

HASSAN SOHN

A QUESTÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Contratual Empresarial ministrado pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, em parceria com a Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista.

Professor Orientador:
Dr. Fernando Gustavo Knoerr

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

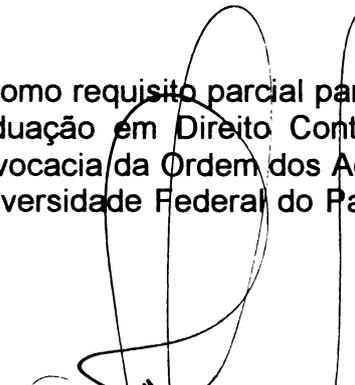
A QUESTÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

por

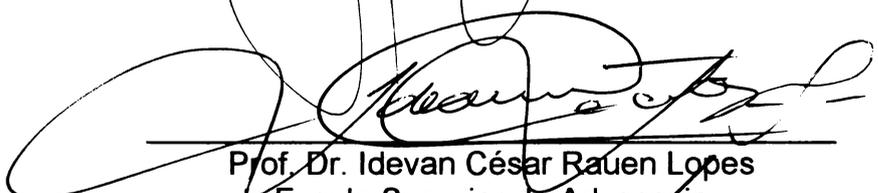
Hassan Sohn

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista, no Curso de pós-graduação em Direito Contratual Empresarial, ministrado pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, em parceria com a Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

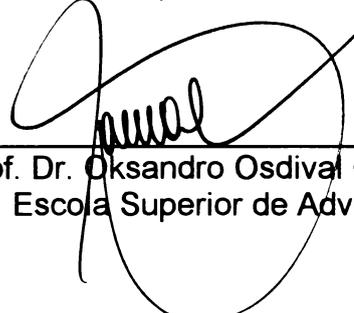
Orientador:



Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Idevan César Rauhen Lopes
Escola Superior de Advocacia



Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Escola Superior de Advocacia

Curitiba, 7 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1. INTRODUÇÃO	1
2. PREMISSAS GERAIS.....	3
2.1. Um Novo Modelo de Estado, Uma Nova Relação entre Administração Pública e Iniciativa Privada.....	3
2.2. A Crise da Legitimidade.....	5
2.3. O Interesse Público no Estado Subsidiário.....	7
2.4. Fomento e Parceria	9
2.5. O Parceiro do Estado Subsidiário: O Terceiro Setor	11
2.6. O Contexto Geral.....	13
3. A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E SEU CONTROLE PELO ESTADO.....	14
3.1. Definição de Organização Social.....	14
3.2. A Necessidade de Controle da Organização Social	19
3.3. O Limite do Controle da Organização Social pelo Estado.....	22
4. ELEMENTOS IMEDIATOS DE CONTROLE E POTENCIAL RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	24
4.1. O Conselho de Administração	24
4.2. O Contrato de Gestão.....	28
4.3. Os Princípios de Direito Público na Execução do Contrato de Gestão.....	33
4.4. O Controle pela Administração Pública	37
4.5. A Exigência de Regras para Compras e Contratação de Obras e Serviços...	38
5. ELEMENTOS MEDIATOS DE CONTROLE E POTENCIAL RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	40
5.1. O Interesse do Mercado e a Ingerência pelo CADE.....	40
5.2. O Interesse da Probidade Pública	42
5.3. A Atuação do Estado Vigilante Através das Agências Reguladoras.....	43
5.4. O Interesse do Cidadão-Consumidor	45
5.5. O Controle Social Direto	48
CONCLUSÃO	52

ANEXO – LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

-

RESUMO

O Presente trabalho objetiva analisar dentro da categoria de institutos jurídicos genérica e popularmente designados como “publicização”, sob um enfoque jurídico, a questão específica correspondente à restrição da autonomia de gestão empresarial dos entes oriundos da iniciativa privada que optem e sejam agraciados com a qualificação de organização social prevista na Lei Federal nº 9.637/1998; para tanto, inicia a reflexão através da fixação de premissas gerais necessárias como suporte ao desenvolvimento do raciocínio, contextualizando o tema em seu momento histórico e sócio-político; passa por uma imprescindível abordagem conceitual das organizações sociais, destacando a seu indissociável componente privado, a não supremacia do componente público, a preocupação doutrinária relativa à desvirtuação do instituto como uma forma de corrupção do Poder Público e a sua conseqüente e inafastável necessidade de controle estatal e social; aborda individualmente cada um dos elementos imediatos e mediatos de potencial restrição da autonomia privada na gestão empresarial da organização social, examinando sua efetividade prática em contraste com o fundamento filosófico que justifica o instituto; paralelamente, apresenta sugestões procedimentais para o empreendedor privado garantir o controle efetivo de gestão administrativa da organização social, obviamente respeitando as regras de inafastável fiscalização pelo Poder Público, salientando a necessidade de adequação dos objetivos do empreendimento aos anseios sociais, garantindo pelo duplo respaldo (da formalidade pelo lado estatal e da legitimidade pela vertente social) o sucesso e a longevidade do empreendimento, e cumprimento da função social do instituto pela satisfação pessoal do empreendedor privado e o suprimento dos anseios da Sociedade.

1. INTRODUÇÃO

A categoria de institutos jurídicos designados como "publicização" é potencialmente um novo campo de desenvolvimento econômico para a iniciativa privada, ao mesmo tempo em que se revela uma nova forma de enlace entre os interesse da Administração Pública e a esfera privada.

Propicia ao Poder Público um instrumento simples e ágil para uso da iniciativa particular na obtenção da satisfação de necessidades públicas, e ao empreendedor (seja empresário, filantropo ou ativista social) uma oportunidade atrativa para financiamento de projetos estruturados, voltados à área social, inclusive com o uso de bens e mão de obra provenientes da Administração Pública, e a destinação de rubrica dos recursos orçamentários.

Em contrapartida, como não poderia deixar de ser, é requisito inafastável da figura um maior controle estatal das pessoas jurídicas que venham a se enquadrar dentro da categoria organização social, decorrente dos princípios que regem a Administração Pública.

Evidencia-se, desde logo, um ponto de conflito entre os parceiros necessários deste instituto: a necessidade e obrigatoriedade de controle por um lado e o desejo e direito de liberdade de iniciativa de outro.

Neste contexto, alguns questionamentos são inevitáveis: pode a organização social efetivamente ser gerida pela sua componente privada? Qual é o grau de ingerência e regulação da administração pública na gestão empresarial da organização social oriunda da iniciativa privada? Em sendo a organização social um ente destinado a desempenhar uma função pública, via de regra com o uso de recursos de origem pública, quais os riscos de uma ingerência externa, não necessariamente governamental, na gestão empresarial da organização social?

Adequado salientar que o tema merece especial atenção do operador de Direito, eis que a publicização tem se mostrado uma forte tendência em outros países, notadamente na Inglaterra e na França, e embora no Brasil sua gênese tenha se dado em um relativamente recente contexto de doutrina política

neo-liberal e de interesse absolutamente privatista, intensificado na segunda metade da década de 1990, é certo, até em decorrência da origem socialista francesa do fenômeno, que os institutos da publicização não são refratários ao pensamento social e de forma alguma são incompatíveis com uma economia de orientação publicista.

Por conseqüência, ainda que seja novidade até certo ponto obscura e restrita a pequeno círculo de realidades práticas, é presumível que o instituto quedará como perene opção para governantes e empreendedores.

Assim, o presente trabalho é desenvolvido partindo das premissas de que o empreendedor privado, quer seja empresário no Mercado, quer seja ativista social, quer pretenda primordialmente o crescimento econômico, quer deseje sobretudo promover o bem comum, estará em regra imbuído de boas intenções e lhe é lícito utilizar das possibilidades legais para a busca de seus objetivos.

Sob esta orientação, o escopo central perseguido é justamente a resposta à pergunta óbvia do leigo na esfera jurídica em relação ao instrumento da organização social: qual seria o grau de restrição da autonomia privada na gestão empresarial da organização social, ou, em outras palavras, o que garante, a um potencial interessado em fazer uso da figura, a manutenção do controle efetivo da execução de seu projeto e obtenção da satisfação pessoal cuja busca inegavelmente permeia todas as iniciativas humanas.

2. PREMISSAS GERAIS

2.1. UM NOVO MODELO DE ESTADO, UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INICIATIVA PRIVADA

Vítima da inexorável espiral dialética da História, o Estado social — ou Estado "bem-estar"¹ — já em meados da década de 1970, via seu fim se aproximar, tanto pela pragmática constatação de que seus postulados filosóficos igualmente não trariam a garantia de felicidade à Humanidade², quanto pela tardia conclusão de que financeiramente o intervencionismo estatal que se pretendia na prática era insustentável.

Dentro deste contexto de necessidade administrativa dos estados que anteviam a falência financeira, e o embate político entre defensores dos paradigmas liberal e social, germinou um novo modelo de Estado, que resgata e incentiva a iniciativa privada, sem, no entanto, retirar o controle sobre as inter-relações jurídicas e econômicas (regulação) do poder da Administração Pública.

No Brasil, em decorrência do processo histórico de totalitarismo de governos militares e retomada da democracia (fenômeno comum a toda a América Latina), a busca desse novo postulado de atuação estatal teve seu impulso efetivo somente em época muito recente, na segunda metade da década de 1990, sob influência política de grupo que se pretendia o equilíbrio entre liberais e sociais.

O ideal sob esse novo enfoque é que o Estado possua reduzidas dimensões destinadas à execução direta das políticas governamentais (vulgarmente ditas "sociais"), mas que não seja omissor, usando de seu poder de polícia e de seu poderio econômico para regular, fiscalizar, impor e fomentar atividades e procedimentos de interesse social de modo mais efetivo (eficiente e eficaz).

¹ *Welfare state*, na expressão inglesa consagrada.

² Nos países que lograram atingir a expressão máxima o Estado Bem-Estar, a Sociedade enfrentou o tédio e a depressão, e os conflitos humanos atingiram bases inacreditáveis de futilidade; de outro lado, de modo global e principalmente nos países periféricos as mazelas da desigualdade e exclusão social, cuja solução era o principal objeto do modelo, não obtiveram solução efetiva.

Sinteticamente, WALD esclarece que "desenvolve-se, assim, a tese de que precisamos de menos Estado e de mais Justiça comutativa e distributiva, devendo ser adotada a fórmula que assegure o Estado mínimo, do Estado moderno, que é o Estado Modesto."³

Para Bresser Pereira "(...) o Estado moderno, que prevalecerá no século XXI, não será nem o Estado liberal, que se aproxima do mínimo, do século XIX, nem o Estado executor do século XX: deverá ser um estado regulador e transferidor de recursos, que garante o financiamento a fundo perdido das atividades que o mercado não tem condições de realizar."⁴

O Estado moderno desejado, pois, não é executor ("paternalista"), tampouco é ausente; não é hipertrofiado, nem muito menos mínimo. É "modesto" (como os padrinhos políticos de sua implantação denominaram): reduzido em tamanho — mas não desaparelhado — subsidiário na atuação.

Subsidiariedade, aliás, é o princípio norteador do modelo estatal buscado e o pilar mestre de seu entendimento.

Curiosamente, trata-se de conceito absolutamente assentado e assimilado pela Ciência do Direito e pela própria Sociedade: a subsidiariedade que orienta o Estado contemporâneo é absolutamente a mesma concepção adotada em relação às obrigações civis — se o obrigado principal (a Sociedade) não tem como adimplir a dívida (suprimento dos interesses públicos primários) então, e somente então, cobra-se do obrigado subsidiário (o Estado).

E as conseqüências da adoção do princípio são perfeitas e claramente delineadas por DI PIETRO:

"Algumas idéias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em conseqüência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação a intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também

³ WALD, Arnaldo, e outros. O direito de parceria e a nova lei de concessões, p. 17.

⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Crise econômica e reforma do estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina, p. 285.

dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.”⁵

Em resumo, além das já debatidas premissas de primazia da iniciativa privada com a abstenção estatal do exercício de atividades que a livre iniciativa possa desempenhar e do papel controlador/coordenador do Estado, típicas e explícitas doações do liberalismo, surge a idéia de fomento, pela qual o Estado deve intervir na economia e nas relações privadas de forma indireta, financiando a iniciativa particular e atuando como parceiro da esfera privada.

Este terceiro entendimento é o legado implícito da doutrina social do Estado, e impede que a Administração Pública abra mão de uma atuação efetiva na busca da satisfação do interesse público primário.

É importante frisar este ponto — da exigência de atuação indireta do Estado, como coordenador, financiador e parceiro na busca da satisfação do interesse público primário — mesmo em repetição, eis que a sua apreensão é essencial para o modelo político proposto e para os fins de entendimento da figura da organização social (escopo deste trabalho).

O Estado subsidiário não é o Estado patrão, cliente ou tirano em suas relações com o empreendedor privado; é sim sócio no empreendimento, em condições de igualdade. Definidor das normas da empreitada e fonte principal dos recursos, por regra, mas não mais do que meramente um cooperado em um empreendimento cooperativo.

2.2. A CRISE DA LEGITIMIDADE

Uma face pertinente de destaque do Estado social de crescimento desmesurado é a de que o ponto crítico não atinge só a sua sustentabilidade financeira e administrativa, mas também a sua justificativa política de existência, que pretendeu resgatar ao cidadão a sua condição de participante efetivo nas decisões dos rumos da Sociedade, não só como agente econômico, mas como elemento inspirador da atuação estatal.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas, p. 27.

Na ânsia de tudo prover, o Estado social passou a tudo controlar, tornando-se de provedor e protetor de serviços públicos e igualdade social, a ditador das atividades privadas, reduzindo os indivíduos a uma mínima possibilidade de iniciativa autônoma independente.

Nesse sentido, aponta WALD:

Na realidade, o contrato social precisa ser revisto porque, em virtude dele, o que ocorreu foi o fato de tornar-se o Estado dono da sociedade, em vez de ser, como deveria, o conjunto de serviços público à disposição do cidadão. Assim sendo, decorridos cerca de cinqüenta anos a partir da consagração generalizada do Estado-providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido.⁶

Seguindo o mesmo entendimento, DI PIETRO ressalta em acréscimo o risco que o modelo exacerbado representa ao próprio Estado de Direito, pela constatação do abalo de seus principais alicerces:

Verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à Ineficiência na prestação de serviços.⁷

Não bastante o meio – aparelho estatal – ter se tornado um fim em si mesmo, outro fenômeno nocivo decorrente desse desvio de finalidade é o fato de que sendo por excelência um instrumento de acesso restrito por diversos mecanismos, com nuances políticos (eleição, nomeação) ou dentro de uma contextualização de casta social (do funcionário concursado), o Estado passou a defender interesses de determinados segmentos, dentro de uma visão fechada, em detrimento de uma grande maioria, conforme comenta LIMA:

Um outro argumento que ocupa um lugar de destaque no debate em torno da reforma do Estado, além do relacionado às perspectivas de democratização, é que a forma excessivamente burocratizada e centralizada assumida pela administração pública no âmbito do Welfare State (nos países capitalistas centrais) e dos estados Desenvolvimentistas (nos países periféricos), assim como o predomínio das formas corporativas de representação, teria levado a capturação do Estado por interesses setoriais e ao fortalecimento das práticas clientelistas.⁸

⁶ WALD, Arnoldo, *et al.* O direito de parceria e a nova lei de concessões. p. 20-21.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 23.

⁸ LIMA, Valéria Almada. Reforma do Estado e controle social: limites e possibilidades da descentralização e do "terceiro setor" in Revista de Políticas Públicas, p. 139.

Evidencia-se, pois, que o Estado social, sob o ponto de vista de sua matriz na Sociedade, apresenta em sua fase terminal o pior aspecto de sua crise, que é a própria crise de sua legitimidade, quando se desconecta de suas fontes, passa a ser um fim em si próprio e age sob manipulação e interesse de grupos específicos, via de regra não identificados com a grande maioria da coletividade.

Como reação óbvia e imediata, o indivíduo passa a desconfiar do que é estatal, pretendendo a retomada, pela Sociedade, do poder de ação no cenário da busca de seus interesses, como em continuidade complementa LIMA:

Daí deriva uma tendência a se relacionar direta e mecanicamente os processos de descentralização administrativa e o desenvolvimento de uma ordem social pluralista com a defesa do patrimônio público contra os interesses particularistas, conforme rezam os ideais republicanos. Isto porque um modelo mais descentralizado de gestão estaria mais aberto à participação e ao controle social direto sobre os assuntos de interesse público, assim como as formas pluralistas de organização e intermediação de interesses estariam mais aptas para o exercício de tal controle.⁹

Em decorrência, no modelo subsidiário estatal a Administração Pública volta a ser somente um meio — sobretudo um meio paliativo, emergencial e supletivo — da busca e satisfação do Interesse Público.

O Estado subsidiário, pois, é mais vigilante do que atuante, eis que não é legítimo para decidir e definir, mas tão somente deve manter a estabilidade, identificando e possibilitando o afastamento dos conflitos, assessorando a Sociedade no seu caminhar independente.

2.3. O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO SUBSIDIÁRIO

Como não poderia deixar de ser em uma quebra de paradigma tão abrangente, para o Estado subsidiário, é essencial uma nova perspectiva de interesse público e de sua captação.

Primeiramente, a estrutura metodológica do Estado subsidiário — que pretende que a Sociedade tome suas próprias decisões, tenha iniciativa e

⁹ LIMA, Valéria Almada. Reforma do Estado e controle social: limites e possibilidades da descentralização e do "terceiro setor" *in* Revista de Políticas Públicas, p. 139-140.

gerencie os serviços públicos — implica necessariamente em retorno do conceito de interesse público à sua concepção primária — o interesse da Sociedade — em detrimento ao monopólio Estatal da fixação de metas públicas, característico do Estado social, conforme delinea DI PIETRO:

"Outra consequência da aplicação do princípio da subsidiariedade é que a noção de interesse público muda e reflete sobre a própria organização da Administração Pública, já que a expressão passa a ser entendida como se referindo aos interesses dos cidadãos (interesse público primário) e não aos interesses da máquina administrativa (interesse público secundário). Em razão disso, os recursos humanos, materiais e financeiros de que dispõe a Administração Pública devem ser utilizados preferencialmente em benefício do cidadão, para obter-se melhor qualidade e eficiência na prestação de serviços."¹⁰

Em decorrência da alteração da ótica em que é interpretado o conceito, a própria forma de captação do interesse público, classicamente aferida através da representatividade política centralizada, necessariamente deverá ser alterada de modo correspondente, passando a ser particularizada e aferida de modo difuso, no local e na situação em específico, para que possua a indispensável dinamicidade e conexão com a realidade social envolvida.

É o que revela a reflexão de VIEIRA:

Uma posição sociocêntrica, sustentando que o papel do Estado deve ser redefinido em função da dinâmica dos atores da sociedade civil presentes na esfera pública, a partir de uma perspectiva societária: o que importa é garantir o interesse público e não o fato de a propriedade ser estatal, privada, ou mesmo pública não-estatal, devendo a nova relação Estado-sociedade abrir caminho para o aprofundamento da democratização não só política, mas também social e econômica."¹¹

Os mecanismos que permitem a operacionalização desta captação diferenciada do Estado subsidiário, pois, se inserem diretamente dentro dos postulados da democracia participativa direta, em especial na modalidade "gestão participativa" tão em voga no Brasil, e forçam uma constatação que indubitavelmente traz estranheza dentro de nossa cultura política: em caso de divergência, a palavra final a respeito do interesse público não cabe mais aos agentes do Estado, mas aos representantes "leigos" da Sociedade.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 32.

¹¹ VIEIRA, Lizi. Cidadania e controle social, p. 245-246.

2.4. FOMENTO E PARCERIA

Estabelecido o quadro de ação meramente subsidiária do Estado e retorno ao conceito primário de interesse público no contexto do Estado subsidiário, não há como a Administração Pública prescindir da participação social efetiva e constante em sua atuação sob pena de obstar o enxugamento do aparato estatal que a própria Administração Pública contemporânea busca ardentemente.

Como, no entanto, obter esta real participação da Sociedade na administração dos interesses públicos sem criar dentro da organização estatal uma estrutura de aferição, o que viria na contramão do modelo proposto?

DI PIETRO, comentando justamente a questão de retorno da iniciativa de busca da satisfação dos interesses públicos à esfera privada, apresenta um dos métodos que respondem ao aparente impasse:

"A proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa do Estado, que não mais tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, há uma necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento, significando, como uma das aplicações do princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários grupos de interesse, representados por entidades particulares, partam à busca de seus próprios objetivos."¹²

É o mecanismo do fomento a principal ferramenta que permite ao Estado Subsidiário obter da Sociedade a resposta a respeito de seu interesse, sem a necessidade de ampliar seu aparato administrativo, relegando à própria base social o encargo de montar a estrutura necessária para o desenvolvimento da atividade satisfativa do anseio público.

Mister assentar, desde já, que fomento não se confunde com a noção simples de financiamento, inobstante sejam conceitos de certo modo entrelaçados.

Evidentemente o financiamento é um poderoso instrumento de fomento, mas na concepção do Estado subsidiário ele deve ser entendido principalmente como investimento na modalidade de fundo perdido.

Questão de lógica: se Estado e empreendimento privado são sócios, em regime via de regra muito similar ao de capital e trabalho, é contrário à

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 31.

filosofia procedimental que o primeiro pressione o segundo com a cobrança de um empréstimo.

De outro lado, a concepção de fomento não se limita à singularidade de oferecer meios materiais, mas está ligada principalmente à idéia de fermentar idéias e iniciativas, elemento que é o verdadeiro desafio do modelo político proposto.

Cabe, pois, ao Estado, a árdua tarefa de permitir e incentivar a politização da Sociedade, igualmente no tocante à inclusão social, sem tolher a sua independência ideológica, neste conceito entendido o processo de despertar do cidadão à atuação (pró-ativa) política constante, ainda que de um modo segmentado.

Evidentemente esta missão é um processo histórico, praticamente imperceptível em prazos menores do que décadas (no Brasil já verificamos um sensível florescimento nesta direção desde 1985), mas é o preço que o Poder Público deve pagar pela mudança de paradigma do Estado que pretende, de uma espécie que não parte de uma revolução social, mas sim de uma necessidade administrativa.

Ademais, todo este possível esforço almeja o outro fundamento do modelo político: a parceria, que não pode subsistir na inexistência de parceiros e nem vingar na ausência de parceiros independentes com idéias próprias.

Novamente é a lógica quem determina a necessidade: se o Estado pretende se desvencilhar de tarefas que o particular pode desempenhar e ao mesmo tempo mantém a obrigação de zelar pela consecução efetiva do interesse público primário, e se as tarefas em mente são de interesse comum com os particulares, é forçosa a conclusão que é um caso de recomendável parceria (reunião de indivíduos para alcançar um objetivo comum), donde o Estado poderá estar convenientemente presente como investidor, orientador e fiscalizador dos resultados (gestão estratégica), e distante o suficiente para não despender recursos com a gestão cotidiana (gestão executiva).

E é preciso repetir: o Estado subsidiário, como parceiro que é, não age externamente ou hierarquicamente favorecido em relação à iniciativa privada no empreendimento social; sendo parte (que é etimologicamente o significado de parceiro), somente pode atuar em consenso interno na empreitada.

2.5. O PARCEIRO DO ESTADO SUBSIDIÁRIO: O TERCEIRO SETOR

A parceria entre Estado e iniciativa privada não é definitivamente uma novidade, sendo provável que tenha surgido logo após o próprio Estado.

O que diferencia, pois, o Estado subsidiário dos modelos precedentes não é, pois, o instrumento — parceria — mas a forma e o objeto das relações assumidas com a iniciativa privada.

Dentro dessa nova perspectiva, assume papel preponderante — senão essencial — o relacionamento entre o Estado e o chamado "terceiro setor" (que o discurso político que incrementou a implantação do Estado subsidiário no Brasil preferiu designar como sociedade civil ou setor público não-estatal).

A denominação vulgar decorre de uma tripartição feita nas esferas da Sociedade, onde o Estado ocuparia o primeiro assento, o Mercado o segundo, e as iniciativas em busca do bem comum residiriam em um terceiro espaço apartado.

Seguindo esta concepção antagônica, a maior parte da doutrina jurídica define o terceiro setor como correspondendo à iniciativa privada desprovida de interesse no lucro, ou com interesse público como, por exemplo, define MOREIRA:

É basicamente uma iniciativa do setor privado, porém com a peculiaridade de não perseguir primordialmente lucros, como ocorre com o mercado. Têm ao mesmo tempo um caráter público (do ponto de vista teleológico) e privado (estruturalmente considerados).¹³

Com a devida vênia, a fórmula consagrada em realidade se revela tão somente uma solução superficial para o problema e uma conveniente adoção da terminologia leiga. Antes de representar uma terceira esfera, o setor social, ou público não-estatal, corresponde à própria matriz — a Sociedade — do qual os restantes dois setores, Governo e Mercado, nada mais representam do que instrumentos destinados ao alcance dos objetivos sociais — o interesse público primário — que em última análise corresponde ao atingimento da felicidade humana.

Tal reflexão se revela particularmente verdadeira na medida em que se observa que empresas privadas, que classicamente buscam o lucro, em uma reação absolutamente normal à evolução da opinião pública (ou do senso comum da Sociedade), preocupam-se e patrocinam cada vez mais atividades que nada tem a

¹³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Terceiro setor, s/nº de página.

ver com seus objetos corporativos, como creches, programas de alfabetização, incentivo à cultura, esporte, etc., ainda que com proveitos econômicos reflexos, como uma forma de publicidade constante ou a melhoria da capacidade laborativa de seus recursos humanos.

De outro lado, o conceito de "busca do lucro" (ou a sua ausência) vem cada vez mais sendo admitido com reservas, porquanto todo o empreendimento econômico, por uma lei simples da economia, necessita de um acréscimo de segurança (lucro), a fim de que um imprevisto não cause sua falência financeira.

Não se pode olvidar, igualmente, que o lucro econômico não se confunde e nem se exaure no lucro financeiro (como reconhece a sabedoria leiga ao cunhar expressões como "capitalização política"), sendo mesmo impossível identificar até onde uma empresa busca sua continuidade e natural expansão e a partir de onde estaria sua gestão tendendo ao ganho de capital desenfreado, mesmo em se tratando de prestação de serviços de ordem social (como o caso tipo dos hospitais, por exemplo).

Da mesma forma, definir o que é interesse público não é tarefa das mais simples, eis que é uma concepção dinâmica, ainda que no plano de política governamental (que depende, naturalmente, de orientações ideológicas).

Logo, melhor do que definir ou considerar um "terceiro setor", é identificar as iniciativas popularmente enquadradas em seu âmago como ações partindo diretamente da matriz social intentando suprir omissões do instrumento precípua de persecução e satisfação do interesse público — o Estado — na realização de algum anseio coletivo.

Esta constatação é perfeitamente adequada e necessária ao Estado subsidiário eis que este depende visceralmente da iniciativa privada como fonte primária da busca e definição do interesse público, e não como uma esfera concorrente, apartada e naturalmente antagônica.

Ademais, o Estado subsidiário é instrumento (do qual a Sociedade deverá necessariamente fazer uso, sob pena de inefetividade ou mesmo inexistência da prestação de serviço de interesse público), e não segmento destacado de sua matriz.

O que se verifica, em realidade, é uma parceria entre duas funções sociais, estas sim distintas, representando o Estado a função instrumental,

organizadora e distribuidora dos recursos sociais em si centralizados, e o chamado "terceiro setor", a função ativa, de reconhecimento de uma necessidade, engendramento de uma solução, iniciativa e execução desta solução.

Percebe-se, pois, que o lado da Sociedade na parceria (privado), ainda que em regra economicamente mais fraco que o Estado, é teleologicamente mais importante na medida em que representa a fonte da orientação pública, a justificativa política e a própria mola impulsora da empreitada em cooperação.

2.6. O CONTEXTO GERAL

Feitas as reflexões dos tópicos anteriores, e definido que o objeto de estudo do presente trabalho se insere dentro do contexto político e filosófico do Estado subsidiário, na resposta ao questionamento de fundo é indispensável o pressuposto de que a organização social é uma parceria oriunda de uma obrigação estatal — a de incentivar e fomentar a iniciativa privada na busca do interesse público, definido pela própria esfera privada (em sentido amplo) — aliada a uma ação oriunda do particular, com objetivo preponderante de prestação de um serviço de interesse social.

A parceria tem como característica a igualdade entre partes, ainda que em regra a fonte de recursos materiais seja o Estado, eis que a parcela oriunda da Sociedade contribui com os recursos intelectuais, além de conferir legitimidade política e moral ao empreendimento conjunto. Não há hierarquia entre os parceiros.

Ainda, a interação e o respaldo social constante, assim como o eficiente controle de resultados pelo Estado, tanto no papel de parceiro fomentador, quanto no de vigilante tutor dos interesses da Sociedade, são premissas indissociáveis do modelo proposto.

3. A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E SEU CONTROLE PELO ESTADO

3.1. DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Dentro do processo político de implantação do Estado subsidiário no Brasil, e como corolário de uma série de medidas provisórias similares, foi promulgada a Lei nº 9.637/1998 (D.O.U., 18/05/1998), que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, dentre outros temas, e já em seu primeiro artigo estabelece:

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.

Sem definir o que seria organização social ou registrar textualmente sua finalidade, o diploma legal leva a deduzir que a expressão corresponde a um título a ser conferido a pessoas jurídicas privadas que possuam os requisitos indicados na própria Lei, especialmente a destinação à prestação de serviços de interesse social (públicos, em sentido amplo) em parceria e/ou substituição ao próprio Estado, conforme apresenta FERREIRA:

"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, dos quais destacamos (arts. 1º, 2º e 3º)[da Lei nº 9.637/1998]:

a) ser entidade sem fins lucrativos, e com a obrigação de realizar investimentos de seus excedentes financeiros no desenvolvimento de suas atividades, proibida a distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio líquido;

b) dedicar-se, com caráter altruístico, a atividades sociais, dentre as quais o ensino, a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a saúde;

c) ser seu órgão de deliberação superior — a que a lei se refere como Conselho de Administração — integrado de representantes do Poder Público, em percentual de vinte a quarenta por cento; de vinte a trinta por cento de representantes da sociedade civil, sendo que os Conselheiros de ambas as categorias são tidos como 'natos', e devendo seu conjunto corresponder a mais de cinquenta por cento do colegiado."¹⁴

¹⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico, p. 105.

Não se trata, pois, de uma nova espécie de pessoa jurídica e nem tampouco existe alguma restrição quanto ao tipo societário que possa adotar, desde que seja compatível com a finalidade não lucrativa (e nesse ponto as formas empresárias por excelência, como as sociedades anônimas, não apresentam possibilidade de qualificação).

Afora esta primeira unanimidade, a doutrina está longe de estabelecer um quadro acabado de características da organização social capaz de formar uma definição única, apresentando diversas impressões parciais.

Exemplificativamente, AGUILLAR afirma:

"Organizações sociais são entidades privadas sem fins lucrativos que tenham contratado com a administração o alcance de metas pré-fixadas, nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde."¹⁵
(AGUILLAR, 1999, p. 246)

DI PIETRO, por sua vez, observa em ponto de vista de enfoque diverso:

"Em todas essas entidades [as organizações sociais] estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público; por esta razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas, Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público."¹⁶

Com efeito, são vários os elementos que conjugados vão constituir a figura da organização social.

O primeiro fator relevante é que em tese¹⁷, configuram-se como iniciativas oriundas da esfera privada (na oposição clássica entre governamental/privado, englobando o chamado "terceiro setor", que, aliás, potencialmente seria origem da esmagadora maioria da espécie), que pré-existent (o que é infinitamente desejável, mas não obrigatório) ou especialmente criadas (o que enseja uma multidão de questionamentos morais e políticos)¹⁸, propõe-se ao

¹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 246.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 211-212.

¹⁷ Diz-se em tese, porque a realidade revela que até o presente momento a quase totalidade das Organizações Sociais existentes é implementada "sob encomenda" do Poder Público, que busca se alijar de determinada atividade.

¹⁸ DI PIETRO, em "Parcerias na administração ...", traz a p. 215-216 notáveis considerações a respeito do designa de entidades "fantasmas", mas que fogem do escopo deste trabalho.

desempenho de determinada atividade (no âmbito procedimental, espacial e até temporal), e têm acolhidas as suas pretensões pelo Estado como pertinentes,

Não correspondem necessariamente a entidades filantrópicas que prestem serviços à população de forma gratuita ou por preço de custo, eis que nenhuma passagem da Lei nº 9.637/1998 exige tais premissas.

Aliás, muito ao contrário a exigência da Lei no sentido de "finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades" (art. 2º, I, "b") impõe apenas restrição de que não haja distribuição de lucros entre sócios/associados senão sob a forma de salários e que a busca do excedente financeiro não deva ser a finalidade maior; pressupondo, no entanto, que a sobra financeira pode e deve ocorrer (até para preservar a iniciativa, como já anteriormente referido), senão não haveria referência a tais excedentes.

Da mesma maneira, a prestação de serviços aberta à população em geral não é condição para a qualificação, eis que não expressa na norma e até mesmo incompatível com atividades como a pesquisa científica, por exemplo.

Ambas as características negativas referidas nos parágrafos anteriores são perfeitamente compatíveis com a sistemática da Lei, que restringe o campo de aplicabilidade das organizações sociais a atividades que DI PIETRO (2002, p. 35, 43) chama de "serviços públicos sociais", e AGUILLAR prefere definir como funções do Estado:

Saúde e educação são, pois, funções irrenunciáveis do Estado, como veremos adiante, mas que na atual sistemática constitucional podem ser desempenhadas livremente pela iniciativa privada. Não são serviços públicos em sentido estrito, mas funções do Estado.¹⁹

O instituto, pois, não está voltado à prestação de serviços público em sentido estrito. A distinção é importante, eis que desde o tratamento constitucional (arts. 170, 174, 197, 199, 204, 205, 209, 215, 216, 217 e 218, por exemplo) até as implicações legais do desempenho de tais atividades (em contraposição àquelas passíveis de permissão ou concessão, segundo estabelecido no art. 175 da Constituição), divergem sensivelmente, ainda que de modo sutil (como será abordado adiante).

¹⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 139.

Outra característica de extrema relevância que configura organização social é a necessidade formalização de contrato de gestão com o Poder Público para o desempenho de alguma das atividades sociais (funções do Estado) previstas na Lei nº 9.637/1998, de forma inteiramente ligada ao juízo discricionário do Poder Público (conforme inciso II, do art. 2º).

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

(...)

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

A qualificação, pois, não é um direito da entidade privada postulante, demonstrando, por outra rota, que ainda que seja proveniente de uma iniciativa da esfera privada, a organização social no mínimo deve contar com o desejo de sua existência por parte da Administração Pública.

O arbítrio do Poder Público, no entanto, se exaure no ato de qualificação, eis que a forma de desqualificação (e, portanto, extinção da organização social como tal), é inteiramente vinculada a critérios técnicos estabelecidos no próprio contrato de gestão, conforme dispõe o artigo 16 da Lei nº 9.637/1998:

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.

(...)

Por outro lado, concedida a qualificação como organização social, automaticamente a entidade recebe qualificação como de interesse social e de utilidade pública por força do artigo 11 da Lei em comento²⁰, com todas as prerrogativas de tais títulos, em especial no tocante a facilidades fiscais, que, em realidade e ressalvada a oportunidade de desempenho da atividade em específico (de forma não exclusiva), é o único incentivo concreto obrigatório por parte do Estado, imposto pelo modelo.

²⁰ Dispõe a Lei nº 9.637/1998: "Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais."

Nesse ponto é pertinente ressaltar o art. 12 da Lei das Organizações Sociais, que estabelece a possibilidade de repasse de recursos orçamentários e bens públicos à entidade, mas deixa claro que não se trata de condição impositiva:

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.

De qualquer forma, ainda que receba incentivos do Estado, a organização social não perde sua característica de pessoa jurídica de direito privado, desempenhando atividade econômica segundo as regras de mercado, sem prejuízo decorrente do fato de não poder distribuir seus excedentes financeiros, conforme bem explicita AGUILLAR:

"Os serviços de saúde e de educação são necessariamente desenvolvidos pelo Estado, que não pode deixar de fazê-lo. Porém, na atual sistemática constitucional, saúde e educação são atividades livres aos particulares que desejarem explorá-las. No sentido adotado neste trabalho, portanto, não são serviços públicos e nem atividades econômicas desempenhadas pelo Estado, mas funções estatais irrenunciáveis pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade. [...] Ocorre, porém que, [sic] as atividades paralelas às funções públicas que não forem vedadas à iniciativa privada, por esta serão desempenhadas, evidentemente, na condição de atividade econômica."²¹

Por fim, as organizações sociais se sujeitam a alguns controles específicos — como toda a empresa privada que desempenhe atividade regulada pelo Estado — desde um núcleo mínimo representado pelo artigo 2º, I, "f" da Lei nº 9.637/1998 (obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão) e pelo artigo 8º (controle direto pelo órgão/entidade concessor da qualificação), até exigências ligadas ao uso de recursos públicos, como o estabelecimento de regras para compras e contratação de serviços e obras com o dinheiro público (como uma

²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 152-153.

espécie de licitação, ainda que não especificamente segundo as regras desta), posta no artigo 17, e o controle pelo Tribunal de Contas cristalizado no artigo 9º.

Ouso, pois, discordar da professora DI PIETRO no trecho acima citado²², possivelmente concordando com o prof. AGUILLAR, entendendo que o regime jurídico das organizações sociais é integralmente de direito privado, ainda que com a subsunção aos controles normais e alguns específicos do poder de polícia estatal, eis que nenhuma regra na Lei que institui a espécie impõe qualquer restrição, nem tampouco o exercício de função do Estado (e não serviço público em sentido estrito) tem o condão de derogar as regras de regime privado.

Assim, sintetizando o já exposto, podemos definir organização social como a qualificação que o Poder Público, de forma discricionária e através da formalização de um contrato de gestão específico ao caso, confere a pessoa jurídica de direito privado, instituída previamente ou não para o desempenho de função social do Estado (serviço de interesse social) e que cumpra determinados requisitos formais, para que esta desempenhe tal atividade segundo as regras do referido contrato, em parceria ou substituição ao próprio Estado, em regime econômico privado, mas com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, e que somente pode ser retirada segundo critérios técnicos vinculados inscritos no próprio contrato de gestão.

3.2. A NECESSIDADE DE CONTROLE DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Uma característica e uma circunstância presumivelmente recorrente impõem ao Poder Público e à Sociedade a permanente vigilância sobre as organizações sociais (além, obviamente, do substrato filosófico do Estado subsidiário, acima exposto, que justifica a existência do mecanismo): trata-se sempre do exercício de função irrenunciável do Estado — portanto de atividade de interesse social — e via de regra (pressupõe-se justificavelmente) estará envolvendo a gestão de bens e recursos públicos.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 211-212.

Em se tratando de função irrenunciável do Estado, evidente e logicamente o mínimo que o Poder Público pode fazer é velar pela regularidade na prestação pelos agentes privados. — Assim, impossível conceber o modelo de organização social sem a prévia regulação da atividade pelo Poder Público e a fiscalização do desempenho posteriormente.

Na contra-face desta mesma moeda, a preocupação da Sociedade é focada na corrupção de serviços de interesse social representados pelas funções irrenunciáveis do Estado envolvidas e na falência da prestação de tais atividades.

VIEIRA, neste contexto, lança um alerta:

"O financiamento estatal dessas organizações públicas não estatais envolve, entretanto, uma série de questões que necessitam ser enfrentadas. Um dos problemas principais são os critérios públicos para avaliação do desempenho, a fim de evitar os riscos de favoritismo burocrático e clientelismo político."²³

Ainda, talvez a crítica mais contundente ao modelo proposto seja o fato de ele propiciar a privatização de serviços essenciais (e a ampla maioria da Doutrina concorda que outra não seja a realidade do termo político "publicização"), permitindo que o Estado se omita em áreas onde ele necessariamente deveria estar presente e atuante.

Posições políticas à parte, certo é que, até por este temor (e vez mais pela filosofia que embasa o modelo proposto), a Sociedade deverá estar sempre presente na fiscalização da efetividade (eficácia e eficiência) do desempenho da atividade pela organização social.

Não bastante, como já ressaltado, é lícitamente presumível que na maioria dos casos concretos, o incentivo do Poder Público não se limitará a franquear a possibilidade de uma entidade privada ostentar o título de organização social e reforçará o fomento com o fornecimento de bens e recursos públicos, impondo, por longo princípio de Direito Administrativo, o controle do uso de tais elementos, em última análise até pelos Tribunais de Contas.

Não pode deixar de ser salientado que é justamente neste aspecto de transferência do bem público à gestão privada que reside o grande ponto

²³ VIEIRA, Lizt. Cidadania e controle social, p. 244.

de recalcitrância dos estudiosos de Direito, com duras críticas lançadas por DI PIETRO que alerta:

"Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão."²⁴

Também nesse sentido, irreparável o comentário de AGUILLAR:

"As Organizações Sociais terão liberdade para gerir os recursos públicos, dentro das regras contratadas, evidentemente. Mas questiona-se se esse mecanismo não significaria simplesmente um recurso para que o uso do patrimônio público fosse subtraído de controles jurídicos clássicos. É certo que, além das regras do Contrato de Gestão, há previsão de fiscalização do uso dos recursos. Mas também é certo que o uso desses recursos poderá ser feito através das Organizações Sociais com uma liberdade que não existiria se estivessem sob a tutela direta da Administração.

Teme-se, com justo motivo, que as Organizações Sociais venham simplesmente legitimar o que vem sendo praticado reiteradamente em nosso país, ou seja, o uso político de recursos públicos em associação com entidades privadas. É possível e provável que a coisa pública acabe sendo objeto de manipulações e favorecimento a grupos locais, o que certamente ensejara discussões na esfera jurídica. Assim, embora as Organizações Sociais tenham sido criadas por mecanismos jurídicos adequados, o descompromisso com as formas tradicionais de controle público das atividades que desempenham, pode dar margem a contestações judiciais, com apoio nos preceitos constitucionais que informam a defesa do patrimônio público."²⁵

Independente da resposta que o tempo possa dar aos questionamentos deste estilo, a dúvida reafirma a necessidade de fiscalização direta da Sociedade sobre a organização social no caso concreto, porque somente esta poderá identificar eventuais desvios de finalidade do modelo e do bem público através de reprováveis atos de corrupção conjunta de agentes privados e do Poder Público.

Justifica-se, pois, a firme fiscalização pretendida para as organizações sociais, sendo amplamente acatada e festejada pelo cabedal filosófico do Estado subsidiário a dupla vigilância do Poder Público em colaboração com a Sociedade.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 215.

²⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 246-247.

3.3. O LIMITE DO CONTROLE DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL PELO ESTADO

Posto o necessário caráter dúplice do controle sobre a organização social e a importância do ato de vigilância, poder-se-ia concluir que quanto maior a intensidade do controle, mais adequado ao modelo a realidade estaria.

Em certo sentido, tal assertiva é verdadeira: com efeito, em se tratando de interesse público, toda a fiscalização e efetivo poder de exigir a conformidade é bem vindo e incentivável.

O prisma reverso, no entanto, não pode ser olvidado.

Por controle estatal e social há que ser entendido simplesmente o poder-dever do Estado e da Sociedade velarem pelo interesse público, coibindo a malversação do bem público, o abuso de poder, a corrupção e demais práticas anti-éticas (todos conceitos abertos, mas absolutamente determináveis dado um determinado local e uma dada época), e exigindo um desempenho mínimo na prestação de serviço de interesse público. — De modo algum controle pode ser interpretado como dirigismo.

É que a organização social, por imposição lógica e filosófica do modelo de Estado subsidiário, obrigatoriamente deve ser gerida administrativamente pela sua componente privada, que igualmente deve possuir papel preponderante na gestão estratégica do empreendimento em parceria, porquanto como já visto definidora da interpretação do conceito de interesse público.

De outro lado, por definição legal inserta já no primeiro artigo da Lei nº 9.637/1998, a organização social é um ente da iniciativa privada, submetido ao regime privado. Logo, possui proteção inafastável do princípio constitucional da autonomia privada (art. 5º, *caput*, da Carta Magna).

Não pode, pois, ser imposta ao empreendimento privado agraciado com a qualificação de organização social a forma de sua gestão, sob pena de desvirtuar o instituto e aí sim representar uma imoral forma de fuga regime jurídico de direito público.

Evidentemente as metas de desempenho previstas na Lei das Organizações Sociais não representam quebra desse princípio, eis que

correspondem a critérios de avaliação e componentes da gestão estratégica compartilhada da instituição. São meramente o horizonte a ser atingido.

Agora, o caminho que a organização social trilhará para chegar até este objetivo é competência e risco exclusivo do gestor privado, não sendo dado ao Poder Público ou a Sociedade contrapor ou questionar o método administrativo senão na época própria de aferição de resultados previamente agendada, ainda que considere duvidoso o atingimento das metas.²⁶

Ao transferir à iniciativa privada o exercício de uma função, o Estado automaticamente lhe atribui o direito de erro e de ser tão inepto quanto o próprio Estado; também outorga a faculdade de exercício da criatividade e a oportunidade de através de uma idéia brilhante reverter um quadro aparentemente desfavorável no último momento, no verdadeiro desvelar do fundamento político²⁷ de que a Sociedade, representada no livre pensamento do empreendedor privado, é muito superior em soluções surpreendentes que a máquina estatal "emperrada".

Ademais, não pode ser esquecido que o empreendedor privado reflete o substrato social dentro da estrutura da organização social, ainda que possam existir (e efetivamente existem) segmentos antagônicos na matriz da Sociedade, relativamente mais ou menos representativos. Está garantida, pois, a orientação constante, ao menos do segmento social correspondente ao próprio empreendedor.

Logo, a gestão administrativa integral, assim como ao menos equipotente gestão estratégica da organização social, são legal e filosoficamente asseguradas ao empreendedor privado, não havendo dúvidas quanto a sua efetiva possibilidade de direção do empreendimento. O limite da faculdade de controle-fiscalização do Estado e da Sociedade resta justamente no princípio da autonomia privada a respaldar o gestor, devendo o acompanhamento dúplice ser efetuado com o maior empenho e rigor possível, desde que não contrários ao bom senso e ao direito de livre atuação da organização social.

²⁶ Evidentemente a regra não acoberta caso de flagrante desvio de finalidade.

²⁷ Fundamento não necessariamente verdadeiro, há que ser admitido, mas um dos pilares que sustentaram a implantação do modelo do Estado-subsidiário.

4. ELEMENTOS IMEDIATOS DE CONTROLE E POTENCIAL RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

4.1. O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Uma rápida passada de olhos sobre o texto da Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998) já aponta um elemento essencial de controle (e que pode parecer assustador ao empreendedor privado): a estrutura administrativa da instituição postulante à qualificação como organização social deverá obrigatoriamente conter um chamado "Conselho de Administração", composto em sua maior parte por membros do Poder Público e por representantes da sociedade civil não participantes, em tese, do núcleo básico da pessoa jurídica candidata.

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 Público, definidos pelo estatuto da entidade;
- 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;

(...)

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;

(...)

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

Evidentemente o receio do administrador privado de perder o controle da organização social nascitura se revela infundado na prática (o que significa que os críticos da idéia possuem ao menos algum lastro de razão).

Primeiramente, o inciso VIII do art. 3º esclarece que a gestão executiva da organização social deverá ser feita por administradores em uma Diretoria, em condição absolutamente incompatível com a posição de conselheiro, o que de plano afasta a ingerência direta do Conselho de Administração na cotidiana direção da entidade.

Segundo, porque a própria composição do Conselho de Administração é perfeitamente controlável pela esfera privada, longe das forças do Poder Público alterar tal condição na redação atual da Lei.

Nesta seara, há que ser destacado que o inciso III indica uma desatenção matemática na redação da alínea "a" — se o inciso III diz que mais do que 50% (cinquenta por cento) dos conselheiros deve pertencer às categorias das alíneas "a" e "b" do inciso I, e a alínea "b" deixa claro que seu teto corresponde a 30% (trinta por cento) dos assentos, logicamente o mínimo correspondente a categoria da alínea "a" será superior — e não igual — a 20% (vinte por cento); na prática, inexistindo via de regra condições de formação de um conselho com mais de 20 (vinte) membros, verificamos que o mínimo de cadeiras destinada ao Poder Público situar-se-á no Patamar de 25% (vinte e cinco por cento)

Exercícios matemáticos à parte, a alínea "a" do inciso I, do artigo 3º, de todo o modo, assegura nas mãos da esfera privada ao menos 60% (sessenta por cento) das cadeiras do Conselho.

A partir deste ponto, observamos que a alínea "b" contempla "membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto"; a "c" refere "membros eleitos dentre os membros ou os associados [da candidata a organização social]"; a "d" traz "membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral"; e a alínea "e" corresponde à inusitada categoria de "membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto", não enquadráveis nas alíneas anteriores, por óbvio, e, portanto: não membros do Poder Público ou da "sociedade civil"; não membros da entidade candidata; não pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral. (com bastante boa vontade devemos concluir que a alínea se refere a pessoa não ativista do chamado "terceiro setor" — mas certamente da sociedade civil — que inobstante não sendo profissional de área correlata à da entidade postulante, possua

reconhecida idoneidade moral e alguma qualidade social desejável, como sabedoria clerical, participação direta de um membro da comunidade, ou algo similar.)

Com a estrutura formulada, podemos desenvolver o seguinte raciocínio: uma determinada ONG - organização não governamental (adotemos a terminologia popularmente cristalizada), desejando financiamento governamental para o desenvolvimento de pesquisas em determinada área, e possuindo apoio político necessário para tal intento, cria uma nova pessoa jurídica, formada por alguns de seus associados (destacados para o "projeto"). Na conformação do Conselho a ser proposto ao Poder Público, estabelece 10 (dez) conselheiros: três oriundos do Poder Público (30% - alínea "a"), três originários da própria ONG, o Presidente, o Vice, e o Tesoureiro, como natos (30% - alínea "b"), um proveniente da nova associação, postulante à qualificação de organização social (10% - alínea "c"); três eleitos um a um por maioria simples dos demais conselheiros, dentre os membros da sociedade civil (leia-se ONG de origem) ou técnicos do Poder Público, desde que de capacidade profissional reconhecida (existência de diploma) e idoneidade moral (que se presume até prova em contrário) (30% - alínea "d").

O exemplo apresenta uma conformação absolutamente legal e regular, sem, no entanto, dar azo ao Poder Público para que, por exemplo, preencha efetivamente qualquer um das três cadeiras eletivas.

Relembra-se, nesse ponto, que ainda que a estrutura variasse um pouco, ou que inusitadamente o Poder Público lograsse de alguma forma garantir a paridade no Conselho (que é o máximo que conseguiria em circunstâncias normais de iniciativa proveniente da esfera privada²⁸), o voto de Minerva, por definição filosófica do Estado subsidiário, pertence aos membros da sociedade civil.

Logo, dentro de um contexto de normalidade, apresenta-se como virtualmente impossível que o Conselho de Administração de uma organização social saia do controle da esfera privada.

De outro lado, ainda que não fosse esta a situação revelada pelo fundamento legal do modelo, uma análise mais atenta das funções obrigatórias do

²⁸ Foge do escopo deste trabalho a discussão de organizações sociais fruto de iniciativa/encomenda do Poder Público, que facilmente poderiam concentrar 70% (setenta por cento) dos votos do Conselho no controle governamental.

Conselho de Gestão — postas todas no artigo 4º da Lei das Organizações Sociais — aponta que o referido controle sequer seria tão relevante:

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.

Ora, bem se vê que o "Conselho de Administração" não passa de um conselho fiscal acrescido de algumas funções protocolares e outros excepcionalíssimos poderes de ordem estrutural.

Nesse sentido, o inciso I do artigo 4º estabelece prerrogativa meramente programática, que certamente quedará imutável na existência da organização social; os incisos II e III têm caráter meramente protocolar de oficializar análises e aprovações certamente já previamente engendradas na vida real, ainda que se trate de uma novação/renovação do contrato de gestão; os incisos VI e VII correspondem a hipóteses muito raras de mudanças do que restou estabelecido quando da formação da entidade, mas deixam pacificado, desde já, a ditadura da minoria através da qualificação do voto majoritário; o inciso VIII, após exaurido nos atos constitutivos da entidade com a publicação prevista no art. 17, possivelmente remeterá o Conselho a um papel meramente homologatório de conformidade dos atos da Diretoria segundo o Regulamento originalmente fixado; os incisos IX e X correspondem as funções tipicamente homologatórias de conselho fiscal.

Logo, somente os incisos IV e V podem representar algum exercício de poder efetivo, sendo certo, de todo o modo, que, dependendo do caso e em função do projeto, a Diretoria poderia ocupar posição quase vitalícia — principalmente se os critérios de sua destituição fiquem atrelados a determinados índices de eficiência mal definidos — ao passo que a remuneração da Diretoria já poderia estar definida no próprio contrato de gestão inclusive com previsão de bônus de eficiência, conforme interpretação análoga ao modelo das agências executivas.

Cabe ainda asseverar que a existência e a composição do Conselho de Administração não garantem a veracidade e a integridade das informações que a ele forem apresentadas, nem tampouco a capacidade do colegiado de identificar possíveis discrepâncias entre fatos e alegações dos relatórios apresentados pela Diretoria Executiva.

Portanto, forçoso concluir que o mecanismo do Conselho de Administração não se revela nem um eficaz instrumento de controle da administração da organização social, nem tampouco um elemento considerável de restrição da autonomia de gestão privada da Diretoria Executiva.

4.2. O CONTRATO DE GESTÃO

O Contrato de gestão é outro elemento indissociável da figura da organização social, eis que um seu pressuposto, destinado a estabelecer as regras pelas quais é formatada a parceria entre o Estado e a Instituição, com especial destaque para os objetivos e formas de avaliação da execução da função social transferida à gestão privada.

FERREIRA bem resume as características do contrato de gestão, expondo suas características mais relevantes:

Submetido à principiologia público-social (princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e economicidade), o contrato, como é próprio da espécie, estabelecerá programas de trabalho, metas e prazos de seu atingimento, índices de avaliação de desempenho, limites de despesas, assim como outras cláusulas, sendo sua execução fiscalizada pela administração pública (arts. 8º a 10) [da Lei nº 9.637/1998].²⁹

²⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico*, p. 106.

AGUILLAR³⁰, comentando a respeito das agências estatais adverte que o contrato de gestão além de "instrumento de controle da qualidade" dos serviços prestados poderá ser elemento que se presta à retirada da autonomia e independência de tais instituições. O mesmo raciocínio, em princípio, é perfeitamente válido em relação às organizações sociais.

A reflexão que se impõe, de imediato, é a seguinte: sendo o contrato de gestão única baliza pela qual se orientará a relação Poder Público e empreendedor privado, e sendo ele condição prévia *sine qua non* para a qualificação da organização social, eventuais restrições como limites de gastos, cronogramas e metas já não são elementos intrínsecos do próprio negócio? O empreendedor privado já não estará previamente acatando tais regras dentro de um exercício de autonomia? — A lógica indica que a resposta é positiva em ambos os casos.

Em reforço deste entendimento, o artigo 6º da Lei das Organizações Sociais garante, como não poderia deixar de ser, que as cláusulas do contrato de gestão serão resultado do consenso entre o Poder Público e a entidade candidata à qualificação:

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.

Tal disposição, aliás, é evidente, eis que a organização social, por definição, é uma parceria e como tal não poderia deixar de nascer de um acordo em sintonia de vontades, independente de qual dos lados seja efetivamente o proponente.

Inobstante, até para que a cooperação possa ser longeva e gerar bons frutos, é indispensável que as regras estabelecidas pelo contrato de gestão sejam muito bem ponderadas.

A Lei das Organizações Sociais não apresenta um modelo estático de contrato de gestão, evidentemente porque isso seria contrário ao objetivo de maleabilidade, limitando-se a estabelecer linhas gerais até certo ponto óbvias.

³⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 252-253.

Além de remeter o contrato a subsunção em sua elaboração aos princípios de Direito Administrativo próprios dos contratos com a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade [incluindo eficiência]), — obviamente obedecendo a aplicação desses princípios ao próprio órgão da Administração Pública que será signatário do contrato, posto que a formalização do contrato é ato administrativo — define que o instrumento a ser formatado deverá conter a descrição da atividade a ser desempenhada e a forma de sua execução (programa de trabalho, metas, cronogramas), os critérios de avaliação de desempenho, critérios de remuneração dos diretores administrativos e empregados da organização social:

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.

Mais adiante, a própria Lei estabelece três princípios que devem apurar a forma de execução e o estabelecimento dos critérios de desempenho, que podem ser resumidos nos conceitos de transparência administrativa e foco no cidadão-cliente:

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 artigo 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.

Postas estas fronteiras, cabe ao Poder Público e ao empreendedor privado interessado definir quais dispositivos específicos são desejáveis no caso concreto, residindo justamente nesta imensa liberdade a maior fonte de problemas.

Como já referido anteriormente, salvo no caso de projetos com tempo determinado ou tarefa exaurível, a fórmula legal dispõe que as únicas possibilidades regulares de desqualificar uma organização social são a comprovação de malversação de dinheiro público ou a demonstração em processo administrativo de que o contrato de gestão não foi cumprido a contento, ainda que tão somente em relação a metas de eficiência (o que redundam, em última análise, em graus diferenciados da mesma natureza).

Evidentemente esta circunstância, em condições normais de bom planejamento do projeto pelo empreendedor privado, representa um grilhão quase intransponível para o Poder Público.

Por outro lado, a única garantia de exigibilidade das eventuais obrigações assumidas pelo Estado (como o repasse de recursos orçamentários) é a comprovação do perfeito cumprimento do contrato de gestão segundo os critérios de avaliação que o mesmo estabelecer.

Logo, salvo melhor entendimento econômico, a estratégia de formatação de regras claras e definidas — o que infelizmente é avesso à cultura dominante no Brasil — ainda que com óbvia folga de segurança, apresenta-se como a melhor opção para a formulação do contrato de gestão.

Entretanto, é de ser salientado (e toda a Doutrina aponta nesse sentido) que em se tratando de instrumento destinado a reger uma relação repleta da aplicação de leis das ciências da Administração e da Economia, o contrato de gestão assume uma complexidade e uma necessidade de planejamento interdisciplinar prévio que tornam duvidosa para a maioria dos estudiosos, a sua eficácia referencial.

Mesmo nos casos das atividades que podem ser avaliadas objetivamente, o processo de operacionalização do contrato de gestão é, ainda, muito complexo. Isso porque exige uma etapa preliminar de construção de indicadores precisos de desempenho, ou seja, das condições necessárias à implantação de um adequado sistema de avaliação de desempenho. (...)

Tanto a impossibilidade de avaliação objetiva quanto a inexistência de indicadores adequados de desempenho inviabilizam o controle preciso e a *posteriori* dos resultados. Nesses casos, o sistema de avaliação fica sem parâmetros e, portanto, sem possibilidades efetivas de atuação. Essa situação, em tese, impede o repasse de recursos pelo poder público.³¹

³¹ BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro, p. 138-139.

É neste ponto que deve aflorar a maestria do empreendedor privado (sem demérito ao agente público, mas sob lícita presunção de que o interesse maior e a iniciativa partam da esfera privada).

A existência de regras claras e definidas não significa que as mesmas não possam ser maleáveis segundo condições do Mercado (por exemplo, no caso de um empreendimento da área educacional, possuir os alunos emergentes qualificados dentro de determinado desvio do padrão em relação às demais instituições de ensino similares em uma avaliação geral do MEC).

Cabe então ao empreendedor, bom administrador e versado na atividade que se propõe a capitanear em substituição ao Estado, identificar quais fatores e quais limites poderão servir para demonstrar sua eficiência sem retirar sua margem de segurança e, principalmente para os fins deste trabalho, sem impedir sua livre desenvoltura administrativa. — Tais elementos, evidentemente, não pertencem ao patamar da competência jurídica.

No campo do Direito, uma boa opção de fonte de inspiração é o artigo 23 da Lei nº 8.987/1995 (Nova Lei das Concessões), que, *mutatis mutandis*, refere pontos de questionamento que o operador jurídico necessariamente deverá analisar com o administrador, para dar completude aos compromissos a serem assumidos pela organização social.³²

³² Dispõe o art. 23 da Lei nº 8.987/1995:

"Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.(...)"

Sobretudo, deve quedar pacificado que o contrato de gestão bem delineado não é fator de restrição da autonomia privada, muito embora necessariamente, e pelo próprio interesse privado, deva ser instrumento efetivo de fiscalização do contrato.³³

Antes, é elemento de segurança, que deve antever flutuações de mercado e garantir que a iniciativa particular não venha a se descobrir desamparada de uma hora para outra, segundo o alvitre instável do grupo político momentaneamente dominante, como via de regra acontece com outros modelos concorrentes de cooperação.

Conclui-se, pois, que contrato de gestão não é necessariamente um elemento de controle efetivo da organização social, mas, justamente para garantir a sobrevivência do empreendimento e se tornar ferramenta que permitir o pleno desenvolvimento da autonomia privada, deverá ser formatado de forma clara, definida e completa, contento regras para todas as situações previsíveis.

4.3. OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

Não possuindo o próprio contrato de gestão o condão de efetivamente embargar o livre desempenho da autonomia privada, poderiam os princípios informadores de sua composição e do desempenho da função pública pro meio dela transferida à execução pelo particular interferir nesta liberdade?

DI PIETRO parece entendê-lo que sim, quando afirma em relação às organizações sociais que "seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público."³⁴

Entretanto, o artigo 7º da Lei nº 9.637/1998 estabelece que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade devem ser observados na "elaboração" do contrato de gestão, o que permitiria concluir de plano que formalizado o instrumento contratual, encerrar-se ia a

³³ Agora, como sempre quis a esfera privada, segundo regras definidas pelo próprio interessado.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 212.

aplicabilidade de tais primícias³⁵ e estaria garantida a autonomia privada tanto na própria contratação³⁶ e mais ainda na gestão administrativa totalmente livre.

Tal conclusão apressada, embora defensável, não é segura e não poderia ser expressão de bom senso, cabendo, pois, o exame dos efeitos que os princípios públicos orientadores da elaboração do contrato de gestão exercem sobre a administração da organização social.

O primeiro, e certamente mais preocupante princípio da administração citado no artigo 7º é o princípio da legalidade que ao mesmo tempo em que confere ao particular a prerrogativa de "fazer tudo o que a Lei não proíba", impõe à Administração Pública "fazer somente o que a Lei determina".

Estaria a organização social fadada a ter sua ação vinculada aos regulamentos de atuação da administração pública, numa verdadeira seqüência de processos administrativos? — Certamente que não.

Mesmo no contexto do propriamente estatal, os atos de gestão estão insertos dentro da esfera de discricionariedade do administrador público, o que obviamente se repete em relação às organizações sociais.

Os outros tipos de ato ficam divididos em duas hipóteses:

a) se feitos com recursos próprios, nenhuma dúvida de que a autonomia privada é plena, como é o pacífico entendimento expresso, por exemplo, na Lei de Prevenção e Repressão da Improbidade Pública (Lei nº 8.429/1992);

b) se envolvendo recursos do Poder Público, respeitada a proibição de alienação sem prévia autorização dos bens públicos cedidos (que nada mais representa do que uma consequência óbvia das circunstâncias, eis que ninguém pode vender o que não é seu, mesmo que lhe esteja emprestado), a impossibilidade de assumir compromissos em nome do Poder Público (até porque ninguém pode assumir obrigações em nome de outrem) ficam limitados tão somente à imposição de ligação imediata ao objeto do contrato de gestão e a necessidade de prestação de contas. — Evidente, a "Lei" a vincular e direcionar a organização social

³⁵ Exclui-se, obviamente, a hipótese de irregular constituição da organização social, pela violação de tais princípios em uma circunstância de corrupção, a qual, obviamente, acarretaria a nulidade de origem da qualificação.

³⁶ Exercitada tanto quanto a proposta provém do empreendedor privado, quando se revela em sua expressão máxima, quanto na hipótese em que o particular aceita uma proposta do Estado e faz uso dela faz uso ainda que de forma restrita ou "vinculada".

é o mesmo liame que confere a qualificação à entidade privada: o contrato de gestão.

Ora, comprovar atendimento ao objeto do contrato dentro de um processo de periódico prestação de contas não pode ser considerado retirada de liberdade, encontrando paralelo em várias hipótese da atividade econômica comum, desde relatórios aos acionistas até mera satisfação ao cliente.

E nem se diga que a administração da organização social deveria motivar seus atos e cristalizá-los em processos administrativos; tal submissão ao princípio da motivação não está inserta no artigo 7º da Lei 9.637/1998 e a necessidade de prestação de contas jamais poderia com ele ser confundida.

Logo, fora do contrato, em projetos diversos, a entidade é tão privada e livre como sempre foi; dentro da execução do contrato as "regras legais" são justamente as imposições do contrato que, como já visto, são inefetivas como restrição da autonomia.

E a lógica indica que não poderia ser de outra forma: se o Estado criou o mecanismo da organização social para que se ver livre do gerenciamento de determinada atividade, estranho seria que tivesse que criar um mecanismo para constantemente avaliar a entidade que gerencia a atividade.

A legalidade que submete a organização social, pois, é a mesma que restringe toda a Sociedade e implica na orientação em conformidade com a Lei, não só não fazendo o que ela expressamente proíbe, mas agindo segundo os regulamentos existentes.

Neste contexto, também o princípio da moralidade já resta evidentemente desprovido de impacto significativo: a obrigação de agir com ética não é uma exclusividade do Poder Público, mas atinge todas as pessoas com especial relevância nesses tempos de louvável exaltação da retidão e da honestidade, coroados com o princípio da boa fé objetiva.³⁷

A economicidade, por sua vez, representa possibilidade de restrição da autonomia mais remota ainda: todo empreendedor privado, notadamente os que buscam o lucro avidamente, podem dar uma aula a respeito do

³⁷ Em outras palavras, quem pretender utilizar o instrumento da organização social para fim torpe, deverá ser punido não porque está submetido ao princípio da moralidade, mas porque sua conduta lesiva à Sociedade e ao patrimônio público por si só é reprovável.

princípio a qualquer administrador público. — Administração produtiva e sem desperdício, maximizada em eficiência e eficácia, são um legado da iniciativa privada, que a Administração Pública tenta tardiamente copiar.

De outro lado, economicidade esta ligada a critérios pessoais, indiscutivelmente subjetivos e discricionários, absolutamente inseridos em uma elástica margem de interpretação que somente não comporta absurdos.

Mantido o bom senso e a conexão com o objeto do contrato de gestão, não há que se falar em ingerência nos critérios do administrador privado.

Na mesma cadência, o princípio da impessoalidade, que informa que o desempenho da função pública deve se voltar a todos sem distinção de qualquer espécie, quer em favorecimento, quer em prejuízo, não representa especial condicionante à atuação da organização social, eis que:

a) é lícito concluir que o contrato de gestão já possua um determinado "público alvo" quando de sua concepção;

b) mesmo que assim não fosse, legitimamente presumível que o empreendedor privado tivesse interesse em todo "público alvo " possível;

c) ainda que ambas as hipóteses anteriores não se verifiquem e que por algum motivo (legítimo, evidentemente) o empreendedor privado pretenda direcionar a atuação da organização social para determinado segmento, ressalvados os limites do contrato e da moralidade geral, é possível, mesmo na Administração Pública, dentro de uma razoável margem de poder discricionário fazer uma tal particularização, justificável por critérios de maior benefício comum, maior necessidade específica, estratégia de crescimento mais adequada, dentre outras.

Assim, não traz o princípio da impessoalidade qualquer carga considerável extra às preocupações de um potencial interessado no instituto.

Por fim, o princípio da publicidade, que importa na divulgação dos atos administrativos, possui menos grau de ameaça ainda, sendo até difícil imaginar uma hipótese em que representaria óbice a liberdade de administração.

Certo é, evidentemente, que gera obrigações de transparência e submissão a uma fiscalização mais intensa, próprias do instituto, mas não de todo o modo estranhas a esfera das atividades eminentemente privadas (que o digam os bancos, as cooperativas e as sociedades anônimas abertas), mas nunca algo que tolhesse a autonomia.

Lícito concluir, portanto, que mesmo que se admita que os princípios informadores da Administração Pública citados no artigo 7º da Lei nº 9.637/1998 — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade — possam transpassar da "elaboração" do contrato de gestão à "execução", nenhum dos mesmos terá capacidade de tolher a independência gerencial do empreendedor privado na organização social.

4.4. O CONTROLE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A possibilidade de ingerência direta do Poder Público sobre a gestão da organização social é outra questão que certamente habita nas searas das preocupações do empreendedor privado que estude a possibilidade de utilizar o referido mecanismo para a consecução de determinado projeto.

Trata-se, entretanto, de receio infundado, afastado pela própria lógica que respalda o modelo, que é incompatível com esta idéia.

Ora, o objeto central do instituto legal é justamente afastar o Estado da gestão de determinadas atividades — em específico a que potencialmente será desenvolvida pela entidade candidata à qualificação como organização social — em completa sintonia com o conceito de Estado subsidiário.

De outro lado, a organização social é por definição uma entidade da esfera privada, portanto sem a menor conexão orgânica com o Estado, ainda que com este vinculada através de uma forma de parceria, como com pertinácia ressalta FERREIRA do discurso dos introdutores do modelo no Brasil:

Ademais, inexistente vinculação administrativa legal entre a OS e o Poder Público.

Com efeito, o inter-relacionamento entre os dois se dá, como assinalado, através da celebração do contrato de gestão, cujo objeto é, exatamente, "a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98 [citando entrevista concedida pelo então Ministro Bresser Pereira ao Jornal do Brasil (23/11/1997)]³⁸

Assim, salvo através do mecanismo de assentos no Conselho de Administração da organização social, já exposto anteriormente, o Poder Público não

³⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico, p. 108.

poderá ingerir de maneira direta na gestão da organização social, não sendo aplicável, de modo algum, o princípio administrativo da hierarquia.

De outra via, é imposição da Lei nº 9.637/1998 que o Estado, através do órgão qualificador, mantenha constante vigilância sobre a execução 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.

Nenhum fator novo de controle ou restrição de autonomia resulta desta característica do modelo, que tão somente fornece um dispositivo previsível e necessário de fiscalização, que sob a ótica privada deve ser entendido como mera formalidade própria da categoria de atividade, valendo em relação ao seu impacto na administração da organização social, todas as reflexões feitas em relação ao contrato de gestão.

Cabe acrescentar que a fiscalização governamental sobre a atividade econômica, de todo o modo, é uma realidade comum a todos os empreendimentos privados, assim como a interferência indireta nos caminhos privados pela imposição de políticas de governo e métodos de regulação.

Logo, não há que se temer, dentro de uma normalidade político-institucional, a ingerência estatal na gestão da organização social.

4.5. A EXIGÊNCIA DE REGRAS PARA COMPRAS E CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS

Uma disposição interessante da Lei nº 9.637/1998 é a obrigatoriedade da organização social definir desde os seus primórdios as regras

que adotará para gastar o dinheiro público com a aquisição de bens e serviços, que numa interpretação apressada poderia induzir a submissão obrigatória a processos de licitação, imposta pelo artigo 17:

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.

A intenção desta exigência está certamente calcada na necessidade de transparência com o trato do recurso público e no repúdio ao favorecimento pessoal, mas de forma alguma pode ser entendida como imposição do procedimento licitatório a ente privado ou sequer como restrição do poder de negociação ou escolha do seu administrador.

Sem adentrar na discussão a respeito da pertinência econômica do instituto da licitação, é certo que de uma forma ou de outra todo bom administrador de compras utiliza algum método similar às modalidades utilizadas pelo Estado (nesse sentido, por exemplo, aqueles que costumam formar carteiras de fornecedores, certamente reconhecem que a modalidade carta convite se assemelha em muito com o procedimento de uma empresa comercial e certamente não existirão muitos que discordarão que a modalidade pregão eletrônico, instituída mais recentemente, é uma forma muito ágil e barata de obter bons preços com uma ampla gama de potenciais contra-partes).

Mais do que isto, é seguro afirmar que todo administrador sempre possui critérios definidos para fazer a aquisição de seus insumos, mesmo que conceda o monopólio a determinado parceiro.

O que a Lei exige é pura e simplesmente que seja especificado qual será este critério, para permitir que eventual interessado possa se candidatar a fornecedor da organização social (até como uma forma de fomentar o Mercado), sempre ressaltado que tais regras poderão ser alteradas a qualquer tempo com aprovação simplesmente pelo Conselho de Administração da organização social (art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/1998).

Evidentemente, pois, de forma alguma a imposição de definição prévia de regras pode ser interpretada como restrição da autonomia gestacional, mesmo que por conveniência a organização social adote as regras de licitação.

5. ELEMENTOS MEDIATOS DE CONTROLE E POTENCIAL RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

5.1. O INTERESSE DO MERCADO E A INGERÊNCIA PELO CADE

A formação de uma organização social, quer pela transferência de uma atividade anteriormente desenvolvida pelo Estado ao particular, quer pelo fomento de projeto original nascido da esfera privada, certamente poderá causar impacto na esfera econômica (Mercado), relevantemente para eventuais ou potenciais concorrentes da organização social.

Passível de ser invocado, em decorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia com missão precípua de prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, segundo os ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, como AGUILLAR salienta, citando o parecer de uma procuradora da entidade da administração indireta:

"Sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não pode ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua descontinuidade total nos termos legais."³⁹

E não se trata somente de questão de uma opinião, mas de aplicação direta dos dispositivos da Lei nº 8.884/1994 (Lei de Proteção à Concorrência):

Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

³⁹ FREIRE, Marusa Vasconcelos, citada por AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 276.

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

É claro que sendo órgão que vela pelas condições do Mercado o CADE estará presente praticamente em todos os contextos de atividade econômica como o elemento fiscalizador e pacificador do Estado, mas no caso específico das organizações sociais, dois riscos extras podem surgir: a objeção à própria qualificação, sob a alegação de abalo do Mercado pelo favorecimento estatal a empreendimento de porte impactante; a objeção ao repasse de recursos públicos por concorrentes supervenientes, sob a mesma alegação de favorecimento.

Claro que ambas as hipóteses se revestem mais de um caráter acadêmico do que prático, eis que envolvendo atividades de interesse social com "mercado consumidor" virtualmente ilimitado nas condições atuais brasileiras, dificilmente haveria impacto negativo na concorrência e seria mais lógico supor que eventuais prejudicados igualmente tornar-se-iam candidatos à qualificação como organização social, mas não há como negar o potencial de ameaça.

Das duas hipóteses, já que a primeira obstaría a própria existência da organização social, somente a segunda poderia representar elemento que de alguma forma traria conseqüências para a gestão da entidade.

Nessa conjuntura, só restaria à organização social mostrar que é justificável o aparente favorecimento revelando que o mesmo é em verdade uma forma de redistribuição de renda e reverte como significativa vantagem para o cidadão-consumidor.

Não é admissível, por exemplo, que uma escola fomentada pelo governo pratique preços iguais ao concorrente sem apoio governamental para prestação de serviço similar, ao passo que em hipótese reversa, de prestação de ensino por contraprestação muito abaixo dos valores de mercado corresponderia a uma justificativa social e jurídica suficiente para a manutenção e incentivo da organização social.

Nesse sentido, a atuação do CADE poderia em tese forçar uma mudança de parâmetros de gestão da organização social, impondo revisão de procedimentos, metas e objetivos, no intuito remeter a entidade ao seu escopo social e ao mesmo tempo proteger o Mercado.

Há que se ponderar, no entanto, que na mesma linha hipotética, toda empresa poderia ser instada a uma mudança de linha gerencial pelo CADE, não havendo, pois, justificativa para um temor específico por parte das organizações sociais.

5.2. O INTERESSE DA PROBIDADE PÚBLICA

Inobstante a organização social tenha natureza de ente privado, uma vez que utilize recursos ou bens de origem pública (certamente a regra), naturalmente estará submetida à Lei nº 8.429/1992, assim como os Diretores Executivos, ainda que não recebam remuneração⁴⁰, eis que assume papel de agente público no desempenho de uma função pública, caso expressamente previsto logo no primeiro artigo da referida Lei:

"Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos."

Apesar de normalmente tal circunstância ser de aplicabilidade muitíssimo improvável — pressupõe-se que na grande maioria das vezes os empreendedores possuem boa índole — trata-se de possibilidade que não é própria das instituições privadas em geral, e traz um impacto importante sobre a organização social, como mais adiante dispõe a Lei nº 8.429/1992:

"Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito."

⁴⁰ Conforme artigo 2º do Diploma citado.

É evidente, pois, que em casos de desvio de finalidade ou alguma espécie de fraude envolvendo os recursos públicos, mesmo que não perpetrados pelo principal administrador da entidade, o resultado seria fatal para a pessoa jurídica, nem se discutindo a desqualificação automática (e até afastando a idéia de restrição da autonomia privada, eis que extingiria o objeto de gestão).

De todo modo, embora remota a hipótese e até com uma certa impropriedade em relação à questão de autonomia privada, não poderia deixar de ser referida a aplicabilidade da Lei de Prevenção e Repressão a Improbidade Pública até como um alerta aos interessados no modelo de parceria.

5.3. A ATUAÇÃO DO ESTADO VIGILANTE ATRAVÉS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O abandono pelo Estado-subsidiário do papel de executor direto de atividades de interesse público pela transferência de tal atuação à esfera privada e a simultânea manutenção da obrigação estatal de fiscalização da efetividade dessa prestação traz consigo a questão dos mecanismos e critérios dessa vigilância e avaliação constante e irrenunciável.

AGUILLAR observa que "a contrapartida necessária da desconcentração regulatória operacional em matéria de serviços públicos é a concentração regulatória normativa, o controle estatal, por exigência constitucional. Ou seja, para que seja possível a outorga da prestação de serviços públicos aos particulares, se faz necessária a existência de mecanismos de regulação normativa."⁴¹

Dentro desse contexto, a implantação do Estado subsidiário no Brasil traz consigo a figura da Agência Reguladora, um ente estatal participante da Administração Pública Indireta, teoricamente independente da Administração Pública Direta, dotado de poderes para emitir normas reguladoras de determinado setor das atividades privadas e fiscalizar e impor a respectiva execução, inclusive com a faculdade de determinar sanções.

⁴¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 213.

Embora os nuances técnico-jurídicos sejam um tanto quanto obscuros, eis que se apresentam como inusitadas autarquias independentes e com poder regulamentar geral (e não meramente executivo/fiscalizatórios), as agências reguladoras tem o objetivo de sua criação muito claro: ser um mecanismo de orientação e controle de determinada atividade, embasado por corpo técnico específico e adequado, em substituição ao pessoal em regra tecnicamente deficiente da esfera executiva comum (que é generalista, por necessidade) e virtualmente inexistente da esfera Legislativa.

Em resumo, às Agências Reguladoras se pretende o papel de vigia e feitor do Estado subsidiário, a fim de garantir e direcionar a execução do serviço público em sentido amplo, inclusive com efeitos sobre a própria atuação do Estado, chegando AGUILLAR a afirmar que:

"Há uma grande expectativa neste momento a respeito da maneira como serão conduzidas as novas agências reguladoras de serviços públicos. De fato houve maior ousadia na modelagem dessas agências em relação às suas predecessoras."⁴²

Por óbvio, este objeto desses entes reguladores implica, em tese, em efeitos sobre as organizações sociais, inclusive com potenciais conseqüências sobre a autonomia privada de sua gestão.

Na prática, entretanto, a potencialidade de interferência deve ser vista com reservas, eis que:

a) são poucas as agências reguladoras existentes;

b) as que existem praticamente se concentram em áreas econômicas diversas do escopo das organizações sociais.

Com efeito, salvo casuística tangencial que leve ao embate de uma determinada organização social com uma agência reguladora de alguma atividade técnica (como, por exemplo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL ou a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL), em função de alguma pesquisa ou atividade específica, somente dois são os entes reguladores que potencialmente podem interferir com certa frequência nas atividades das organizações sociais: a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

⁴² AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 232-233.

Dada a devida consideração, supondo ser pouco provável e até mesmo inconstitucional controlar e determinar efetivamente a produção cinematográfica, mesmo no sentido de impor prazos para execução de filmes, das atividades passíveis de exercício pelas organizações sociais — ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde — somente esta última está sujeita a regulação por Agência Reguladora⁴³.

Ainda assim (e a reflexão serve para as casuísticas referidas acima), a atuação dos órgãos reguladores está limitada a edição de normas técnicas da atividade, a fixação de preços e a parâmetros de satisfação dos usuários (cidadão-cliente) e à fiscalização, todos elementos de uma realidade comum a qualquer empreendimento.

Não há, pois, uma especial restrição à autonomia de gestão administrativa das organizações sociais decorrente de sua condição própria (como também não há nenhum benefício), sendo pertinente ressaltar que o contrato de gestão, se bem compilado e bem executado, servirá de escudo para o empreendedor privado e arma para revisão de sua relação com o Estado caso alguma situação crítica decorra da atuação das Agências Reguladoras.

5.4. O INTERESSE DO CIDADÃO-CONSUMIDOR

Um dos efeitos colaterais desejados pela implantação do Estado subsidiário é o implemento da auto-iniciativa social na defesa dos interesses difusos, o que leva a crer que o decorrer do tempo corresponderá a um crescente incremento na ação do consumidor conjugado ao fortalecimento do seu poder de influência.

Novamente é forçoso admitir que todo o Mercado está submetido às regras de consumo, mas não deixa de ser pertinente analisar o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que aparentemente se amolda à perfeição no contexto das organizações sociais e, como seu corolário, prevê a possibilidade de

⁴³ Não pode deixar de ser lamentada a inexistência injustificável de uma Agência Reguladora voltada à atividade de ensino.

compelir as pessoas jurídicas ao ajustamento de seus procedimentos (uma forma de intervenção que indiscutivelmente é restrição à autonomia privada):

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. (Lei nº 7.347/1985 - Código de Defesa do Consumidor)

O dispositivo citado fala genericamente em serviços, sem distinguir entre públicos em sentido próprio e públicos em sentido amplo (categoria na qual se insere o ramo de atividade da organização social), impondo a adoção de ambos os conceitos tanto pelo princípio da cautela, quanto pelo da primazia do consumidor; logo, aplicável ao caso em exame.

Registra o dispositivo que os serviços deverão ser "adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

Os primeiros três elementos já são lugar comum para a organização social que, relembre-se, está vinculada a um contrato de gestão que presumivelmente estabelece um programa adequado, portanto eficiente e seguro, observando o princípio da economicidade (e da eficiência). Em consequência, ou o contrato de gestão estará sendo descumprido e a desqualificação precederá qualquer iniciativa do consumidor, ou o próprio instrumento de vinculação da organização social lhe servirá de escudo para comprovar a regularidade de suas atividades para os fins de relação de consumo.

Já o elemento "continuidade dos serviços essenciais" é novo e automaticamente gera o questionamento: ressalvadas disposições específicas do contrato de gestão, poderia a organização social se negar a prestar seu serviço por ausência de pagamento por parte do cidadão-consumidor, por exemplo? À Organização Social se aplica o princípio da continuidade? O Serviço que presta é essencial?

Duas circunstâncias devem ser consideradas com especial apreço para a resposta: a organização social é indiscutivelmente um ente integralmente privado e submetido às regras da iniciativa privada; o serviço que a organização social presta não é serviço público em sentido estrito, mas função (irrenunciável) do Estado.

Como ente privado, ainda que possivelmente com alguma espécie de fomento do Poder Público, a organização social deve primar pela sua sobrevivência financeira (até para que não incida em crime de responsabilidade por malversação de bens públicos), ao mesmo tempo em que está protegida pelo princípio constitucional da livre iniciativa. — A essencialidade de suas atividades não pode conflitar com a proteção a sua existência (o ente privado, ao contrário do estado, é passível de falência).

Logo, a continuidade de seus serviços deve ser interpretada de maneira condicionada: devem ser indubitavelmente oferecidos a todos os cidadãos-consumidores, mas a sua prestação pode estar condicionada a determinados requisitos (como o pagamento do preço, por exemplo).

Situações cotidianas analisadas pelo Poder Judiciário tem apontado ampla aceitação desse entendimento (notadamente na esfera Federal, na qual é unânime), sendo pertinente anotar reflexão exarada pelo Ministério Público do Estado do Paraná em hipótese absolutamente aplicável à organização social:

“Efetivamente, apesar de se compreender que o impetrante se encontra em situação financeira precária, e lamentar-se essa condição, não se pode dar guarida ao seu propósito de continuar estudando em escola particular sem pagar a pertinente anuidade escolar.

Sabido é que a manutenção de um estabelecimento de ensino de nível superior é extremamente onerosa, cujos custos são cobertos exclusivamente pelas anuidades cobradas aos alunos.

A se permitir que um aluno deixe de pagar as anuidades, toda a estrutura do estabelecimento do ensino será prejudicada, ameaçando a sua própria existência como tal, pois tal benesse facilmente se estenderia a todos os alunos.

(...)

Nestas condições, a pretensão do impetrante é de ser inteiramente negada, pois o indeferimento do seu requerimento de matrícula nada mais é que o exercício de um direito por parte da entidade de ensino.”

Ilmo. Dr. Promotor de Justiça Nelson Antônio MUGINOSKI, em parecer datado 31/03/2000, nos autos da ação de Mandado de Segurança nº 83/2000, então em trâmite na 16ª Vara Cível da Comarca de Curitiba/PR.

Logo, desde que cumpridos os parâmetros estabelecidos no contrato de gestão, a via de intervenção prevista no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor não poderá ser efetivada, quedando a organização social no lugar comum de respeito das regras de consumo como qualquer ente privado, sem qualquer restrição extra da autonomia privada.

5.5. O CONTROLE SOCIAL DIRETO

A Sociedade, por definição, é a fonte de onde provêm todas as estruturas políticas, jurídicas, econômicas que permeiam nossa realidade e, assim, é por excelência o manancial do controle sobre estas esferas.

No Estado subsidiário, esta assertiva ganha particular reforço porquanto uma das propostas que apresenta é o resgate da iniciativa social, a quem cabe originariamente a defesa dos interesses difusos.

Não bastante, não pode ser esquecido que a o sustentáculo principal do instituto da organização social é justamente o interesse público tendo como fonte primária de sua definição o substrato da própria sociedade, em detrimento, inclusive, do monopólio Estatal da fixação de metas públicas, ao qual estamos acostumados dentro do Estado social.

Embora sutil — como se sabe todos as modalidades de Estado se assentam sobre a Sociedade — a diferença é extrema do ponto de vista teleológico, jurídico e político.

Sendo o interesse público primário o alicerce de qualquer organização social, a ponto de a "sociedade civil" estar taxativamente assegurada na disposição legal com cadeiras natas no Conselho de Administração e sabendo-se que no Estado subsidiário a palavra da Sociedade é preponderante sobre o interesse público secundário, determinado pela Administração Pública, é conclusão lógica obrigatória que suprimida a base de legitimidade na Sociedade, a organização social venha a inexoravelmente sofrer conseqüências, ainda que esteja de acordo com o interesse e orientação do Poder Público, cumprindo com perfeição o contrato de gestão.

A aparente heresia jurídica desta afirmação — certamente assustadora, sob certo ponto de vista — é hipótese absolutamente plausível até dentro de nossos instrumentos jurídicos moldados ao Estado social, não sendo necessária nenhuma revolução legal para instrumentar a atuação da sociedade no Estado subsidiário.

Nessa linha, não há como ocultar que tanto a ação civil pública, quanto a ação popular representam ferramentas diretamente aplicáveis ao contexto

de uso do patrimônio público e envolvimento do interesse social primário, como não deixa dúvidas a Constituição:

Art. 5º

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

Por óbvio, se a organização social perder a sua conexão direta com a vontade social predominante, setorizar e limitar seu entendimento ao grupo que a propôs e a tecnocracia governamental, sem óbice na condição de estar cumprindo com perfeição as regras do contrato de gestão (que nesta análise contrapondo sociedade majoritária de um lado e segmento social e Governo de outro, seria de formulação "interna"), correrá o risco de sofrer oposição no campo judicial por uma parcela mais significativa do substrato social, que poderá questionar metas, métodos e critérios de eficiência fixados (além dos elementos tratados nos tópicos precedentes).

Certamente a hipótese apresentada pode ser atacada com vários argumentos convergindo para a afirmação de que a Sociedade não tem articulação ou homogeneidade suficiente para este tipo de atitude, bem como a organização social estaria protegida pela regularidade formal do contrato de gestão em execução perfeita, no entanto, primeiro deve ser reconhecido que Sociedade e Direito são esferas em constante evolução, sendo sintomática, por exemplo, a nova redação dada ao parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal (contemporânea a Lei das Organizações Sociais), que aponta e viabiliza o aumento de poderes da "sociedade civil organizada":

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:

(...)

§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;
- III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 19/98)

De outro lado, a possibilidade teórica é sempre uma possibilidade prática, e em se tratando de ingerência na autonomia privada da organização social, certamente é a que potencialmente oferece maior risco ao empreendedor privado que, de um momento para outro, poderá ter toda a sua previsão de metas imposta por elemento externo ou mesmo perder o controle sobre a entidade pela imposição de abertura das opções de admissão de associados na associação de base da organização social ou no Conselho administrativo da instituição.

Assim, mais lógico parece incluir tal risco na planificação estratégica do empreendimento e formatar a organização social de forma que além de satisfazer os anseios pessoais do grupo instituidor — que embora possivelmente não ligados ao retorno financeiro exorbitante, sem dúvida existem em outros campos, como o profissional ou o religioso — a entidade também possua um mecanismo de insuflação das aspirações sociais dominantes do grupo social total ao qual se destina. (o Estado subsidiário pretende que a Sociedade tome suas próprias decisões, tenha iniciativa e gerencie os serviços públicos).

Nessa cadência, comentando tema correlato, AGUILLAR apresenta o pertinente conceito de aferimento periódico de metas de satisfação dos usuários, que define como "relevante mecanismo de acompanhamento da qualidade dos serviços prestados e sem dúvida representa um canal a mais de comunicação entre usuários e prestadores."⁴⁴.

Um método simples e barato, basicamente escorado em constante diálogo em canal aberto e pesquisas de opinião, sem reflexos que poderiam ser considerados inconvenientes em uma participação direta do cidadão-usuário, mas eficiente para manutenção da sintonia de entendimentos.

⁴⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 254.

Ainda, sabendo que na linha de raciocínio desenvolvida é importante que a organização social fomente sua base pelo incentivo à organização da Sociedade, mister citar novamente AGUILLAR, que reflete:

"O fortalecimento da posição do usuário só poderá ocorrer em duas hipóteses (sendo que apenas uma delas pode ser objeto de lei):
a – informalmente – a coletividade se organiza espontaneamente e reage de modo a pressionar direta ou indiretamente o Poder Público.
b – institucionalmente – outorga-se poderes a representantes comunitários, a entidades de bairro, associações de usuários ou algo semelhante, para que possam interferir no processo decisório de modo oficial."⁴⁵

Logo, se o que se pretende é justamente evitar surpresas e firmar as fundações de empreendimento que nasce dos anseios da Sociedade, nada mais aconselhável que integrar a organização social em contextos de mobilização social oficial, como as associações de bairro, por excelência, evitando-se a ingerência externa pelo simples considerar do princípio maior da organização social, que é o foco no cliente-cidadão.

⁴⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos, p. 250.

CONCLUSÃO

A análise dos pressupostos e elementos componentes do instituto da organização social demonstra que o grau de restrição à autonomia privada do empreendedor privado — neste conceito entendidos igualmente as iniciativas advindas do chamado "terceiro setor" — é desprezível, senão inexistente em circunstâncias de normalidade.

Embora a Lei nº 9.637/1998 possa não ser (e não seja) considerada por muitos teóricos do Direito como um diploma completo no sentido de assegurar a proteção contra o mau uso do instituto, a reflexão sobre o tema indicou importantes elementos de controle externos à organização social, muito em especial o controle do interesse público primário pelo conjunto da Sociedade.

Apesar de ser claro que os conceitos de legitimidade e idoneidade não se confundem com restrição de autonomia, é inevitável assentar que o empreendedor privado deve estar absolutamente atento aos mecanismos de controle da organização social — em especial o respaldo social efetivo — para que eventual desconformidade ou descontrole gerencial não passe despercebido e não imponha conjuntura que esteja além do poder de decisão do administrador;

Se bem planejada, formatada e gerida, a organização social, pela disposição legal e pela ampla escora jurídica e política na conformidade do interesse público primário, quedará praticamente inatingível dentro de um estado de normalidade institucional, podendo perenemente evoluir dentro dos objetivos, parâmetros e métodos traçados por seus instituidores;

Sob este entendimento, o contrato de gestão muito mais do que um instrumento de restrição da autonomia privada é o elemento de segurança do empreendedor, estabelecendo os limites máximos de exigência permitidos ao Estado (critérios de avaliação de desempenho) e servindo de escudo contra questionamentos dos mecanismos de controle estatais e sociais, bem como, pelo seu estrito cumprimento, servindo de ferramenta para exigir o financiamento público

e demais obrigações que o Estado eventualmente tenha assumido como contrapartida.

Como regra maior, lícito deduzir que a gestão administrativa de risco potencial representado pela possibilidade de descompasso entre os objetivos da organização social e da Sociedade é uma preocupação que deve ser constante e efetiva para o empreendedor, sendo aconselhável integrar a organização social em contextos de mobilização social oficial, como as associações de bairro, como estratégia de sedimentar as bases justificadoras da organização social e garantir a longevidade da instituição e de seu controle pelo grupo instituidor.

ANEXO – LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998

LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998⁴⁶.
(DOU 18.05.1998)

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 a 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 Público, definidos pelo estatuto da entidade;
- 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,

⁴⁶ Fonte: CD-ROM Juris Síntese Millenium nº 42

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 artigo 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 artigos 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 jus 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 artigos 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 artigo 198 da Constituição Federal e no artigo 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.

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 artigo 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 extintas 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 artigo 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 artigos 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. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.648-6, de 24 de março de 1998.

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

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

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Paulo Paiva

José Israel Vargas

Luiz Carlos Bresser Pereira

Clóvis de Barros Carvalho

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 302 p.
2. BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro *in* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos (organiz.); GRAU, Nuria Cunill (organiz.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. 498 p., p. 107-150.
3. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. Tradução de Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996. 360 p.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 4ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2002.
6. FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 217, p. 105-118, jul./set. 1999.
7. JURIS SÍNTESE MILLENIUM. **Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual**. Porto Alegre: Síntese, nº 42, jul./ago. 2003. CD-ROM.
8. LIMA, Valéria Almada. Reforma do Estado e controle social: limites e possibilidades da descentralização e do "terceiro setor" *in* **Revista de Políticas Públicas**. São Luis, v. 6, n. 2, p. 127-147, jan/jun 2002.
9. MOREIRA, Rômulo de Andrade. Terceiro setor *in* **Juris Síntese Millennium. Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual**. Porto Alegre: Síntese, nº 42, jul./ago. 2003. CD-ROM.
10. VIEIRA, Lizt. Cidadania e controle social. *in* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos (organiz.); GRAU, Nuria Cunill (organiz.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. 498 p., p. 213-256.
11. WALD, Arnoldo, *et al.* **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: RT, 1996.