um procedimento licitatório que privilegie uma solução definidora extremamente objetiva – como o sorteio -, se restar demonstrado que os participantes estão em situações idênticas'.

O próprio Tribunal de Contas da União, já se manifestou sobre o assunto, emitindo as seguintes decisões:

Acórdão nº 2.490/2005, TCU, 1ª Câmara. Determina à ABTLuS a exigência de observância do Decreto 5.504/05 quanto a utilização de pregão, preferencialmente de forma eletrônica, para entes públicos e privados, na contratação de bens e serviços comuns decorrentes da transferência voluntária de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres e consórcios públicos.

Acórdão nº 601/2007, TCU, 1ª Câmara. Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron, concluiu que as organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitações e de administração financeira do poder público.

Acórdão nº 1.305/2007, TCU, 1ª Câmara. Embargos de Declaração sobre Acórdão nº 601/2007 [...] ABTLuS, mantém posicionamento recorrido: Nesta Corte, a Decisão Administrativa nº 592/98 – Plenário firmou entendimento de que as Organizações Sociais estão sujeitas à prestação de Contas Sistemática, a ser encaminhada anualmente ao Tribunal de Contas da União nos moldes das entidades da Administração Pública. [...] Relativamente ao pagamento antecipado de serviços, concluímos que as Organizações Sociais sujeitam-se aos princípios de direito público, sendo forçoso também admitir que devem obediência ao princípio orçamentário que veda o pagamento antecipado. Assim o art. 62 da Lei 4.320/64 estabelece que 'o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação' (Cunha Júnior, 2011, p. 191).

Em posicionamento divergente, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 245), assevera:

[...], 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.

Posicionamento semelhante possui o Min. Luiz Fux, em seu Voto-vista da ADI 1923. Para ele, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim um convênio, restrito ao âmbito de licitar. Saliencia, no entanto, que a celebração de contratos de gestão, pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais, dentre eles, “destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, caput), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput)”.

Destaca, ainda, em seu voto:

48. Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitera-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão.

E conclui:

50. Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

(...).

54. [...], deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93.

Para Fernando Borges Mânica (2011, p. 166-167), a escolha da entidade parceira, se faz necessária à realização de procedimento público de escolha, decorrente dos princípios gerais da igualdade e da impessoalidade. Saliencia, no entanto, que o processo de escolha da entidade não deve, obrigatoriamente, seguir o procedimento previsto pela Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), que contém normas gerais de licitação, podendo ser aplicadas subsidiariamente às parcerias de saúde.

Vale salientar, novamente, que essa controvérsia, criada na jurisprudência e da doutrina, é resultado da ausência de lei específica que fixe procedimento adequado à celebração das parcerias e a tentativa de aplicação de procedimentos inadequados a este fim.

4.3 LICITAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO – CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS

A doutrina salienta que, as organizações sociais, não fazem parte da administração pública indireta, figurando no terceiro setor, possuindo, natureza jurídica de direito privado - Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput* - não estando sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela administração pública, mas, pelo fato de receberem recursos públicos, bens públicos há de fazer com que se regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da administração pública - CF, art. 37, *caput* (Min. Luiz Fux, Voto-vista da ADI 1923).

Ressalta Mânica (2011, p. 170), à inexigibilidade do processo licitatório ao dispor que:

[...] o dever constitucional de licitar, conforme dicção expressa do art. 37, XXI da Constituição Federal, não se aplica a entidades privadas parceiras do Poder Público, mas a entidades da Administração Pública Direta e Indireta. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello é enfático ao afirmar: ‘Por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal, estão obrigadas à licitação pública tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas, isto é: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais’.

A Lei Federal nº 9.637/98, em seu art. 17, submete a entidade à obrigatoriedade de editar um regulamento próprio contendo normas e procedimentos a serem adotados para cumprir tais desideratos. Vale ressaltar que, a rigor, esta diante de uma entidade privada, não integrante da Administração Indireta, mas que, por submeter-se a princípios típicos da Administração Pública (art. 7º, inc. I, da Lei Federal nº 9.637/98), haverá de editar um regulamento próprio para realizar suas transações comerciais se estiver em questão o manejo de recursos financeiros públicos (OLIVEIRA, p. 208-209).

Para parte da doutrina, no entanto, considera os contratos de gestão como ‘instrumentos congêneres’ por envolver repasse voluntário de recursos públicos da União, devendo, desta maneira, aplicar a regra estabelecida no Decreto Executivo nº 5.504/2005, que estabelece em seu art. 1º (ZOLET, 2011, p. 1):

Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário

de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

Hely Lopes Meirelles (2007, p. 384), reconhece a aplicação das normas dispostas no Dec. 5.504/2005 para a execução dos contratos de gestão, defendendo, ainda, que as organizações sociais devem fazer uso da modalidade licitatória do pregão na forma eletrônica na contratação com terceiros.

Contudo, parece ser mais acertado o posicionamento que dispõe que as organizações sociais, por não integrarem a administração direta ou indireta, não entram no campo de incidência do art.1º, caput e parágrafo único da Lei 8.666/93, não se submetendo aos estritos procedimentos estabelecidos no regime do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, devendo, contudo, atender aos princípios gerais do processo licitatório, em atendimento aos princípios da administração pública.

4.4 RECRUTAMENTO DE PESSOAL PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A cessão e a remoção de funcionários públicos, para prestar serviços junto às organizações sociais, custeados pelo erário público, além de custear o quadro de pessoal das entidades, sem prévia aprovação em concurso público, causam polêmica, sendo alvo de severas críticas por parte da doutrina.

Parte da doutrina considera tratar-se de uma verdadeira porta de entrada para a contratação discricionária e irregular de servidores públicos, por tratar-se de servidores de fato e de direito, destinados à prestação de serviços públicos, remunerados com recursos públicos, desobedecendo à obrigatoriedade da realização de concurso público na Administração Pública.

Neste mesmo sentido já se pronunciou a jurisprudência pátria, *verbis*:

CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA. CONTRATO DE GESTÃO. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Contrato de gestão firmado entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade, associação civil qualificada como organização social, para fins de realização de programa de saúde, não tem o condão de tornar válida a contratação, por essa entidade, de empregados para prestarem diretamente serviços ao Poder Público, tendo em vista a não observância da exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público (art. 37, inciso II).

2. Inadmissível a fraude na contratação de servidor público mediante a preterição da formalidade essencial do concurso quando se constata que a Administração vale-se, para tanto, de interposta pessoa jurídica de direito privado. Se os serviços são

prestados diretamente em prol da Administração Pública e o servidor é remunerado por verba pública, ainda mais se robustece a convicção de fraude e de transgressão ao mandamento constitucional que exige prévia aprovação em concurso público. Incidência da Súmula 331, item II, do TST. (PROC: E-RR - 16696/2002-900-10-00; PUBLICAÇÃO: DJ - 16/03/2007).

Rothenburg, (2007, p. 104 apud ZOLET, 2011, p. 1), defende que inexigibilidade de seleção por concurso público, justificando que:

[...] para o preenchimento das vagas junto às organizações sociais, pois, em sua opinião, ‘a forma de arregimentação de pessoal deve pautar-se por certa impessoalidade’, afinal, ‘não é porque a prestação da atividade de interesse público não se faz diretamente pelo Estado, que o regime de Direito Administrativo fica completamente alijado’.

Contudo, melhor entendimento possui Mânica (p. 169-170), uma vez que, “ao transferir a gestão de um serviço ao particular, o estado transfere-lhe também a liberdade para a escolha dos melhores modelos de prestação dos serviços, (obviamente nos limites da lei)”, ou seja, devem ser observados os princípios da legalidade impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, não decorrendo, obrigatoriamente, a necessidade de realização de procedimento específico para a contratação de pessoal.

Os funcionários das Organizações Sociais são empregados privados, devendo sua remuneração ter como base os contratos de trabalho firmados consensualmente, devendo, contudo, sua seleção, ser feita da mesma forma da contratação de obras e serviços, sendo posto de modo impessoal e objetivo, sem os rigores do concurso público (ADI 1923, Voto-Vista: Min. FUX, p. 30).

Salienta o Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI 1923:

Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF¹³. O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados (grifos e destaques nossos).

Complementa o Min. Fux, no seu voto-vista ao dispor que: “entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira autarquização das organizações

¹³ 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: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo”.

5 CONCLUSÃO

O Programa Nacional de Publicização, disciplinado pela Lei 9.637/98, autoriza a transferência de gestão de bens e serviços públicos, para a execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, *v.g.*, a saúde, para as Organizações Sociais, com o intuito de aumentar a capacidade do Estado de implementar, de forma eficiente, as políticas públicas.

Para o cumprimento desses objetivos, são garantidas as entidades particulares, sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais, dentre outros benefícios: a destinação de recursos orçamentários e os bens, que são importantes para a execução do contrato de gestão, podendo ser mediante a permissão de uso de bem público, com dispensa de licitação; a cessão especial de servidores públicos, com o próprio poder público arcando com o pagamento de sua remuneração; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços públicos.

Os citados benefícios são considerados, excessivos e inconstitucionais pelos operadores de direito, questionadas inclusive perante o STF, através das ações diretas de inconstitucionalidade ADI nº 1.923 e ADI nº 1.943. É importante destacar que, apesar de toda a controvérsia, a Lei 9.637/98 foi criada com a intenção de fomentar as OS's, de forma a complementarem a função do Estado, para a concretização dos direitos sociais previstos pela Constituição Federal, beneficiando a população, principalmente a mais carente.

Que apesar de não integrar a estrutura da Administração Pública e, ainda, possuírem natureza jurídica privada, devem as Organizações Sociais, se submeterem aos princípios mínimos de direito público (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade — art. 7º da Lei n. 9.637/98), e dos controles, da Administração Pública, bem como, a prestação de suas contas pelo Tribunal de Contas.

Percebe-se uma tendência dos governos estaduais e municipais a acolherem o modelo proposto na Lei, para o estabelecimento do contrato de gestão com as organizações sociais, com o objetivo de prestação de serviços sociais, principalmente no âmbito da saúde. Contudo, não se pode negar que, os administradores, começam a desvirtuar os ideais estabelecidos na Lei 9.637/98, se tornando um verdadeiro instrumento de fuga do regime jurídico administrativo, sendo um atrativo, para os maus gestores.

As vantagens da utilização desse sistema de parceria são imensas, no entanto, a falta uma legislação mais adequada e, ainda, de uma fiscalização efetiva das entidades e do cumprimento dos objetivos estabelecidos nos Contratos de Gestão, por parte da administração

pública e dos órgãos responsáveis (Ministério Públicos, Tribunais de Contas e da sociedade), podem gerar situações de descontrole e desnorreamento dos objetivos estabelecidos e facilitação ao cometimento de crimes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

AZEVEDO, Eriana de Souza; GOMES, Valcimeiri de Souza; ANDRADE, Manoel de Oliveira. **Plano de negócios e terceiro setor: análise de atividade de uma Oscip**. Revista Eletrônica Aboré - Publicação da Escola Superior de Artes e Turismo Manaus - Edição 04 Dez/2010.

BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais**. 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

_____. **Decreto nº 5.504/05**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.HTM>. Acesso em: 24 maio 2012.

_____. **Lei 9.637/98**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 24 maio 2012.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Levantamento de modelos de parceria entre o poder público e entes de cooperação e colaboração no Brasil**. Brasília: MP, Seges, 2009.

_____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1923 MC/DF. Voto-Vista: Min. Gilmar Mendes. **Informativo nº 474, Brasília, 1 a 3 de agosto de 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm#transcricao1>>. Acesso em: 08 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923**. Min. Relator: Ayres Britto. Voto-Vista: Min. Luiz Fux. Publicado em: 07 abr. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual básico: repasses públicos ao Terceiro setor**. 2007. Disponível em: <http://www.tce.sp.gov.br/arquivos/manuaisbasicos/2007_repasses_terceiro_setor.pdf>. Acesso em: set. 2008.

BUGARIN, Paulo Soares. **O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 maio 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contratos de gestão**. Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e sobre as Organizações Sociais. 1998. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 20 maio 2012.

_____. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANCO, Túlio Batista. **Criação das organizações sociais**. As organizações sociais e o SUS. Conferência Nacional de Saúde On Line, jun. 1998. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/>. Acesso em: 18 abr. 2012.

FUHRMANN, Nadia Lucia. **Neoliberalismo, cidadania e saúde**: A recente reorganização do Sistema Público de Saúde no Brasil. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 4, nº 1, jan.-jun. 2004. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/49/1732>. Acesso em: 17 maio 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

IBGE calcula participação econômica do terceiro setor. RedeGIFE Online. 12 jun. 2007. Disponível em <http://www.gife.org.br>. Acesso em: 20 abr. 2012.

LEMONS, Carolina Siqueira. **Gestão pública orientada para resultados**: avaliando o caso de Minas Gerais. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 20 maio 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. **Seleção de pessoal e regime de gestão das entidades privadas em parceria com o setor público na área da saúde**. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). *Terceiro Setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: para o curso de direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARQUES, Gilberto. **Milton Friedman e a defesa do (neo)liberalismo**. 2006. Disponível em: http://www.pstu.org.br/teoria_materia.asp?id=5880&ida=33. Acesso em: 15 maio 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINTO, Lalo Watanabe. **Neoliberalismo**. 2006. Disponível em: http://www.histedbr.fae.uni-camp.br/navegando/glossario/verb_c_neoliberalismo1.ht. Acesso em: 15 maio 2012.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 30, 1 abr. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/473>>. Acesso em: 17 maio 2012.

NOVA decisão do Tribunal de Contas da União reconhece controle previsto em lei como suficiente, informa Lucia Melo em seminário. Notícias.CGEE. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/noticias/viewBoletim.php?in_news=666&boletim=9>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil**: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Revista do Serviço Público, v. 48, n. 2, p. 27-57, maio/ago. de 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Constitucionalidade da lei federal nº 9.637/98, das organizações sociais** (Comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF, do Supremo Tribunal Federal). Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTTS, ano 1 – n. 2 – julho/dezembro 2007.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **As organizações sociais e o novo espaço público**. Florianópolis; FEPESE/Editorial. Studium, 2005.

PAZ, Lourenço Senne. **Apontamentos sobre plano diretor de reforma do Estado, organizações sociais e contratos de gestão**. Revista de Administração, São Paulo v.36, n.3, p. 36-39, julho/setembro 2001.

PEREIRA, Rodrigo Mendes. **Conceitos, características e desacordos no terceiro setor**. 21 maio 2007. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/conceitos_caracteristicas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2012.

_____. **Consensos e desacordos na identificação das organizações do terceiro setor**: conceitos e características. 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/>>. Acesso em: 24 maio 2012.

PIMENTA, Solange Maria; SARAIVA, Luiz Alex Silva; CORRÊA, Maria Letícia (coords.). **Terceiro setor: dilemas e polêmicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. **O contrato de gestão e a gestão por resultados**. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

SETOR sem fins lucrativos representa 5% do PIB nacional. RedeGIFE Online. 12 jun. 2007. Disponível em <<http://www.gife.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

SILVA NETO, Belarmino José da. **Organizações sociais: a viabilidade jurídica de uma nova forma de gestão compartilhada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3254>>. Acesso em: 16 maio 2012.

SOUZA, Leandro Marins de. **Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor**: sistematização e regulação. São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 08 maio 2012.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área de saúde.** *In*: modesto, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). Terceiro Setor e parcerias na área de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, ordem social e privatização** - as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, oscips e demais entidades do “terceiro setor”. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/terceirizacao_privatizaco_terceiro_setor_oscip.pdf>. Acesso em: 19 maio 2012.

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, 22 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18550>>. Acesso em: 19 maio 2012.

ANEXOS

ANEXO A - LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.

Conversão da MPv nº 1.648-7, 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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**CAPÍTULO I
DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
Seção I
Da Qualificação**

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

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

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

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.

Seção II

Do Conselho de Administração

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

Seção III Do Contrato de Gestão

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

Art. 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

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

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

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

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Seção IV Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento,

conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

Seção V

Do Fomento às Atividades Sociais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção VI Da Desqualificação

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

CAPÍTULO II DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

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

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 19. As entidades que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos. **(Regulamento)**

Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

- II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;
- III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União.

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1º A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º.

§ 2º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas.

Art. 23. É o Poder Executivo autorizado a ceder os bens e os servidores da Fundação Roquette Pinto no Estado do Maranhão ao Governo daquele Estado.

Art. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente do disposto no inciso II do art. 37 e no inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010)

Parágrafo único. As disposições do caput aplicam-se aos servidores que se encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010)

Art. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.648-7, de 23 de abril de 1998.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de maio de 1998; 177^o da Independência e 110^o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Paulo Paiva

José Israel Vargas

Luiz Carlos Bresser Pereira

Clovis de Barros Carvalho

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 18.5.1998 e retificado no DOU 25.5.1998

ANEXO B - DECRETO Nº 5.504, DE 5 DE AGOSTO DE 2005.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

DECRETO Nº 5.504, DE 5 DE AGOSTO DE 2005.

Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea "a", e tendo em vista o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição, no art. 116 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e nas Leis nos 11.107, de 6 de abril de 2005, e 10.520, de 17 de julho de 2002,

DECRETA:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§ 3º Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§ 4º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Art. 2º Os órgãos, entes e instituições convenientes, firmatários de contrato de gestão ou termo de parceria, ou consorciados deverão providenciar a transferência eletrônica de dados, relativos aos contratos firmados com recursos públicos repassados voluntariamente pela União para o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, de acordo com instrução a ser editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Art. 3º As transferências voluntárias de recursos públicos da União subseqüentes, relativas ao mesmo ajuste, serão condicionadas à apresentação, pelos convenientes ou consorciados, da documentação ou dos registros em meio eletrônico que comprovem a realização de licitação nas alienações e nas contratações de obras, compras e serviços com os recursos repassados a partir da vigência deste Decreto.

Art. 4º Os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda expedirão instrução complementar conjunta para a execução deste Decreto, no prazo de noventa dias, dispondo sobre os limites, prazos e condições para a sua implementação, especialmente em relação ao § 1º do art. 1º, podendo estabelecer as situações excepcionais de dispensa da aplicação do disposto no citado § 1º.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de agosto de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Antonio Palocci Filho

Paulo Bernardo Silva

Este texto não substitui o publicado no DOU de 8.8.2005