

O público não estatal: as organizações sociais

Renata da Silva Rodrigues

Técnica administrativa do Ministério Público da União (MPU), lotada na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise do modelo institucional federal das organizações sociais, instituído e disciplinado pela Lei federal n. 9.637/1998. O exame desse modelo revela que alguns de seus elementos constitutivos dão margem a controvérsia e que a viabilidade jurídica e administrativa das organizações sociais no âmbito da Administração Pública federal ainda pende de consolidação.

Palavras-chave: Contrato de gestão. Organizações sociais. Publicização. Reforma do aparelho do Estado. Setor público não estatal. Terceiro setor.

Abstract: The objective of the present study is to analyze the federal institutional model of the social organizations, instituted and disciplined by the federal Act n. 9.637/1998. The analysis of the federal institutional model reveals that its constitutive elements are still subject to controversy and that the legal and administrative viability of such organizations on the federal level of Public Administration is still unsettled.

Keywords: Social organizations. Publicization. Third sector.

Sumário: 1 Introdução. 2 As organizações sociais. 2.1 O marco legal. 2.2 Conceito. 2.3 Natureza jurídica do ato de qualificação. 2.4 Requisitos para a qualificação. 2.5 O contrato de gestão. 2.5.1 Conteúdo. 2.5.2 A questão da dispensa de licitação. 2.5.3 Execução e fiscalização. 2.6 Perda da qualificação. 3 Conclusões.

1 Introdução

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, redigido pelo Poder Executivo federal em 1995, previu, entre os seus projetos básicos, a criação de uma nova figura no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito da Administração Pública federal: o título de *organização social*, que qualifica pessoas jurídicas de direito privado a se tornarem aptas a estabelecerem um vínculo de parceria com o Estado. Ainda de acordo com o texto do Plano Diretor, a parceria concretizar-se-ia por meio de outra nova figura jurídica – o contrato de gestão – e envolveria a transferência do encargo de prestação de atividades não exclusivas do Estado para as entidades qualificadas como organizações sociais.

O projeto das organizações sociais, introduzido por ocasião da reforma do aparelho do Estado brasileiro, corporificou-se cinco anos depois, por meio da edição da Lei federal n. 9.637/1998, diploma legal que se encarregou de traçar o modelo institucional das organizações sociais na esfera da Administração Pública federal. Atualmente em vigor, a Lei n. 9.637/1998 institui e disciplina a qualificação de entidades sem fins lucrativos, com atuação em áreas de interesse público, como organizações sociais.

Embora o plano de transferência integral de serviços não exclusivos para entidades criadas e desenvolvidas fora do aparelho estatal – processo tecnicamente denominado “publicização” – pareça ter sido, por ora, abandonado pelo administrador federal, fato é que o modelo das organizações sociais foi acolhido em outras esferas que não a federal. Em diversos estados e municípios brasileiros, o título jurídico de organização social, frequentemente aprimorado com relação ao modelo federal, consiste em meio prestigiado e consolidado para o estabelecimento de parceria com a sociedade civil e para a consecução de uma eficiente e satisfatória prestação de serviços sociais ao cidadão.

A propagada presença das organizações sociais na federação brasileira e a importância adquirida junto ao Poder Público justi-

ficam, por certo, um exame doutrinário mais apurado no que diz respeito ao fenômeno de sua criação, às suas características gerais e às vantagens e desvantagens associadas ao modelo.

2 As organizações sociais

2.1 O marco legal

Gina Copola (2006, p. 2) atenta que o termo “organizações sociais”, com acepção supostamente próxima a dos dias atuais, figurou na legislação brasileira antes mesmo da existência de diploma legal que o definisse. O já revogado Decreto federal n. 2.172/1997, que aprovou o antigo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, dispunha, em seu art. 206, acerca da possibilidade de o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) firmar contratos ou acordos com organizações sociais, com a finalidade de assegurar a realização de programas sociais e a prestação de assistência jurídica ao beneficiário.

Muito provavelmente após se dar conta da impropriedade em que consiste a referência a um instituto ainda não previsto no ordenamento jurídico pátrio, o legislador optou por retirar a previsão atinente às organizações sociais do atual Regulamento da Previdência Social (Decreto federal n. 3.048/1999).

Meses após a edição do Decreto federal n. 2.172/1997, a Presidência da República editou a Medida Provisória n. 1.591/1997, que instituiu a qualificação de entidades como organizações sociais. A referida Medida Provisória foi reeditada mais cinco vezes, sendo então substituída pela Medida Provisória n. 1.648-6/1998.

A Medida Provisória n. 1.648-6/1998 é reiterada e posteriormente convertida na Lei federal n. 9.637/1998, a que se pode atribuir a condição de marco legal das organizações sociais. Ela institui e disciplina as organizações sociais, estabelecendo requisitos, procedimentos e formas de fiscalização, bem como institui o contrato

de gestão, instrumento hábil a regular a parceria entre o Poder Público e as organizações sociais.

Para Ivan Barbosa Rigolin (1999, p. 60), a Lei n. 9.637/1998 trata-se de diploma legal federal-nacional, o que tornaria a qualificação como organização social um ato que independe de edição de lei local que o institua. *A contrario sensu*, Maria Coeli Simões Pires (1999, p. 248) considera a Lei n. 9.637/1998 aplicável tão somente na esfera da Administração Pública federal, apontando-a como referência importante para os demais entes federativos, que poderão legislar sobre a temática no que lhe couber, instituindo as organizações sociais nos âmbitos estadual e municipal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado e Luís Roberto Barroso (2000) também compartilham da opinião de que a Lei n. 9.637/1998 não se trata de lei federal-nacional, cabendo aos estados e aos municípios aprovar suas próprias leis acerca do tema.

2.2 Conceito

O dito marco legal atual das organizações sociais¹, a Lei federal n. 9.637/1998, assim as definiu, em seu art. 1º:

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.

Da leitura da definição dada pelo legislador, extraem-se essencialmente os requisitos gerais a serem cumpridos pela entidade que deseja a qualificação jurídica como organização social, consistindo em formulação um tanto quanto perfunctória. Finda por pecar pela

1 “A denominação organização social é um enunciado elíptico. Denominam-se sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização social” (MODESTO, 1997, p. 199).

redundância, uma vez que reprisa as características de qualquer entidade do terceiro setor – *pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos* –, apenas ocupando-se em limitar os campos de atividade (de *interesse público*) da organização.

Esquece-se o legislador de inserir em sua conceituação dois pontos fundamentais para a compreensão do instituto jurídico sob análise: a noção de que uma entidade é denominada organização social em virtude de um título jurídico a ela outorgado e que a outorga do título jurídico dá-se para a realização de uma finalidade.

A noção da organização social como título é contemplada pelos atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles (2007), que também consignam a finalidade última do instituto em questão:

A organização social [...] é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.) para a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo (MEIRELLES, 2007, p. 383, grifo nosso).

A denominação “organização social” designa, obrigatoriamente, aquelas entidades que receberam do Poder Público o título jurídico de organização social. Nas palavras de Sérgio de Andréa Ferreira (1999, p. 33),

o *status* de organização social é produto de uma qualificação jurídica, atribuída a pessoa jurídica de direito privado, pelo Poder Executivo, uma vez atendidos, por aquela, determinados requisitos e pressupostos.

Assim, imprecisa qualquer definição que se furte de mencionar a qualificação jurídica que precede a existência das entidades denominadas organizações sociais.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 462) que a entidade outorgada com tal título é constituída como uma pessoa

jurídica de direito privado ordinária, diferenciando-se das demais por ter optado por habilitar-se, perante o Poder Público, para o recebimento da qualificação de organização social. A lição é reiterada por Paulo Modesto (1998, p. 80), quando o mestre assevera que “ser organização social não se pode traduzir em uma qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público”.

Outrossim, tem-se que uma definição completa acerca da organização social deve envolver a menção à sua finalidade. Consoante o art. 5º da Lei n. 9.637/1998², as entidades qualificadas como organizações sociais estão habilitadas a celebrar um contrato de gestão com o Poder Público, instrumento jurídico básico da nova parceria que se estabelece entre o setor público e o privado (AZEVEDO, 1999, p. 139). Este finda por ser o principal diferencial da organização social, não extensível às demais pessoas jurídicas privadas³.

Nesse sentido, há mister de colacionar as conceituações oferecidas por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Maria Coeli Simões Pires e Élide Graziane Pinto, que referem em suas definições a parceria estabelecida por meio do contrato de gestão:

Organização social é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, *mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social* (PIETRO, 2007, p. 461-462, grifo nosso).

[...] organização social é a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída como fundação ou associação civil, e quali-

2 “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”.

3 Há que se mencionar, também, o *efeito imediato* à qualificação de tais entidades, previsto no art. 11 da Lei n. 9.637/1998: a atribuição à pessoa jurídica do título de utilidade pública, que coexistirá com o título de organização social.

ficada, na forma da lei, pelo Poder Público, para serviços públicos não-exclusivos ou de caráter competitivo nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, *em sistema de parceria nos termos de contrato de gestão, de natureza administrativa* (PIRES, 1999, p. 248, grifo nosso).

[...] a concepção de organizações sociais, em sentido abrangente, encampa todas as pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, que sejam habilitadas a receber tal qualificação, dados os requisitos específicos previstos na lei supracitada (art. 2º), *habilitação esta que implica, sob a égide de um contrato de gestão, a administração de recursos humanos, instalações e equipamentos (se necessário for) pertencentes ao Poder Público e o recebimento de recursos orçamentários para seu funcionamento*, bem como maiores vínculos de controle e responsabilização perante o Estado e a sociedade, apesar da maior autonomia administrativa (PINTO, 2001, p. 61).

2.3 Natureza jurídica do ato de qualificação

Ao dispor sobre o ato de qualificação de entidades como organizações sociais, o art. 1º da Lei n. 9.637/1998 reza que *poderá* o Poder Público assim qualificá-lo – ser pessoa jurídica 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. Para Juarez Freitas (1999, p. 186), a redação do art. 1º, por si só, oportuniza que o ato de qualificação dependa de um juízo favorável quanto à sua conveniência.

Prossegue o legislador para estabelecer, no art. 2º da Lei n. 9.637/1998, os requisitos a serem cumpridos pela entidade postulante da qualificação, que consistem no *registro de seu ato constitutivo*, com uma série de elementos obrigatórios ali constantes, e na *obtenção da aprovação*, quanto à conveniência e oportunidade de sua qua-

lificação 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. Ao mencionar o juízo de conveniência e oportunidade, a redação do artigo deixa transparecer, sem dúvida, a discricionariedade conferida ao Poder Executivo para a aprovação, ou não, da entidade postulante do título.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 192) atribui ao ato de qualificação como organização social uma natureza jurídica de *ato condição*, definindo-o como

o que tem por objeto a expressão de uma manifestação de vontade satisfativa de um condicionante jurídico, procedimentalmente necessário para a prática de um ato subsequente, geralmente removendo um obstáculo ou criando uma relação preparatória para a edição do ato principal (MOREIRA NETO, 2006, p. 152).

Tem-se, portanto, que o ato de qualificação demanda o preenchimento de requisitos específicos, sendo que a aprovação por dois órgãos federais – requisito disposto no art. 2º, II, da Lei n. 9.637/1998 – consiste em ato discricionário, nos termos da lei, uma vez que atrelado à aprovação do Poder Público, ato que necessariamente envolve um juízo de conveniência e oportunidade quanto à admissão da entidade como organização social.

É justamente a discricionariedade conferida pela lei ao administrador que finda por subordinar a outorga do título jurídico de organização social à conveniência e à oportunidade da Administração, mesmo que preenchidos os requisitos constantes do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.637/1998, o que alimenta as manifestações doutrinárias mais contundentes acerca da natureza jurídica do ato de qualificação das organizações sociais.

Segundo Juarez Freitas (1999, p. 186), a excessiva discricionariedade prevista em lei deriva do fato de que o governo temia uma

explosão – inócua – de pedidos de qualificação, tendo aberto tal margem de discricionariedade com o intuito de selecionar quais entidades, dentro de um universo de candidatas, deveriam, de fato, receber a qualificação como organização social.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado e Luís Roberto Barroso (2000), a discricionariedade remonta ao momento em que as intenções de publicização foram explicitadas pelo legislador, consistindo a exigência de aprovação por parte do Poder Executivo em meio hábil para a escolha das entidades que se desejava ter como partícipes do processo de publicização. Na opinião da autora, desejava o legislador que os próprios servidores do órgão estatal extinto, organizados sob uma nova associação ou fundação, viessem a se qualificar como organização social para que pudessem assumir as atividades publicizadas.

A preocupação com relação à margem de discricionariedade aberta pelo legislador no processo de qualificação das organizações sociais parece, de fato, procedente, em razão das inúmeras vantagens que decorrem de tal qualificação. Tão só a celebração de contrato de gestão – ato aparentemente mediato à qualificação, como se verá adiante –, já é capaz de garantir à organização social o repasse de recursos públicos, bem como a cessão de servidores e a permissão de uso de bens igualmente públicos. São cobiçados benefícios que, a nosso ver, justificariam a transformação do ato de qualificação em um ato vinculado a requisitos objetivos, visando a afastar qualquer submissão a parâmetro político na escolha da entidade a ser qualificada.

Nada há de insólito no cenário descrito por Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 135), em que o agente público, por desvio de poder, nega a qualidade de organização social a uma pessoa jurídica que preenche os demais requisitos, guiando-se por uma finalidade estranha ao interesse público, como a de favorecer outrem ou prejudicar a entidade postulante, ou com a intenção de perseguir interesse estranho à norma. O autor vislumbra a dificuldade de con-

trole do ato administrativo discricionário que denega a qualidade de organização social e acaba por constatar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.637/1998, já que

não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre as pessoas jurídicas que preenchem os requisitos exigidos pelo art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.637/1998, conceder a uma e negar à outra o título de Organização Social. A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. *Se há igualdade entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de Organização Social, a solução, de lege ferenda, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preenchem os requisitos, transformando o exercício da competência do agente, no que diz respeito ao conteúdo do ato, de discricionária para vinculada* (ROCHA, 2006, p. 136-137, grifo nosso)⁴.

Como alternativa ao atual processo de qualificação, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 137) sugere a sujeição a procedimento licitatório que, utilizando-se de critérios objetivos e imparciais, selecionasse entre as entidades candidatas a que se mostrasse mais capacitada a receber a qualificação como organização social e, por conseguinte, a estabelecer vínculo de colaboração com o Estado.

2.4 Requisitos para a qualificação

Conforme já introduzido no tópico supra, é possível extrair da Lei n. 9.637/1998 dois requisitos específicos para que uma entidade possa habilitar-se à qualificação como organização social: o registro de seu ato constitutivo, que deve observar uma série de elementos constantes do art. 2º, inciso I, e sua aprovação por dois órgãos federais, nos termos do inciso II do mesmo artigo.

Do rol de requisitos estabelecidos pela Lei n. 9.637/1998, relativos ao ato de constituição da entidade, demanda comentários o *Conselho de Administração*, previsão inovadora que estabelece o principal canal de ingerência do Poder Público na organização social.

⁴ Também pela inconstitucionalidade: MELLO, 2007, p. 231-233.

O art. 3º da Lei n. 9.637/1998 dispõe regras para a composição do Conselho de Administração, enquanto o art. 4º encarrega-se de fixar suas competências privativas. No que tange à sua composição, vislumbra-se o esforço do legislador em submeter a organização social ao controle próximo do Poder Público e da comunidade. Membros natos representantes do Poder Público, bem como membros natos representantes de entidades da sociedade civil, a serem definidos no estatuto, deverão representar mais de 50% da composição do conselho, sendo o restante das vagas preenchidas por membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, entre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, e por membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto. Tratando-se de associação civil, a Lei n. 9.637/1998 prevê, ainda, vagas para membros eleitos dentre os membros ou os associados.

Destarte, tem-se que a composição do Conselho de Administração, legalmente prevista, implica um alto grau de ingerência externa sobre a entidade. Afinal, submete-se, por força de lei, uma pessoa jurídica de direito privado a decisões proferidas por um conselho constituído, em sua maioria, por membros estranhos à entidade. Sobre a temática, conclui Luis Eduardo Regules Patrone (2006, p. 99):

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

De outro lado, observa-se que a previsão de participação de representantes da sociedade civil no Conselho de Administração harmoniza-se com os objetivos do modelo de administração gerencial implementado pela reforma do aparelho do Estado, porquanto prestigia o controle por parte dos usuários dos serviços prestados

pela organização social. Se tais membros do conselho consistirem, de fato, em representantes de usuários, e não de interesses específicos, ter-se-á um instrumento valioso para a implementação de uma administração com o foco no cidadão-cliente e para a solução de problemas entre políticos (delegatários) e burocratas (delegados) (NASSUNO, 1997, p. 29-31).

A composição do Conselho de Administração, tal qual prevista no art. 3º da Lei n. 9.637/1998, é alvo de críticas por parte da doutrina em razão de sua difícil operacionalização e de sua questionável eficácia. Paulo Modesto (1998) identifica na exigência de obrigatória previsão estatutária da participação de representantes do Poder Público no Conselho de Administração, em um percentual que pode variar entre 20% a 40%, uma onerosidade injustificada para a Administração, que se obriga a ceder pessoal qualificado para compor o Conselho de todas as organizações sociais qualificadas pelo Poder Executivo federal. Na opinião do autor, a referida exigência poderia ser aplicável apenas a entidades de grandes dimensões, o que garantiria um acompanhamento efetivo de organizações sociais que movimentam recursos expressivos (MODESTO, 1998, p. 82).

Luis Eduardo Patrone Regules (2006, p. 100), por sua vez, detecta na estrutura do Conselho de Administração um enfraquecimento do exercício à liberdade de associação, preceito constitucional que assegura a não interferência estatal no funcionamento das associações civis. Segundo o autor, é no mínimo curioso imaginar os particulares, após empreenderem seus esforços para a formação e consolidação da entidade, praticamente realizarem a “entrega” da direção da criatura por eles gerada ao Poder Público.

Para Juarez Freitas (1999, p. 187), a exigência em comento merece reparo em razão da generalidade excessiva da norma, que pode inviabilizar operacionalmente a qualificação de uma entidade, e da incredibilidade de um Conselho de Administração que, composto por representantes do Poder Público, tem por atribuição a aprovação da proposta do contrato de gestão da entidade, a ser

submetida pelo contratante – o mesmo Poder Público. Acrescenta também que não há necessidade de que se submeta a organização social a um controle dessa espécie, cabendo a utilização dos outros mecanismos de controle já previstos às entidades do terceiro setor.

Tecidas as considerações pertinentes à exigência de previsão de um Conselho de Administração no ato constitutivo da entidade candidata à qualificação como organização social, passa-se ao exame do requisito constante do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.637/1998: 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.

A aprovação a ser conquistada pela entidade postulante do título jurídico de organização social é, sabidamente, um exercício do juízo de conveniência e oportunidade, o que confere ao ato de qualificação um caráter discricionário.

Consideradas, novamente, as inúmeras vantagens que decorrem da qualificação como organização social, em especial a possibilidade de celebrar contrato de gestão com o Poder Público e, assim, receber bens, recursos e servidores públicos, a doutrina tem ofertado sugestões de aprimoramento do modelo federal de organização social que consistem na inclusão de novos requisitos a serem cumpridos pela entidade candidata à qualificação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 230-231) atenta para a necessidade de que a entidade demonstre habilitação técnica ou econômico-financeira, capaz de comprovar sua aptidão para estabelecer um vínculo de parceria com o Estado. No mesmo sentido, Paulo Modesto sugere a inclusão da exigência de comprovação de tempo mínimo de atuação na área de atividade, bem como a comprovação da existência de patrimônio ou qualificação técnica especial. Para Modesto (1998, p. 82), tais requisitos evitariam o sur-

gimento de entidades *ad hoc* como beneficiárias do título de organização social e a consequente perda de credibilidade do instituto.

2.5 O contrato de gestão

A Lei n. 9.637/1998, além de instituir e disciplinar o título jurídico de organização social, conceitua, mesmo que de forma superficial, uma nova espécie de contrato a ser celebrado entre o Estado – por via de sua Administração Pública direta – e uma entidade qualificada como organização social: o 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.

Tal qual dispõe o artigo supracitado, o contrato de gestão é o instrumento que estabelece o vínculo jurídico de parceria entre as partes signatárias, ajustando as condições em que se dará o fomento estatal às atividades de interesse público desempenhadas pela organização social; ou, no caso de publicização de serviço público, o ajuste das condições em que se dará a transferência da execução de um determinado serviço público, antes prestado por entidade ou órgão estatal, a uma organização social⁵.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 217), o contrato de gestão consiste em meio de buscar o cumprimento de certas metas administrativas de desempenho nele prefixadas, cuja execução deverá ser periodicamente avaliada pelo contratante

5 Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2006, p. 64-68), o financiamento das atividades de uma organização social que absorveu atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União não pode ser caracterizado como fomento, uma vez que não se trata de mero incentivo a atividades de interesse público desempenhadas pela iniciativa privada. Tratar-se-ia, na opinião da autora, de caso de descentralização por colaboração, em que o Estado transfere a gestão de um serviço público (serviços de saúde, educação...) para outrem, mantendo a sua titularidade.

(Estado). No mesmo sentido opinam os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 267), ao compreenderem como finalidade básica do contrato de gestão a fixação de metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada, com o fito de permitir um melhor controle de resultados.

O conteúdo do contrato de gestão resume-se, portanto, à discriminação de obrigações, atribuições e responsabilidades dos contratantes, com a fixação de metas a serem cumpridas pela organização social, bem como à forma em que se dará o fomento estatal e o controle de resultados a ser adotado. Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 268) que o conteúdo de um contrato de gestão é pesadamente restritivo à autonomia de uma entidade qualificada como organização social, porquanto deverão estas se submeter a inúmeras exigências a bem de se manterem como organizações sociais.

Quanto ao momento da celebração do contrato de gestão com a organização social, embora a Lei n. 9.637/1998 silencie acerca do tema, é possível supor que se trate de momento contemporâneo ou posterior à qualificação da entidade, mas nunca anterior. Nos termos do que já exposto acima, não parece o contrato de gestão tratar-se de requisito para a qualificação como organização social, mas sim de um *efeito mediato* da concessão do título jurídico (ROCHA, 2006, p. 139-140).

Em não consistindo a celebração do contrato de gestão em requisito essencial da qualificação, resta a pergunta, ainda não enfrentada pela doutrina: é possível o Poder Público não proceder à contratação da entidade qualificada como organização social?

Embora uma leitura atenta da Lei n. 9.637/1998 sugira a vinculação entre o momento da qualificação e a celebração de contrato de gestão, fato é que não há nenhum dispositivo legal explícito acerca do tema. Considerando-se a finalidade de tal instrumento – a formalização do vínculo de parceria, estabelecendo as condições

em que se dará o repasse de recursos às contratadas –, o contrato de gestão seria imprescindível, sob pena de tornar inócua a qualificação da entidade como organização social. Não havendo a produção do efeito mediato da qualificação, o instituto esvazia-se, uma vez que o efeito imediato não justificaria a sua criação.

2.5.1 Conteúdo

Embora já tenhamos definido preliminarmente o conteúdo do contrato de gestão – aquele atinente às atribuições, responsabilidades e obrigações recíprocas das partes signatárias –, impende examinar seus elementos obrigatórios, tal qual disposto no art. 7º da Lei n. 9.637/1998:

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.

Do referido dispositivo legal, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 143-145) extrai o conteúdo mínimo do contrato de gestão celebrado com organizações sociais: a) a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social e a estipulação de

metas a atingir e os respectivos prazos de execução; b) a metodologia de avaliação e desempenho; c) os recursos orçamentários, os bens públicos que serão destinados, bem como os servidores que serão cedidos para o cumprimento do programa de trabalho proposto; d) a estipulação de limites para despesas com remuneração e vantagens e o estabelecimento de critérios para concedê-las aos dirigentes e empregados das organizações sociais e e) o estabelecimento de mecanismos de controle e fiscalização.

Quanto ao programa de trabalho a ser apresentado pela organização social signatária, que deve envolver a descrição das atividades a serem desenvolvidas e as metas a serem perseguidas, de modo a viabilizar um controle dos resultados alcançados, silencia a lei quanto à necessidade de que os serviços prestados pela entidade sejam gratuitos. Paulo Modesto (1998, p. 82) sugere que seja exigido pelo menos um certo percentual de serviços gratuitos diretamente prestados ao cidadão, a ser calculado, por exemplo, sobre o valor das subvenções concedidas ou sobre o valor do apoio não financeiro alcançado pelo Estado.

O segundo elemento obrigatório – a metodologia de avaliação e desempenho – consiste na forma em que o Poder Público verificará o cumprimento das metas ajustadas e a adequabilidade dos serviços prestados pela organização social.

O terceiro elemento a constar do contrato de gestão são os termos em que se dará a atividade de fomento estatal à organização social, com a previsão minuciosa dos meios a serem utilizados. Com fulcro nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 9.637/1998, poderá o Estado não só destinar recursos orçamentários às organizações sociais (forma clássica de fomento), mas também destinar bens públicos, mediante permissão de uso, e ceder servidores públicos, com ônus para a origem. A atipicidade dos meios de fomento eleitos pelo legislador leva Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado e Luís Roberto Barroso (2000) a asseverarem que se está diante da “maior ajuda que já se concebeu dar para uma entidade

no Direito brasileiro”. Salienta-se que os bens públicos cedidos por meio de permissão de uso estão dispensados de licitação pública e poderão abarcar até mesmo a totalidade do patrimônio imóvel de uma entidade estatal extinta, que passarão a ser geridos pela organização social em regime de permissão de uso.

No que tange à possibilidade de cessão de servidores públicos, com ônus para o Poder Público, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 233) repreende a iniciativa do legislador federal, apontando os pontos críticos de tal forma de fomento estatal:

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberram dos mais mezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretende impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

Já a obrigatoriedade de estipulação de limites para despesa com remuneração e vantagens e o estabelecimento de mecanismos de controle e fiscalização consistem em meios encontrados pelo legislador para racionalizar o funcionamento da organização social, em uma tentativa de mantê-la sob atenta vigilância no que toca aos seus gastos e à destinação que é dada aos recursos que recebe do Poder Público. Cumpre sublinhar que as conclusões obtidas por meio dos mecanismos de controle e de fiscalização poderão embasar uma posterior desqualificação da entidade.

A presença de outras cláusulas no contrato de gestão, a serem definidas pelo Poder Público, é admitida pelo parágrafo único do art. 7º. Tratando-se de um contrato submetido a regime jurídico *sui generis* e que necessariamente deve observar princípios juspu-

blicistas, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 145-146) admite a incidência das denominadas “cláusulas exorbitantes”, bem como da necessidade implícita de se buscar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.5.2 A questão da dispensa de licitação

A Lei n. 9.637/1998 atribuiu aos contratos de gestão um invólucro de contrato administrativo, submetendo-o a princípios juspublicistas e prevendo um rígido controle de sua execução. Contudo, sabe-se que, por força do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, todo contrato administrativo deve ser precedido de processo licitatório, ressalvados os casos especificados na legislação.

Disposto a conceder às organizações sociais a prerrogativa de celebrarem contratos de gestão sem a necessidade de observar procedimento licitatório prévio, o legislador acrescentou ao art. 24 da Lei n. 8.666/1993 o inciso XXIV, que dispensa de licitação os contratos de gestão a serem celebrados com organizações sociais e que tenham por objeto a prestação de serviços.

Adotando uma concepção legalista, Gina Copola (2004, p. 575) e Ivan Barbosa Rigolin (1998, p. 32-33) admitem a dispensa de licitação para os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, porque a lei assim expressamente dispôs.

No entanto, examinando-se os limites à discricionariedade do legislador ao prever um caso de dispensa de licitação pública, surgem dúvidas acerca da constitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/1993.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 270), a possibilidade de absorção das atribuições de uma entidade estatal extinta e o recebimento de recursos orçamentários e bens públicos justificariam a exigência de licitação pública para a escolha das entidades que serão qualificadas como organizações sociais. Para a autora, a

exigência de licitação deveria preceder a celebração do contrato de gestão e estar conectada à outorga do título jurídico.

Marçal Justen Filho (2005, p. 27) considera imprescindível que, entre as entidades qualificadas como organização social, seja adotado um processo objetivo de seleção para a celebração de contrato de gestão. Exemplifica o caso em que a Administração intencione outorgar aos particulares a gestão de um educandário, e conclui que é necessário que seja facultada a disputa pelo contrato de gestão, selecionando-se a melhor proposta segundo critérios objetivos preestabelecidos, em observância ao princípio da isonomia e da indisponibilidade do interesse público. E prossegue:

Ressalte-se que incidem, no caso, os dois princípios fundamentais da licitação. Em primeiro lugar, há o postulado *de indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal*. Como decorrência, a Administração não pode ceder bens, pessoal e recursos a terceiros por mera liberalidade. [...] Quando o Estado escolhe uma certa organização social e com ela firma determinado contrato de gestão, está atuando no molde a promover o bem comum. Esse é o único fundamento que autoriza ceder bens, pessoal e recursos para particulares. Seria um contra-senso afirmar, simultaneamente, que o Estado não necessitaria optar pela melhor escolha possível. [...] a atuação do Estado tem de ser norteadada pelo ideal de selecionar a melhor alternativa possível. [...] Em segundo lugar, há o *princípio da isonomia*. Todas as organizações sociais têm o direito de ser tratadas igualmente. Não se admitem distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas. [...] Seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) para realizar contrato de gestão com objeto específico. *Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade* (JUSTEN FILHO, 2005, p. 267, grifo nosso).

Acerbas críticas à dispensa de licitação para os contratos de gestão também são proferidas por Celso Antônio Bandeira de

Mello, que assevera que a ausência de licitação só se justifica quando há conclusivas razões para tal, o que não seria o caso da hipótese de dispensa em comento. Bandeira de Mello (2007, p. 232-233) destaca dois aspectos que estariam envolvidos em inconstitucionalidade: o recebimento de vantagens econômicas sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados e a absorção de serviços públicos por organizações sociais.

Quanto ao recebimento de benesses variadas – bens públicos, dotações orçamentárias e cessão de servidores públicos –, Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra preocupação com a outorga do título jurídico em si, ato que considera desprovido de qualquer exigência de comprovação de habilitação patrimonial, financeira e técnica das candidatas, atributos que poderiam ser facilmente aferidos por meio de um processo licitatório. Dessa forma, concentra suas críticas no momento anterior da celebração do contrato de gestão – a qualificação –, ato que, em seu estado atual, define como “uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes” (MELLO, 2007, p. 233).

Em meio à discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da dispensa de licitação pública para a contratação de organizações sociais, há o acórdão prolatado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5. Do referido acórdão, é possível extrair valiosos posicionamentos acerca da constitucionalidade da dispensa de licitação em comento.

O relator originário do acórdão, ministro Ilmar Galvão, assim opinou:

Quanto à pretendida licitação para fim de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de ter-se por descabida a exigência, na medida em que se considera que *se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister.*

Ademais, a Constituição, no art. 37, XXI, reserva ao legislador ordinária a especificação de hipóteses de dispensa de licitação na aquisição e alienação de bens e serviços pela administração, circunstância que autoriza a ilação de que se está diante de casos da espécie⁶ [grifo nosso].

Retomando o entendimento de que há limites à discricionariedade do legislador ao excepcionar a dispensa de licitação, o ministro Eros Grau vota pela inconstitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, citando Robert Alexy:

Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando “não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível”.

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/1998: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a “cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem”. Inconstitucionalidade chapada, como diria o ministro Pertence, inconstitucionalidade que se

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5*. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Qualificação de entidades como organizações sociais. Inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Dispensa de licitação. Alegação de afronta ao disposto nos arts. 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, §§ 1º e 2º; 129; 169, § 1º; 175, *caput*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, §§ 1º e 2º; 211, § 1º; 213; 215, *caput*; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; 225, § 1º, e 209. Indeferimento da medida cautelar em razão de descaracterização do *periculum in mora*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, 1º ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2010.

manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993 com a redação que lhe foi conferida pelo art. 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998⁷ [grifo nosso].

A referida medida cautelar em ação de declaração de inconstitucionalidade foi indeferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em 1º de agosto de 2007, inclusive no tocante à dispensa de licitação para celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

2.5.3 Execução e fiscalização

A execução do contrato de gestão dá-se com o desenvolvimento das atividades de interesse público por parte da organização social, nos termos previstos no programa de trabalho elaborado, com o fim último de cumprir as metas propostas dentro do prazo de execução fixado. Por parte do Poder Público contratante, caberá o repasse dos créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras em favor da organização social, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

Iniciada a execução do contrato de gestão, a Lei n. 9.637/1998 prevê mecanismos de fiscalização e controle com o intuito de assegurar o correto cumprimento do contrato, mecanismos estes que são complementados por outros constitucionalmente previstos.

Embora seja visível a necessidade de que se exerça controle sobre as atividades desenvolvidas pelas organizações sociais, parece necessário reiterar que tais entidades são potencialmente destinatárias de recursos, bens e servidores públicos e, portanto, incumbidas de gerir *res publica*. Conforme observa Andrea Nunes (2006, p. 57), o controle sobre tais entidades, seja sobre os critérios no repasse das verbas e respectiva prestação de contas, seja sobre a qualidade dos serviços prestados, é modo hábil a assegurar que as organizações do

⁷ Ver nota 6.

terceiro setor em geral revertam o que lhe é repassado em benefícios para a população por elas atendida.

Para fins didáticos, dividir-se-ão tais mecanismos de controle e fiscalização da execução dos contratos de gestão em três espécies: internos, externos e o social.

Por *controle interno*, compreendemos os “mecanismos de controle que podem ser desenvolvidos dentro da própria entidade a fim de que esta venha a desenvolver uma estrutura compatível com as suas novas e importantes atribuições na Sociedade” (NUNES, 2006, p. 61). É, pois, um controle exercido pela Administração Pública, a partir de mecanismos a serem implementados dentro da própria organização social.

O art. 8º da Lei n. 9.637/1998 prevê uma primeira forma de controle interno que consiste na fiscalização da execução do contrato por órgão ou entidade supervisora da área de atuação da organização social. Assim, deverá a entidade qualificada como organização social apresentar relatório pormenorizado acerca da forma em que se está se dando a execução do contrato de gestão, atualizando o Poder Público no que toca às metas propostas e aos resultados efetivamente alcançados, realizando a devida prestação de contas daquele exercício financeiro. A apresentação do relatório de atividades da organização social dar-se-á ao término de cada exercício, ordinariamente, ou a qualquer momento, extraordinariamente (ROCHA, 2006, p. 148-149).

Uma vez apresentado o relatório, este será repassado à avaliação de uma comissão, a ser composta por especialistas da área de atuação da organização social. A comissão de avaliação proverá um relatório conclusivo acerca dos resultados alcançados pela entidade fomentada, a fim de atestar a adequabilidade dos dados enviados e o andamento da execução do contrato de gestão.

Ainda sobre mecanismos de controle interno, mister falar no art. 17 da Lei n. 9.637/1998, que implementa a obrigatoriedade da observância, por parte das organizações sociais, de uma regulamen-

tação para a contratação de obras e serviços, bem como para aquisições com o emprego de recursos públicos. A referida regulamentação deverá ser publicada no prazo máximo de noventa dias, contado da assinatura do contrato de gestão. Para Leon Frejda Szklarowsky (1999, p. 154), o regulamento contendo os procedimentos para as contratações a serem realizadas pela organização social deverá substanciar os princípios gerais do processo licitatório, na esteira do que já decidiu o Tribunal de Contas da União com relação aos Serviços Sociais Autônomos (Decisão Plenária n. 907/1997).

No que toca ao controle externo – aquele exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio técnico-administrativo do Tribunal de Contas –, deve-se cotejar o art. 9º da Lei n. 9.637/1998 com o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal. Enquanto o primeiro prevê a atuação do Tribunal de Contas da União (tratando-se de organizações sociais no âmbito federal) quando provocado pelos órgãos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, a previsão constitucional determina a prestação de contas ao Tribunal de Contas 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. É possível concluir, portanto, que a atuação do Tribunal de Contas não se dará tão só quanto provocado, mas sim de forma periódica, por meio do exame da prestação de contas que deverá ser apresentada pela organização social⁸.

Destarte, além do controle previsto no art. 9º da Lei n. 9.637/1998, há o dever constitucional da organização social de prestar contas ao Tribunal de Contas, haja vista que tais entidades utilizam-se de bens, servidores e até mesmo de recursos orçamentários para que possam cumprir o contrato de gestão celebrado (COPOLA, 2004, p. 574). Outrossim, há a previsão constitucional de que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (CF, art. 74, § 2º).

8 Nesse sentido: FREITAS, 1999, p. 184; PIRES, 1999, p. 252; SZKLAROWSKY, 1999, p. 155.

A terceira espécie de controle – o *controle social* – é nota distintiva nas organizações sociais, estando inserida no ideal de efetiva participação da sociedade civil na administração do que é considerado de interesse público. Élide Graziane Pinto (2001) aponta duas formas institucionalizadas pela Lei n. 9.637/1998 de exercício do controle social: a quota de membros do Conselho de Administração destinada aos representantes da sociedade civil (art. 3º, I, *b*) e aquela prevista no art. 20, inciso III, onde se lê que deve ser observado, na implantação do Programa Nacional de Publicização, o controle social das ações de forma transparente. Finda a autora por concluir que, enquanto a primeira forma de controle é plenamente operável, a segunda ainda se encontra em um plano programático, ainda não procedimentalizada (PINTO, 2001, p. 70).

Quanto ao controle social exercido pelos membros do Conselho de Administração, Marianne Nassuno vislumbra sua ineficácia em razão das dificuldades da organização dos usuários e os custos de participação envolvidos. Explica a autora que o grupo de usuários atendidos pelas organizações sociais, levando-se em conta as variadas áreas de atuação destas, costumam ser numerosos e dispersos, faltando-lhes mobilização para se fazerem devidamente representados no Conselho. Como solução, sugere a implantação de um mecanismo que prescindia da organização da ação coletiva dos usuários, citando o exemplo do *ombudsman* (NASSUNO, 1997, p. 32-38).

Paralelamente, o art. 10 da Lei n. 9.637/1998 trata da competência do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria da entidade para, quando provocados pelo órgão fiscalizador, requererem ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da organização social e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. No entender de Andrea Nunes (2006, p. 138), o dispositivo legal não afasta o poder fiscalizatório constitucionalmente atribuído ao Ministério Público no que toca ao patrimônio público e social e que prescinde de representação por parte de qualquer órgão.

2.6 Perda da qualificação

Em seu art. 16, a Lei n. 9.637/1998 prevê a desqualificação da entidade quando constatado o descumprimento das disposições previamente acordadas no contrato de gestão firmado. Por meio da referida previsão legal, verifica-se, mais uma vez, o papel essencial do contrato de gestão para a concretização da parceria entre organização social e Poder Público, constituindo-se o seu pleno cumprimento em condição *sine qua non* para a manutenção do título jurídico.

Conforme destaca Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 170), o não cumprimento das cláusulas do contrato de gestão de que trata o legislador deve refletir, tão somente, a resolução do contrato de gestão por culpa ou dolo da organização social, e não qualquer espécie de extinção do contrato de gestão.

Moreira Neto (2006, p. 553) acrescenta como causa de desqualificação a invalidade ou a perda das condições essenciais à qualificação obtida. Se há requisitos rígidos a serem cumpridos para a obtenção da qualificação, parece lógico que o não cumprimento superveniente destes mesmos requisitos acarrete a perda da qualificação, uma vez que a entidade não mais ostenta as características que lhe são legalmente exigidas – finalidade não lucrativa, atuação em área social, possuir órgãos de deliberação nos moldes previstos em lei etc.

Segundo Juarez Freitas, a redação do art. 16 equivocadamente dá azo à interpretação de que o ato de desqualificação não é vinculado à constatação do descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, quando dispõe que “o Poder Executivo *poderá* proceder à desqualificação da entidade como organização social”. Para o autor, a desqualificação é cogente, não podendo admitir-se qualquer juízo subalterno ou condescência impertinente quando a desqualificação é, em verdade, inarredável (FREITAS, 1999, p. 186).

Sílvio Luís Ferreira da Rocha oferece solução diferenciada para a interpretação do art. 16, afirmando que há, sim, margem de liberdade para a apreciação subjetiva do administrador na aplicação da sanção, devendo ser escolhida a alternativa que melhor atenda ao interesse público. Para o autor, o critério “interesse público” bastaria para que situações envolvendo, *verbi gratia*, desvio de recursos, desencadeassem, necessariamente, um processo de desqualificação (ROCHA, 2006, p. 171).

Como consequência da desqualificação, a Lei n. 9.637/1998 impôs a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social. Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 17), “reversão” não consiste em um termo tecnicamente correto, uma vez que os bens sempre pertenceram ao Poder Público; logo, tratar-se-ia de simples resolução da permissão de uso.

A entrega dos bens e dos valores aparentemente deverá se ajustar à previsão do art. 2º, inciso I, alínea *i*, que fala na incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, *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. Viabiliza-se, assim, a continuidade da atividade de fomento às entidades que se dedicam à prestação de serviços de relevância social, no caso em que uma delas reste desqualificada pelo Poder Público.

3 Conclusões

As organizações sociais, escopo específico do presente trabalho, representam a primeira iniciativa do legislador brasileiro no sentido de efetivamente delimitar a área de atuação estatal. Em seu diploma legal paradigmático, a Lei federal n. 9.637/1998, resta assinalada não só a sua atuação como típica entidade pertencente ao terceiro setor, atuando paralelamente ao Estado, tendo suas ati-

vidades de interesse público fomentadas pelo Poder Executivo, mas também a sua atuação como verdadeira sucessora de entidades e órgãos públicos extintos, absorvendo as atividades sociais a que estas se dedicavam.

Examinar as características atribuídas pelo legislador às entidades qualificadas como organizações sociais parece envolver, necessariamente, uma reflexão acerca das potenciais falhas contidas no modelo federal e da possibilidade de aprimoramento deste. Inicialmente, há a questão do ato de qualificação das entidades candidatas, envolto por requisitos que não parecem garantir um efetivo controle interno das atividades desenvolvidas pela organização social. Tem-se, a título exemplificativo, o requisito da previsão de criação de um Conselho de Administração com massiva participação de representantes do Poder Público, cuja eficácia e utilidade são discutíveis, ao mesmo tempo em que se opta por dispensar a entidade candidata da necessidade de demonstração de qualquer habilitação técnica e econômico-financeira mais minuciosa.

Consideradas as relevantes benesses aproveitáveis às entidades qualificadas como organizações sociais, que incluem a possibilidade de destinação de recursos orçamentários, bens e servidores públicos, sob qual fundamento poderia o legislador deixar de exigir a comprovação, por parte da entidade candidata ao título jurídico, de tempo mínimo de atuação na área da atividade a ser fomentada, ou da existência de patrimônio condizente com as metas que se propõe a perseguir? Trata-se, aqui, de requisitos de complexidade mínima, que auxiliariam no fortalecimento da credibilidade de tais instituições e minimizariam os riscos de descumprimento do contrato de gestão.

Ainda sobre o ato de qualificação, afigura-se questionável a escolha do legislador federal de revesti-lo em discricionariedade. Afinal, em um extenso universo de entidades de direito privado, candidatas à qualificação como organização social, atraídas pela possibilidade de estabelecerem um vínculo de parceria com o

Poder Público e, dessa forma, terem suas atividades fomentadas por este, não parece apropriado incumbir dois órgãos federais da tarefa de examinar a conveniência e oportunidade da qualificação intentada. Bastaria que se fixassem requisitos objetivos para a outorga do título jurídico, que poderiam até mesmo culminar na submissão das entidades candidatas à qualificação a um procedimento licitatório.

Não se pode olvidar, também, a lacuna da Lei n. 9.637/1998 no que diz respeito ao tempo da celebração do contrato de gestão. Toda entidade qualificada como organização social possui o direito subjetivo à celebração imediata de um contrato de gestão? Ao que parece, a qualificação como organização social afigura-se vazia sem o ajustamento da parceria via contrato de gestão, pois é ele o instrumento hábil a estabelecer as condições em que se dará o fomento estatal. Tal constatação reforça a necessidade de que o ato de qualificação consista, por si só, em eficaz meio de controle da atuação tais entes.

Quanto à dispensa de licitação pública para a celebração do indigitado contrato, consagrada no art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/1993, cuja controvérsia resta, inclusive, exposta nos autos da Ação de Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, é provável que a celeuma acerca do tema fosse abrandada com a simples instituição de um processo objetivo de seleção que remonte ao momento da outorga do título jurídico. Destarte, a celebração do contrato de gestão e o consequente repasse de recursos públicos seriam obrigatoriamente precedidos por um processo administrativo que garantisse igualdade a todos os interessados e a observância aos princípios constitucionais da função administrativa do Estado.

Por fim, igualmente controvertida mostra-se a possibilidade de que organizações sociais absorvam atividades de entidades e órgãos públicos extintos, transferência de serviços não exclusivos denominada “publicização”, embora a prática em comento seja

escassa no âmbito da Administração Pública federal. Pode o Estado transferir ao setor público não estatal o encargo de prestação de todos os serviços sociais, ditos não exclusivos?

A Constituição Federal estabelece, por certo, o dever do Estado de prestar a todo cidadão brasileiro certos serviços sociais, inclusive em regime de gratuidade; e alguns destes serviços poderão ser objeto de publicização, de acordo com a Lei n. 9.637/1998. Os argumentos favoráveis e contrários ao processo de publicização por organizações sociais encarregam-se, em sua maioria, de manipular livremente o conceito de “prestação”; os primeiros sustentam que a prestação de serviços não exclusivos por organizações sociais coaduna-se com o texto constitucional, porquanto o Estado mantém a posição de financiador das atividades destas entidades, ao passo que os segundos centram-se na necessidade de que o Estado preste, diretamente, os serviços sociais que lhe são constitucionalmente atribuídos.

Diante da manifesta inaptidão da Administração Pública brasileira em cumprir com os inúmeros deveres que lhe são constitucionalmente impostos, engessada em uma estrutura ainda burocrática e ineficiente, e da notória insatisfação dos administrados com os serviços públicos que lhe são ofertados, as concepções pessoais acerca do que devam ser, de fato, atribuições do Estado, são postas à prova. E então o ideal do Estado subsidiário, antes utópico, parece menos intangível, e mais desejável.

Certo é que, antes de proceder-se à análise da viabilidade jurídica do processo de publicização, deve-se assegurar o aprimoramento do modelo federal das organizações sociais. Tal qual delineado no âmbito da Administração Pública federal, o modelo apresenta graves impropriedades, que comprometem demasiadamente a sua aplicação extensiva. Não se trata, aqui, de desconstituir uma figura jurídica de inestimável valor para a redução do aparelho do Estado brasileiro, mas sim de provê-la com atributos capazes de garantir a boa gestão da *res publica*.

O comprometimento e a aptidão do setor público não estatal para o desempenho de atividades de interesse coletivo, atuando paralelamente ao Estado, são demonstrados por meio de inúmeras iniciativas atualmente executadas no Brasil. E ainda que máculas no modelo sejam esporadicamente reveladas, observa-se o crescente esforço no sentido de ampliar as formas de controle e fiscalização da atuação de tais organizações da sociedade civil, estreitando possíveis margens para atos ímprobos e atentatórios à moralidade administrativa.

No entanto, assumir integralmente atividades que sempre foram atribuídas ao Estado e que dizem respeito ao atendimento de direitos fundamentais do cidadão consiste em zona de atuação ainda pouco explorada pelas organizações públicas não estatais. Superadas as controvérsias iniciais e valendo-se de um vínculo de parceria administrativa e juridicamente viável, resta saber se a sociedade civil organizada demonstrará o seu comprometimento e aptidão característicos também na tarefa de substituir o Poder Público na prestação de serviços sociais.

Referências

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, p. 135-142, jan./dez. 1999.

BRASIL. Câmara de Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: 1995.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*. 5. ed. Brasília: 1997.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Do parecer no tocante à terceirização e às parcerias na saúde pública*. Brasília, 1998. Relator: Wagner Gonçalves.

COPOLA, Gina. As organizações sociais e os contratos de gestão. *BLC: Boletim de Licitações e Contratos*, v. 17, n. 8, p. 573-575, ago. 2004.

———. *Desestatização e terceirização*. São Paulo: NDJ, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; DELGADO, José Augusto; BARROSO, Luís Roberto. Agências executivas, agências reguladoras e organizações sociais; natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes; contratos de gestão conferindo maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 16, n. 11, p. 801-822, nov. 2000.

———. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Uma visão crítica das organizações sociais. *Revista trimestral de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 33-42, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

_____. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 35-53, out./dez. 1998.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASSUNO, Marianne. Organização dos usuários, participação na gestão e controle das organizações sociais. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 48, n. 1, p. 27-42, jan./abr. 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

PINTO, Élide Graziane. Organizações sociais e reforma do Estado no Brasil: riscos e desafios nesta forma de institucionalizar a parceria Estado-sociedade organizada. In: CONCURSO DE ENSAYOS Y MONOGRAFÍAS SOBRE REFORMA DEL ESTADO Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 14. Documentos Debate: Estado, Administración Pública y Sociedad: *Ensayos Ganadores 2000*. Caracas: CLAD, n. 6, p. 47-82, abr. 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões. Terceiro setor e as organizações sociais. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 245-255, abr. 1999.

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

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Alguns casos polêmicos de licitação dispensável e inexigível: o contrato de gestão. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n. 78, p. 32-33, out./dez. 1998.

———. O contrato de gestão e seus mistérios. *Revista Consulex*, Brasília, n. 27, p. 60, mar. 1999.

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

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Organizações sociais. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 154-155, mar. 1999.