

Organizações Sociais no ordenamento jurídico brasileiro: ultrapassando os limites da omissão legislativa

Social organizations in the Brazilian legal system: overcoming the limits of legislative omission

Rita Tourinho*

Sumário

1. O Terceiro Setor no cenário administrativo brasileiro. 2. A Lei nº 9.673/98 e o novo modelo de organização social introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Da qualificação da entidade como organização social. 4. Do contrato de gestão. 4.1. Da natureza jurídica do contrato de gestão e questões afins. 4.2. O processo administrativo de seleção para a formalização do contrato de gestão. 4.3. Das fases do processo seletivo. 5. Dos bens e pessoal envolvidos na execução do contrato de gestão. 6. Da extinção do contrato de gestão e aplicação de sanções administrativas. 7. Responsabilidade da Administração Pública por atos da Organização Social. 8. Do controle do contrato de gestão exercido pelo Tribunal de Contas. 9. Considerações finais. Referências.

Resumo

Entre os modelos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que tratam da transferência de atividades públicas não estatais a entes privados desprovidos de fins lucrativos, destaca-se o contrato de gestão firmado com entidades qualificadas como Organizações Sociais, inaugurado com a Lei Federal nº 9.67/98. Este trabalho volta-se ao enfrentamento de questões cujas normas legais editadas não foram capazes de solucionar. Aborda-se todos os questionamentos que envolvem desde o processo de qualificação da entidade, passando pela sua seleção, até a execução do contrato de gestão, com destaque para os debates em torno da sua natureza jurídica e questões afins. Foca-se, ainda, a fase de execução do ajuste e possível responsabilização civil da Organização Social. Por fim, o controle externo é também abordado, com ênfase à atuação dos Tribunais de Contas.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Coordenadora do Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa do MPBA. Professora Assistente da Faculdade de Direito da UFBA.

Abstract

Among the existing models in the Brazilian legal system that deal with the transfer of non-state public activities to private entities without profit, the management contracts signed with entities qualified as Social Organizations stands out, inaugurated with Federal Law No. 9.67 / 98. This work focuses on addressing issues for which the edited legal norms were not able to solve. It addresses all the questions that involve everything from the qualification process of the entity, through its selection, to the execution of the management contract, with emphasis on the debates around its legal nature and related issues. It also focuses on the implementation phase of the adjustment and possible civil liability of the Social Organization. Finally, external control is also addressed, with an emphasis on the performance of the Audit Courts.

Palavras-chave: Organização Social. Contrato de Gestão. Limites da omissão legislativa.

Keywords: Social Organization. Management Contract. Limits of legislative omission.

1. O Terceiro Setor no cenário administrativo brasileiro

Denomina-se terceiro setor as entidades não estatais sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público. Assim, o Estado seria o primeiro setor, a iniciativa privada, voltada à exploração de atividade econômica, o segundo setor e o terceiro setor seria composto por organizações privadas que se comprometem à realização de interesses coletivos.

Boaventura de Souza Santos define o terceiro setor como “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”. Já para José Eduardo Sabo Paes o terceiro setor seria “o conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento”².

A terminologia “terceiro setor” é de origem sociológica, não se encontrando positivada no nosso ordenamento, razão pela qual são utilizadas outras expressões, entre as quais “entes de cooperação”, “organizações não governamentais” e “entidades de caridade”. Segundo Andres Pablo Falconer³, o terceiro setor é o termo que vem

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Perreira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p. 13.

² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 56.

³ FALCONER, Andrés Pablo. A Promessa do Terceiro Setor. In: www.rits.org.br. Acesso em: 02 jan. 2010.

encontrando maior aceitação para designar o conjunto de iniciativas privadas, voltadas à produção de bens e serviços de interesse público.

Tem por mérito romper com a dicotomia entre o público e o privado, sendo o público sinônimo de estatal e o privado de empresarial. O terceiro setor aparece com características comuns dos outros dois setores, em um processo de delegação social, caracterizado pela transferência de serviços de interesse público a entidades criadas pela própria sociedade, dedicadas à colaboração no atendimento de interesses legalmente caracterizados como públicos⁴. Assim, o caráter voluntário da atividade, desenvolvida sem fins lucrativos, na promoção de direitos fundamentais ou prestação de serviços de interesse público, caracterizam tais entes.

Nos países centrais, surge em virtude da crise do Estado-Providência⁵, capaz de cumprir melhor que o Estado a dimensão social, com a promessa de eficiência gerencial semelhante ao setor privado. Por outro lado, a ausência de fins lucrativos o aproxima do Estado, voltado a satisfazer interesses gerais de forma igualitária, assente em valores humanos e não em valores de capital.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe a participação da sociedade civil na realização de objetivos estatais. Como exemplo, tem-se o disposto no art. 227, § 1º, segundo o qual “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos(..)”. Nessa mesma perspectiva, cite-se os artigos 204, I, 213 e 216, § 1º.

A Reforma Administrativa no nosso país, iniciada nos anos 90 do século passado com a alienação de empresas estatais e a transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada, através do regime de concessão, foi o marco da adoção de um novo modelo de Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso⁶, é possível vislumbrar-se três transformações estruturais na reforma do Estado brasileiro. A primeira transformação substancial teria sido a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, ocorrida a partir das Emendas Constitucionais nºs 6 e 7, ambas de 15.08.95, seguida pela Emenda Constitucional de nº 36, de 28.05.02. A segunda transformação foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais, quando foram abertas possibilidades de transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada⁷, ocorrendo, também, o rompimento com o monopólio estatal em matéria de petróleo (Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95). A terceira linha de transformação, que contribuiu para modificar a feição do Estado brasileiro, deu-se com a instituição do Programa Nacional de Privatização, decorrente da edição da Lei nº 8.031, de 12.04.90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491, de 09.09.97.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 130.

⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado*. In: Pereira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p. 16.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binbenojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 65.

⁷ Vide as Emendas Constitucionais nºs 5 e 8, ambas de 15.08.95.

Entre os objetivos principais do referido programa incluiu-se a alteração da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Houve a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica, passando o Estado a exercer função de regulação e de fiscalização dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada e das atividades econômicas sensíveis à sociedade.

Neste novo contexto estatal, verifica-se um movimento em direção ao setor público não estatal. Assim, a execução de serviços que não possuem conteúdo econômico e que não envolvem exercício de poder de Estado é transferida aos entes do terceiro setor, subsidiados pelo Estado. Implementa-se, então, o Programa Nacional de Publicização, veiculado por meio da Medida Provisória nº 1.591/97, convertida na Lei Federal nº 9.637/98, que instituiu no nosso ordenamento as organizações sociais. Referido programa teve por finalidade transferir serviços públicos não exclusivos ao setor público não estatal, financiados pelo Estado. Como vantagens, apresenta-se a atuação com maior autonomia e flexibilidade, garantindo uma maior eficiência na prestação de tais serviços, com ênfase nos resultados. Esse modelo ofereceu aos gestores públicos mecanismos voltados a elevar despesas públicas sem ampliar a vulnerabilidade previdenciária, uma vez que os contratos de trabalhos seriam regidos pelo setor privado, livres da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que concerne à despesa de pessoal.

Com o incremento do terceiro setor e o novo modelo de organizações sociais, como forma de afastar obstáculos ao atendimento de interesses públicos, surgem diversas preocupações, tais como: critérios de seleção das entidades beneficiadas, objetividade nas atividades repassadas, transparência e controle dos gastos efetivados com os recursos repassados, eficiência e eficácia da parceria, entre tantas outras.

Assim, esse trabalho pretende, após mais de 20 anos de vigência da Lei nº 9.637/98, abordar pontos que ainda geram divergências na aplicação da normativa, ainda considerada como solução para o atendimento das expectativas sociais, sem entraves típicos do setor público.

2. A Lei nº 9.673/98 e o novo modelo de organização social introduzido no ordenamento jurídico brasileiro

A Lei nº 9.637/98 institui o Programa Nacional de Publicização com o objetivo de transferir algumas atividades de caráter social, exercidas por órgãos ou entes públicos, às pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares, sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais. Tal processo de mudança teve como finalidade racionalizar a administração pública, com maior eficiência, transparência e acesso ao cidadão.

Pertinente a crítica de José dos Santos Carvalho Filho⁸ quanto à terminologia utilizada. Por certo o termo *publicização* seria mais adequado no caso de transferência de atividade privada para a área estatal, porém o que ocorre é exatamente o contrário, uma vez que se desloca atividades exercidas por entes governamentais à iniciativa privada, em mais uma etapa no processo de *desestatização* instaurado na década de 90, do século passado.

Define-se organização social como *pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão*. Em verdade, trata-se de titulação conferida a entes privados sem fins lucrativos, que atuam em uma das áreas constantes do art. 1º, da Lei nº 9.736/98⁹ e preenchem os demais requisitos legais.

Possui finalidade não lucrativa a pessoa jurídica cujos sócios ou associados não recebem lucros distribuídos pelo ente, a qualquer pretexto. Isso não significa que a pessoa jurídica não possa obter lucros com suas atividades, mas sim que lucros eventualmente percebidos serão reinvestidos no desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Segundo os termos da lei, após a aquisição da qualificação, via decreto, a entidade poderá firmar contrato de gestão com órgão da Administração Pública direta, sujeitando-se a um conjunto de normas que lhe assegura certos benefícios, como, por exemplo, a possibilidade de utilização precária de bens públicos, a cessão de pessoal com ônus para origem e o recebimento de recursos públicos. Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições, como a sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública¹⁰.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a referida norma legal regulamenta a qualificação de entes privados como organizações sociais perante a União, razão pela qual diversos estados e municípios já possuem legislações próprias sobre a matéria.

Questiona-se se a Lei nº 9.637/98 contém normas gerais a serem observadas pelos demais entes federados.

Reconhece-se como *normas gerais* os institutos que desenvolvem princípios, largamente consagrados na doutrina universal, fundamentalmente construtoras de uma teoria geral¹¹. Não podem entrar em pormenores ou esgotar o assunto legislado, bem como devem contar com a possibilidade de aplicação uniforme em todo o território nacional, sem violar a autonomia dos entes federados¹².

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 374.

⁹ As atividades devem ser dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

¹⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009. p. 929.

¹¹ BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de Normas Gerais de Lei Federal dos Estados. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez., 1993. p. 104.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência Concorrente Limitada: O Problema da Conceituação das Normas Gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1988, out./dez., p. 142.

Efetivando-se interpretação conforme a Constituição Federal, pode-se afirmar a competência da União para estabelecer normas gerais sobre a matéria, por duas razões. Primeiro, em virtude da natureza do vínculo firmado entre a OS e o ente público. Apesar de a doutrina¹³ e a jurisprudência¹⁴ na sua maioria afirmarem a natureza de convênio ao ajuste firmado, muitos entendem que se trata de um contrato de prestação de serviços no sentido amplo¹⁵, cabendo à União legislar sobre normas gerais (art. 22, XXVII, da CF). Em termos práticos, observa-se muitas vezes a proximidade entre os contratos de gestão e os contratos de prestação de serviços. Para tanto basta observar a situação de certos municípios que possuem suas unidades de saúde sujeitas à gestão indireta, seja por meio de contratos de gestão com organizações sociais, seja através de contratos de terceirização de serviços, firmados com empresa ou mesmo entes do terceiro setor. Segundo, porque tratando o instituto de serviços sociais, muitos dos quais enquadrados no art. 23, da Carta Constitucional, a União seria competente para legislar sobre normas gerais, de acordo com o que estabelece o § 1º, do referido dispositivo.

Ora, adotando-se tal posição, depreende-se que algumas regras estabelecidas na Lei nº 9.637/98 devem ser necessariamente observadas pelas legislações estaduais, municipais e distrital sobre a matéria. Assim, a qualificação de entidade como organização social requer a inexistência de fins lucrativos, prestação de serviço de natureza social, regularidade jurídica e fiscal da entidade. O ajuste formalizado caracteriza-se, em qualquer situação, como *contrato de gestão*, devendo ser precedido de processo seletivo para escolha da OS. Há possibilidade de cessão de servidores e utilização de bens públicos em face da organização social. Também o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas correspondente é regra a ser observada em qualquer legislação sobre a matéria.

Por certo que há que preservar a esfera de autonomia organizacional-administrativa de cada ente federado, mas, por outro lado, é necessário mantê-las harmônicas e unidas em torno de objetivos comuns a toda a Nação. Um País que possui mais de 5.000 municípios requer um mínimo de centralização normativa em matéria de vínculo que trata da transferência de recursos públicos para atuação em áreas de alta repercussão social.

Saliente-se posições divergentes, como a revelada por Fabrício Motta¹⁶, para quem, por tratar os ajustes de atividade de fomento, prevalece a competência concorrente dos entes federados. Segundo o autor, a Lei nº 9.637/98 consagrou o regime jurídico das Organizações Sociais e o contrato de gestão na esfera federal, não sendo considerada norma geral aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁴ Em voto proferido na ADI 1.923, o Min. Carlos Ayres Britto manifestou-se quanto à natureza do ajuste como convênio, diante da inexistência de interesses contrapostos.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.240.

¹⁶ MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. In: *Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 173.

Mesmo não se adotando a Lei nº 9.637/98 como implementadora de normas gerais, o certo é que a estrutura das leis estaduais e municipais pouco difere da legislação federal. De maneira geral, em todas observam-se os princípios da administração na formalização do contrato de gestão, com parâmetros métricos de entrega de resultados. As áreas atendidas são inúmeras e coincidentes com os serviços não exclusivos do Estado.

3. Da qualificação da entidade como organização social

Conforme já abordado, a formalização do contrato de gestão requer a qualificação da entidade privada, sem fins lucrativos, como organização social. Assim, ser organização social não significa possuir uma estrutura inovadora, mas sim portar um título jurídico conferido pelo poder público a partir do atendimento de requisitos legais.

Para tanto, inicialmente a entidade deve atuar em uma das áreas previstas na lei. No âmbito da União, a pessoa jurídica deve atuar em uma das searas constantes do art. 1º, quais sejam, ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde. Desde que o serviço esteja entre os não exclusivos do Estado, os demais entes federados podem ampliar as áreas de atuação, como fez, por exemplo, o Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) que incluiu ainda atividades e serviços atinentes ao trabalho, ação social, desportos e agropecuária.

Em sessão plenária do julgamento da ADI nº 1923, em 15.04.15, que questionou pontos controversos na Lei nº 9.637/98, decidiu-se pela constitucionalidade da transferência para as Organizações Sociais das atividades relacionadas com o art. 1º da Lei. Segundo o Acórdão:

Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

Para qualificação, a pessoa jurídica deverá atender aos demais requisitos constantes em lei, entre os quais consta o registro do ato constitutivo dispondo sobre finalidade não lucrativa, objetivos relativos à respectiva área de atuação e estrutura mínima da entidade. No âmbito federal, para qualificação o ente deve contar com um conselho de administração, cuja estrutura vem determinada no art. 3º da Lei nº 9.637/98. Redação semelhante dispõe a Lei do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 846/98). Também no Estado de Minas Gerais exige-se a constituição

de um conselho de administração, além do conselho fiscal e diretoria executiva (art. 44 da Lei nº 23.081/18). Já no Estado da Bahia (art. 12 da Lei 8.647/03) e no Município de Salvador (art. 6º da Lei nº 8.631/14) a pessoa jurídica deve possuir órgão deliberativo, de fiscalização e executivo, com atribuições fixadas em lei.

Quanto ao prazo de constituição da entidade para obtenção da qualificação, a lei federal foi silente, ponto, inclusive, ponderado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que, para enquadrar-se adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público, seria necessário, no mínimo:

[c]omprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente – isto para evitar que entidade, sem qualquer experiência anterior e sem a necessária qualificação técnica e financeira se constitua com o fim específico de pleitear a qualificação de organização social¹⁷.

A Lei nº 13.019/14 que trata do regime jurídico das parcerias firmadas entre a administração pública e as organizações de sociedade civil exige prazo mínimo de constituição da entidade para formalização do ajuste. Ora, por questão de lógica jurídica é incoerente que ajustes menos complexos que aqueles estabelecidos por intermédio de contrato de gestão tragam a previsão de prazo de constituição da pessoa jurídica e tal exigência seja dispensada em se tratando de qualificação como OS, considerando a alta complexidade que envolve os contratos de gestão.

A Lei Mineira exige para qualificação da entidade como organização social a comprovação de execução direta de projetos, programas ou planos de ação relacionados às áreas da atividade em que se pretende qualificar, no mínimo, dois dos últimos cinco anos anteriores à data do requerimento de qualificação (art. 44, II, da Lei nº 23.081/18). Já a Lei do Município de São Paulo estabelece como requisito para qualificação o desenvolvimento de uma das atividades constantes da lei há mais de 5(cinco) anos (Lei nº 14.132/06).

Ponto questionado na referida ADI 1.923 reporta-se à suposta discricionariedade na qualificação da entidade como Organização Social, constante do inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/98 que traz como requisito à qualificação “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 doutrina já apresentava crítica a tal dispositivo, pelo elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade.

Juarez Freitas, manifestando-se quanto à matéria, aduz que:

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 622.

Como visto, no campo dos requisitos específicos, há excesso de discricionariedade conferida ao Poder Executivo; este “poderá” qualificar, ou não, as organizações sociais, consoante o art. 1º. Depende, tal qualificação, de juízo favorável, quanto à conveniência, abrindo margem a discriminações arbitrárias, quicá porque o governo temia uma explosão (inocorrente) de pedidos de qualificação.¹⁸

Deve-se, no entanto, lembrar os ensinamentos de Cirne Lima, segundo o qual, “na Administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio a vontade”¹⁹. Assim, no exercício da competência discricionária, o administrador estará perante o dever jurídico de praticar o ato que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei, respeitando os princípios administrativos²⁰.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923 entendeu que tal discricionariedade tem que ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, vedada qualquer forma de arbitrariedade. Entende-se coerente a posição do STF em admitir a discricionariedade motivada, uma vez que podem ocorrer situações que não recomendem a qualificação, por risco ao interesse público, como no caso de entidade contra a qual tramite processo administrativo ou judicial por prejuízo causado ao erário, ainda sem conclusão.

Outra omissão legal que se observa nos diplomas legais consultados é a inexistência de prazo para tramitação do processo de qualificação da entidade como organização social. Note-se que a morosidade pode gerar prejuízos, inclusive nos casos em que a qualificação como OS apresenta-se como requisito à participação no processo seletivo de escolha da entidade para formalização do contrato de gestão. O ideal seria a fixação de prazo para tramitação do processo, com a qualificação tácita em caso de não observância do lapso prazal.

Quanto ao prazo de validade da qualificação, dos diplomas legais consultados apenas o mineiro reporta-se à validade de três anos da qualificação, a contar da publicação do ato no Diário Oficial (art. 49 da Lei Estadual nº 23.081/18).

Apesar de a normativa sobre a matéria não estabelecer prazo de revisão da qualificação conferida, os diplomas legais analisados tratam da possibilidade de desqualificação, precedida de instauração de processo administrativo, assegurados o contraditório e ampla defesa. No caso da Lei Federal nº 9.637/98, a desqualificação pressupõe o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. No mesmo sentido é a Lei do Município de São Paulo, nº 14.132/06. Já a Lei do Estado da Bahia, nº 8.647/03, além dessa hipótese, também prevê a possibilidade de

¹⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 287.

¹⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 106.

²⁰ TOURINHO, Rita. *A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. In: *Discricionariedade Administrativa*. Coord.: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 154.

desqualificação quando houver a alteração das condições que ensejaram a qualificação. Quase no mesmo sentido são os termos da legislação mineira – Lei nº 23.081/18 — acrescidos das hipóteses de ausência de pedido de renovação da qualificação e pedido de revogação da qualificação, dispensada, nessas situações, a instauração de processo administrativo.

A Lei Federal nº 9.790/99, que trata das Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público — OSCIP —, estabelece que tais entidades não podem ser qualificadas como Organizações Sociais. Tal vedação se justifica no âmbito da União pela incompatibilidade estatutária, ou seja, os requisitos legais para qualificação como OS e OSCIP são diversos. Os demais entes federados também podem estabelecer tal vedação em seus diplomas legais. Saliente-se, no entanto, que caso o ente federado não possua norma expressa vedando a qualificação de OSCIP como OS ou não tenha nos diplomas legais estabelecidos incompatibilidade das regras estatutárias para a qualificação, não poderá utilizar tal vedação. Assim, à título de exemplo, tem-se o caso do Município de Salvador que por não possuir legislação dispendo sobre OSCIP, não pode impedir a qualificação de entidade como OS, argumentando unicamente que referida entidade possui título de OSCIP conferido pelo Estado da Bahia.

Qualificada a entidade como Organização Social, o efeito mediato que pode decorrer da outorga da titulação será a celebração de contrato de gestão com o Poder Público.

4. Do contrato de gestão

A primeira menção legal ao contrato de gestão está na Lei nº 8.246/91, que instituiu o “Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais”, autorizando o Poder Executivo a com ele firmar contrato de gestão, sem esclarecer o que se entenderia como tal.

A Lei nº 9.637/98, publicada em 15.05.98, estabeleceu como contrato de gestão “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”. Logo em seguida, em 04.06.98, foi publicada a Emenda Constitucional nº 19, que, entre outras coisas, introduziu o §8º ao art. 37, trazendo um outro tipo de contrato de gestão. Assim, determina o referido dispositivo que:

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de

desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
III - a remuneração do pessoal.

Observa-se que se utilizou a mesma nomenclatura para duas realidades completamente diferentes. Aponta-se como ponto comum entre aqueles apenas a finalidade de ambos os modelos buscarem o cumprimento de certas metas administrativas preestabelecidas. Porém, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, este ponto de afinidade é insuficiente para aparentá-las, uma vez que “o Poder Público estará, em todo e qualquer caso, buscando sempre atingir certos resultados que podem ser chamados de metas (sendo elas mais ou menos especificadas), e também terá sempre o dever jurídico de fiscalizar seu cumprimento”²¹.

No que se refere ao contrato previsto no art. 37 da Constituição Federal, a partir da Lei nº 13.934/19, passou a ser denominado de “contrato de desempenho”. Críticas foram lançadas pela doutrina, quanto ao alcance dos objetivos perseguidos pelo novel modelo. Segundo Celso Antônio²² fala em um “falso contrato”, inútil, pois “não faz sentido contratar o que se pode impor”. Afirma que a colocação de metas de desempenho, a cronologia de seu cumprimento e demais disposições poderiam ser impostas pela Administração direta à indireta, da mesma forma a amenização de controles e a transferência de recursos, sem necessidade de vínculo contratual. Nessa senda, pondera que, caso verificada a necessidade de ampliar os controles exercidos ou reduzir os recursos transferidos para melhor atendimento do interesse público, o Poder Público teria o dever de descumprir o contrato.

Paulo Modesto, reportando-se à matéria, afirma que as competências públicas são legais e intransferíveis por vias negociais, razão pela qual defende que o contrato, previsto no dispositivo constitucional referido “cumpre papel de uma técnica de diferenciação de órgãos e entidades, respondendo, uma vez celebrado, pela incidência de um regime jurídico específico, mais flexível, antecipadamente autorizado ou estabelecido em lei”²³. Desta forma, o elemento flexibilidade deve ser abstratamente admitido em lei. Saliente-se que apesar da utilização do termo “contrato”, não há na espécie concessões recíprocas.

Ainda segundo Paulo Modesto²⁴, para sustentar a autonomia, inclusive em relações interorgânicas, que se pretende conferir a órgãos – unidades administrativas despersonalizadas — deve-se reconhecer aos mesmos condição de sujeitos de direitos, para situações jurídicas específicas, quando a norma legal ou constitucional

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 230.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 234.

²³ MODESTO, Paulo. Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: Pressupostos Conceituais do Contrato de Autonomia no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.149.

²⁴ MODESTO, Paulo. Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: Pressupostos Conceituais do Contrato de Autonomia no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 162.

conferir-lhes capacidade para atuar diretamente em relações jurídicas com certo grau de individualidade organizatória.

A Lei nº 13.934/19 agiu corretamente a adotar a nomenclatura de “contrato de desempenho” para o ajuste firmado com base no §8º, ao art. 37. A norma deixa claro seu objetivo de promover a melhoria do desempenho do ente supervisionado, ampliando a sua eficiência. No seu art. 7º, traz as cláusulas de observância obrigatória no contrato de desempenho, entre as quais se tem as que estabelecem: metas de desempenho, com prazo de execução e indicadores de avaliação, estimativa dos recursos orçamentários a serem desembolsados; obrigações decorrentes das metas estabelecidas, flexibilidade e autonomias conferidas, sistemática de acompanhamento de controle, penalidades aplicáveis aos responsáveis, prazo de vigência contratual, não superior a 5(cinco) anos nem inferior a 1(um) ano, e condições para sua prorrogação, renovação suspensão e rescisão.

Quanto ao contrato de gestão estabelecido no art. 5º, da Lei nº 9.637/98²⁵, observa-se que tem como objeto o fomento das atividades desempenhadas pelas entidades qualificadas como organizações sociais, existindo, na maioria das vezes, uma delegação da gestão de serviços públicos sociais. A entidade presta a atividade constante do contrato de gestão de acordo com as metas fixadas em programa de trabalho a serem alcançadas, envolvendo, em diversas situações, a transferência do uso de bens públicos, de recursos orçamentários, além da cessão de servidores públicos.

Para melhor entendimento desse instrumento de ajuste, firmado com as organizações sociais, há necessidade de enfrentamento de pontos específicos que geram algumas dúvidas na adoção do modelo proposto.

4.1. Da natureza jurídica do contrato de gestão e questões afins

Não só no ordenamento jurídico brasileiro surgem instrumentos de difícil adaptação a modelos tradicionais prestabelecidos, como ocorre no caso da fixação da natureza jurídica dos contratos de gestão, ou seja, no enquadramento desse instrumento na noção tradicional de contrato administrativo.

Na França, André de Laubadère, Pierre Delvolvé e FranckModerne²⁶ ao tratar do tema afirmam que a organização de serviço público é matéria que escapa, por natureza, ao contrato, mencionando os chamados “contratos discutíveis”. René Chapus²⁷ também questiona a natureza contratual dos ajustes estabelecidos entre pessoas públicas, afirmando que não se tratam de verdadeiros contratos, dotados de efeitos jurídicos e conhecidos como tal pelo Judiciário.

²⁵ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

²⁶ LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre; MODERNE, Franck. *Traités des Contrats Administratifs*. Paris: LGDJ, 1984, p. 46.

²⁷ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tomo 1. Paris: Montchrestien, 2000. p. 843.

No que se reporta ao contrato de gestão constante da Lei nº 9.637/98, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que se trata pura e simplesmente de “contrato administrativo, figura jurídica perfeitamente conhecida”²⁸. Fernando Menezes de Almeida, por sua vez, identifica a essência do contrato em um acordo de vontades de partes diversas, com o objetivo de se criar uma situação jurídica individual²⁹. O referido autor se reporta ao *módulo convencional de cooperação* como sendo aquele no qual a Administração e outra parte estabelecem uma conjunção de esforços, de forma obrigacional, para alcance de finalidade comum. Tais ajustes seriam então *contratos em sentido amplo*, diante da criação de situações jurídicas subjetivas.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara³⁰ discordam que o caráter convencional do ajuste e a presença da Administração como parte sejam elementos suficientes para a unificação em um único direito contratual público. Afirmam que não há regime único para todas as modalidades de contratos.

Fabrizio Motta³¹ manifesta-se também pela natureza contratual do contrato de gestão, não descaracterizada pelos propósitos de cooperação e colaboração e pelos contornos próprios trazidos pela Lei nº 9.637/98.

Diante da sua natureza contratual, afirma-se que as normas da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratações Públicas) aplicam-se, no que couber, aos contratos de gestão celebrados entre o Poder Público e as organizações sociais³². Assim, vários dispositivos da Lei de Licitações se encontram em consonância com o contrato de gestão, dentre os quais, o art. 58, que trata das prerrogativas contratuais conferidas à Administração Pública, o parágrafo único do art. 61 que se reporta à publicação resumida do instrumento do contrato como condição de eficácia e o art. 86 que se refere à possibilidade de aplicação de multa de mora ao contratado pelo atraso injustificado na execução do contrato. Por outro lado, vários são os dispositivos constantes da Lei nº 8.666 inadequados aos referidos ajustes. Pode-se citar, como exemplo, a exigência de instauração de processo licitatório antecedendo o ajuste; a limitação temporal do contrato, constante do art. 57, II; e a limitação de 25% de acréscimos quantitativos fixada no § 1º, do art. 65.

Em julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, alterada antes da sua entrada em vigor pela Medida Provisória nº 684, de 21 de julho de 2015, transformada na Lei nº 13.204/15, estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco. Considerando tais

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.240.

²⁹ ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contratos Administrativos*. São Paulo: QuartierLatin, 2014. p. 132.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma Crítica à Tendência de Uniformizar com Princípios o Regime dos Contratos Públicos. *In: Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 11, nº 41. p. 65, jan./mar. 2013.

³¹ MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. *In: Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 169.

³² Neste sentido também se manifesta Fabrício Motta (MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. *In: Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 170).

parcerias como contratos, no sentido amplo, a lei se reporta à instituição de “normas gerais”, de competência da União (art. 22, XVII, da CF) e observância obrigatória pelos demais entes federados.

Inegável os avanços trazidos pela referida norma legal, entre os quais se tem: a uniformização da qualificação das entidades sujeitas à lei como *organização de sociedade civil* (art. 1º, I, a), a uniformização dos instrumentos para a efetivação dos ajustes, tendo-se, então, o *termo de colaboração* (art. 1º, VII), o *termo de fomento* (art. 1º, VIII) e o *acordo de cooperação* (art. 1º, VIII-A), o regime jurídico das parcerias sujeitos aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º), a implementação da gestão pública democrática e da participação popular, a partir da instituição do Procedimento de Manifestação de Interesse (art. 18 a art. 21) e a previsão do chamamento público, antecedendo as parcerias estabelecidas com as organizações da sociedade civil, com fixação de cláusulas de observância obrigatória nos editais (art. 23).

Apesar de a norma também se reportar a ajustes que estabelecem de forma obrigacional uma conjunção de esforços para alcance de finalidade comum, vinculada a função do Estado ou a atividade privada de interesse público, a Lei nº 13.019/14 informa expressamente no art. 3º, III, a sua inaplicabilidade “aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998”. Afasta, de início, a aplicação subsidiária da Lei aos contratos de gestão. No entanto, deve-se atentar aos termos do referido dispositivo.

Conforme exposto, para a não incidência da norma legal aos contratos de gestão, estes devem cumprir os requisitos previstos na Lei nº 9.637/98. Observe que a Lei nº 9.637/98 se reporta a requisitos apenas quando trata da qualificação da entidade privada como organização social, nos artigos 2º, 3º e 4º. Ora, corretamente tais dispositivos não foram acolhidos como norma geral pelos demais entes federados ao regulamentarem a matéria, tanto que diversos diplomas legais estaduais e municipais não possuem requisitos coincidentes para a qualificação da entidade. Como exemplo, a Lei Federal exige para qualificação como OS, no seu art. 2º, a constituição de um conselho de administração e uma diretoria, com participação de representantes do Poder Público, o que não é exigido na Lei do Estado da Bahia, que para qualificação requer a estrutura mínima da entidade composta por órgão deliberativo, órgão fiscalizatório e órgão executivo.

Desta forma, poder-se-ia afirmar que se aplica subsidiariamente a Lei nº 13.019/14 aos contratos de gestão firmados com organizações sociais que não acolham os requisitos constantes da Lei nº 9.637/98. Por certo, que a aplicação subsidiária do referido diploma legal, em situações não solucionadas pelas normativas concernentes aos contratos de gestão, seria mais adequada, frente à possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, voltada a relações contratuais, no sentido restrito.

4.2. O processo administrativo de seleção para a formalização do contrato de gestão

No que se reporta ao processo que antecede a formalização do contrato de gestão, parece-nos que a Lei Federal nº 9.637/98 limitou-se a exigir a qualificação da entidade como organização social. Ocorre que, com a vigência da lei percebeu-se que muitas entidades eram constituídas com o único propósito de imediata obtenção da titulação e consequente formalização do contrato de gestão, o que passou a gerar questionamento quanto à regularidade desse procedimento frente aos princípios administrativos.

A lei foi silente quanto à exigência de licitação ou processo de seleção antecedendo o contrato de gestão, situação há muito criticada por diversos doutrinadores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem:

A sistemática adotada na Lei nº 9.637/98 destoa das exigências que a legislação faz para a celebração de contratos administrativos, quanto à habilitação dos licitantes interessados em contratar com o poder público, Não se pode conceber que exigências semelhantes deixem de ser feitas para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, quando se sabe que elas administram vultosos recursos públicos³³.

Em sentido semelhante, Celso Antônio Bandeira de Mello criticou a sistemática adotada pela Lei Federal nº 9.637/98 ao afirmar que “o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de discricção não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade”³⁴.

No entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, o Supremo Tribunal Federal assentou que a não realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão, não necessariamente de uma licitação, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, publicidade e isonomia.

A decisão do STF apenas reforça a possibilidade de leis estaduais e municipais preverem algum tipo de procedimento para a escolha da entidade a ser contemplada com a formalização do contrato de gestão. Assim, a Lei nº 23.081, do Estado de Minas Gerais, estabelece a realização de processo de seleção pública, para celebração do contrato de gestão, salvo quando houver inviabilidade de competição. No mesmo sentido é a Lei do Estado da Bahia, nº 8.647/03. Já a Lei Complementar nº 846/98, do Estado de São Paulo, prevê que é dispensável a licitação para a realização do

³³ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.623.

³⁴ BANDEIRRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 246.

contrato de gestão, sendo omissa quanto à necessidade de realização de outro tipo de processo seletivo.

Questiona-se se a qualificação da entidade como OS é requisito para participação no processo de seleção ou se tal qualificação só precisa ser apresentada quando da formalização do contrato de gestão. Neste ponto também há divergências entre as legislações aplicadas. Tal questionamento não foi enfrentado pela Lei Federal nº 6.837/98 que se absteve de tratar da realização de processo seletivo para escolha da Organização Social a ser contemplada com o contrato de gestão, limitando-se apenas a exigir a titulação para a formalização do referido ajuste.

A Lei do Estado de Minas Gerais (Lei nº 23.081/18) dispensa a qualificação para participação no processo de seleção pública, determinando que na impossibilidade de deferimento da qualificação como OS para entidade sem fins lucrativos mais bem classificada no processo de seleção, a administração pública poderá chamar a segunda mais bem classificada. Assim, exige a qualificação apenas para a formalização do contrato de gestão. Na mesma trilha, a Lei do Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) não exige a prévia qualificação da entidade como OS para participação no procedimento de seleção. A Lei do Município de Salvador, nº 8.631/14, apenas estabelece como condição indispensável à formalização do contrato de gestão, a prévia qualificação da entidade como Organização Social. No entanto, o Decreto que regulamenta a referida lei – Decreto Municipal nº 28.323/16 – exige para participação no processo de seleção, que a entidade esteja qualificada como OS até a data da publicação do edital.

Entende-se mais prudente que a participação no procedimento de seleção pública seja restrita às entidades já qualificadas como Organizações Sociais, isso para evitar que influências políticas desvirtuem o processo, direcionando-o. Lembre-se que a qualificação da entidade como OS é sujeita à discricionariedade motivada da Administração Pública, que muitas vezes pode conduzir o processo de qualificação influenciada pelo resultado da seleção, sem atentar para efetivas características técnicas, operacionais e econômicas da entidade.

Por outro lado, é necessário que se estabeleçam prazos para a tramitação e a conclusão do processo de qualificação das entidades como organizações sociais, para que também não haja arbitrariedades por omissão.

4.3. Das fases do processo seletivo

O processo seletivo para escolha da Organização Social com a qual será formalizado o contrato de gestão é constituído de duas fases: interna e externa.

Na fase interna, deverá ser nomeada a comissão de seleção, podendo ser constituída nos moldes constantes no art. 51, da Lei nº 8.666/93, caso não haja normatização quanto à matéria. No que se reporta à participação de servidores públicos, a lei ou decreto pode fixar situações de impedimento, como fez a Lei nº 13.019/14 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), que proíbe a

participação na comissão de pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público.

Nessa fase será formalizado Termo de Referência com metas objetivas a serem atingidas pela entidade contratada. Metas quantitativas são sempre mais propícias a garantir a objetividade desejada. Na área de saúde, por exemplo, utiliza-se com frequências as chamadas “metas de produção”.

Para se atingir os preços referências a serem praticados pelas Organizações Sociais na execução do contrato de gestão, a Administração Pública pode adotar como parâmetro os números já existentes no ente público, podendo também tomar como indicadores outros contratos de gestão firmados por estados e municípios com características próximas às suas. Além disso, devem ser observados os preços praticados no mercado.

Por certo que o Termo de Referência trará a possibilidade de a organização social firmar ajustes com recursos repassados por intermédio do contrato de gestão para a sua execução. Em regra, dúvidas não pairam quanto à possibilidade da OS efetivar compras e firmar contratos de prestação de serviços, desde que não caracterizem a subcontratação de todo o objeto.

Quanto a tais ajustes firmados pela organização social, o Acórdão da ADI 1923 determina que “os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade”³⁵.

Obras e serviços de engenharias, em regra, não são objetos abarcados pelos estatutos das entidades qualificadas como Organização Social, o que dificulta a assunção de obrigações correlatas no contrato de gestão. Por outro lado, não se deve limitar demasiadamente a questão, já que uma das conquistas jurídicas do contrato de gestão é a desburocratização de soluções. A Lei nº 13.019/14, que trata das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, no seu art. 46, trouxe a possibilidade de a entidade assumir a realização de serviços de adequação de espaços físicos, desde que necessários à instalação de materiais e equipamentos. Tal previsão parece compatível com o objeto do contrato de gestão, já que muitas vezes há transferência de uso de bens públicos imóveis para a OS, que podem exigir adequações necessárias à prestação dos serviços.

No que se reporta a contratos de prestação de serviços, estes devem se limitar às atividades acessórias. Logo, as atividades típicas do ajuste serão desempenhadas por empregados contratados pela CLT ou por servidores públicos cedidos pela administração contratante. No entanto, percebe-se que na prestação de serviço de saúde, por exemplo, diversas organizações sociais, indevidamente, recorrem à contratação de médicos por intermédio de pessoas jurídicas. É a conhecida

³⁵ Acórdão ADI 1.923, 16/04/15, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: portal.stf.jus.br.

“pejotização”, cuja ilegalidade se acentua quando praticada diretamente no setor estatal, diante da regra de admissão no serviço público, constante do art. 37, II, da Constituição Federal. Alguns entes públicos toleram essa prática pelas Organizações Sociais, realizando a glosa dos valores constantes do contrato de gestão, concernentes às obrigações trabalhistas e encargos sociais.

Nesse diapasão, deve-se ressaltar que apesar da figura denominada “autônomo exclusivo”, definida no art. 442-B da CLT, a contratação de pessoal por intermédio de PJ pode caracterizar fraude em relação ao vínculo de trabalho, segundo alguns juristas, caso verificada a relação de subordinação jurídica.

Após finalizada a fase interna, será publicado o edital de chamamento público, cujos prazos e formalidades podem constar de Regulamento, iniciando-se, assim, a fase externa do processo.

Do edital de convocação constará a descrição detalhada da atividade a ser transferida e dos bens e equipamentos a serem destinados para esse fim; valor máximo custeado pelo Estado; critérios objetivos para o julgamento da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e prazo para apresentação de proposta de trabalho. A depender do objeto, outros requisitos podem ser exigidos.

Cabe a cada ente federado estabelecer as fases do processo de seleção, inclusive através de regulamento. No entanto, seguindo a lógica legislativa predominante no nosso sistema jurídico para seleções, inicialmente a Comissão de Seleção procederá à análise das propostas apresentadas pelas Organizações Sociais. Serão, então, analisadas as propostas de trabalho apresentadas pelas entidades, que deverão conter: meios e recursos necessários à prestação dos serviços, orçamento detalhado com especificações claras, metas operacionais com os respectivos prazos de execução, definição dos indicadores de avaliação. A economicidade é ponto primordial a ser observado no julgamento das propostas, devendo apresentar-se compatível com indicadores objetivos de qualidade e eficiência.

Alguns entes federados realizam a seleção com uma única fase: julgamento das propostas. Outros preferem estabelecer, após a classificação da proposta mais vantajosa, a análise dos documentos de habilitação da entidade mais bem classificada. Assim, observa-se na fase de habilitação os documentos concernentes à regularidade fiscal e qualificação técnica e econômica da OS.

Na classificação da proposta, cabe a análise dos planos de trabalho apresentados pelas entidades, devidamente acompanhados das respectivas planilhas de custos. Chama-se atenção para as despesas indiretas apresentadas pelas entidades, que em diversos casos deverão ser objeto de rateio ou compartilhamento. Assim, tem-se a despesa com contador contratado pela Organização Social. Em regra, tal profissional atende a entidade em todas as suas relações contratuais, logo, em situação desse gênero, a planilha apresentada na seleção deve contemplar qual a parte do pagamento do contador a ser suportada pelo contrato de gestão.

No que se reporta à habilitação, a experiência técnica a ser exigida da entidade melhor classificada deve se limitar à verificação de sua experiência gerencial na área relativa ao serviço a ser transferido e à capacidade técnica do seu corpo funcional. Já a comprovação da boa situação financeira da entidade far-se-á através do cálculo de índices contábeis usualmente aceitos.

Após a escolha da entidade será publicado o resultado da seleção, com prazo para impugnação dos demais concorrentes.

Quanto às hipóteses de dispensa de chamamento público, entende-se que a sua possibilidade depende de previsão legal, inclusive para a dispensa emergencial da seleção. Assim, a Lei Mineira (Lei nº 21.081/18) prevê quatro situações de dispensa de processo de chamamento público, quais sejam: guerra ou grave perturbação da ordem pública; realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público; ausência de interessados no processo de seleção pública e impossibilidade comprovada de repetição do processo sem prejuízo para a administração pública estadual.

Podem também ocorrer situações que levem à inexigibilidade de seleção, em decorrência da inviabilidade de competição. A Lei do Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) fixa como hipóteses de inviabilidade de competição a manifestação de apenas uma entidade interessada pela gestão da atividade a ser transferida ou quando houver impossibilidade material das demais entidades na realização do objeto do contrato de gestão.

5. Dos bens e pessoal envolvidos na execução do contrato de gestão

O contrato de gestão não é a delegação do exercício de atividade pública à iniciativa privada, mas sim o exercício como apoio do Estado de atividade que poderia ser exercida por direito próprio, tanto pelo Estado como pelo particular³⁶.

Nesse propósito, a Lei nº 9.637/98 permite que a Administração central realize a cessão de servidores públicos (art. 14), bem como destine bens públicos (art. 12) às organizações sociais para execução do contrato de gestão.

Por certo que para cumprir as metas constantes do contrato de gestão, a organização social deverá contar com quadro de pessoal, a ela diretamente vinculado por contrato de trabalho, conforme dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Apesar da inexistência do dever de realizar concurso público, a Organização Social deve preservar o princípio da impessoalidade nas contratações, através de procedimentos objetivos.

No que se reporta à cessão de servidores, esta vem prevista no Estatuto Federal dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112/90, art. 93), em regra reproduzidas

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 711.

pelos demais entes federados em suas legislações específicas. Ressalte-se que trata de mera liberdade legislativa, a qual poderá perfeitamente inexistir.

A cessão de servidores não atinge os comissionados e os contratados temporariamente. As duas situações, previstas, respectivamente, nos incisos V e IX, do art. 37, da Constituição Federal, tratam de exceções à regra do concurso público, constante do inciso II, do mesmo artigo. No caso dos comissionados, estes exercem funções de assessoramento, chefia ou direção, cuja escolha é pautada no elemento confiança. Viola o princípio da razoabilidade e da finalidade admitir que o servidor comissionado, escolhido para exercício de função específica em razão da relação de confiança, possa ser deslocado para o exercício de atividades diferenciadas a outra entidade. Da mesma forma, é inadmissível a cessão de servidores temporários, recrutados para suprir situação temporária de excepcional interesse público. Ora, se a Administração pode ceder servidor temporário, sem lhe gerar prejuízos, então não se está diante de situação excepcional e a contratação temporária muito provavelmente constituiu-se em violação à regra do concurso público.

A cessão de servidores pode ocorrer de forma compulsória ou voluntária. No primeiro caso, tem-se como exemplo a requisição de servidores pela Justiça Eleitoral. Compete aos tribunais regionais eleitorais requisitar servidores lotados no âmbito de sua jurisdição para auxiliarem os cartórios das zonas eleitorais, observada a correlação entre as atividades desenvolvidas pelo servidor no órgão de origem e aquelas a serem desempenhadas no serviço eleitoral. Na segunda hipótese, a Administração Pública deverá observar a conveniência e oportunidade da cessão, a luz do interesse público a ser protegido, com o real intuito de colaboração entre órgãos ou entidades.

A cessão de servidor deve sempre observar interesse da Administração Pública, sem desprezar a situação do servidor, no que se reporta às suas atribuições e remuneração. Segundo Hely Lopes Meirelles:

O servidor poderá adquirir direito à permanência no serviço público, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos, é indisponível da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado³⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸ lança críticas à possibilidade de cessão compulsória de servidores às Organizações Sociais, argumentando que tais servidores prestaram concurso público para as entidades estatais e não para as organizações particulares envolvidas no ajuste, não cabendo impor-lhes que prestem seus serviços

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 531.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 248.

a outrem. Destaca que, mesmo afastada a compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

Havendo previsão legal para a cessão de servidores, entende-se que esta pode se efetivar, mesmo que não haja a adesão espontânea do interessado, desde que resguardada a correlação de funções e remuneração. Assim, tem ocorrido no caso de transferência da gestão de hospitais públicos para Organizações Sociais, através de contratos de gestão. Nessas situações, os servidores públicos lotados naquelas unidades são cedidos às entidades contratadas. No entanto, ressalte-se que alguns entes federados ao dispor sobre a matéria condiciona a cessão do servidor a sua aquiescência. Neste sentido, é a Lei Mineira (Lei nº 21.081/18) e a Lei do Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) que tratam da anuência dos servidores que estiverem vinculados ao serviço transferido. Já a Lei Complementar nº 846/98, do Estado de São Paulo, ao abordar a transferência de servidores para as organizações sociais, não se reporta à necessidade de concordância. Também a Lei do Município de Salvador (Lei nº 8.631/14) não trata da manifestação do servidor.

O servidor cedido permanece submetido ao Regime Disciplinar originário. Caberá à OS comunicar imediatamente à unidade de gestão de pessoas do ente cedente a ocorrência de possíveis atos irregulares ou ilícitos atribuídos ao servidor cedido, a quem caberá a adoção das medidas legais previstas.

A Lei nº 9.637/98 aduz que a cessão de servidores às Organizações Sociais ocorrerá com ônus para a origem, disposição coerente com os termos do art. 93, § 1º, da Lei nº 8112/90. A Lei Mineira (Lei nº 21.081/18), diferente das demais consultadas, admite a cessão de servidores à OS com ou sem ônus para origem.

Em outra linha, o §1º, do art. 14, da Lei nº 9.637/98 aduz que “não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social”, possibilitando, então, pagamentos de vantagens ao servidor, realizados pelas Organizações Sociais. Ainda disciplinando a matéria o §2º, do mesmo artigo, aduz que “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”.

Todas as legislações consultadas sobre o tema permitem que as Organizações Sociais realizem pagamentos de vantagens pecuniárias aos servidores cedidos, ressalvando a impossibilidade de incorporação das mesmas.

Em caso de cessão de servidores com ônus para origem, os valores pagos pela Administração Pública poderão ser abatidos da contraprestação devida à OS, sendo recomendável que cláusula do contrato de gestão conste o percentual de servidores públicos cedidos.

O uso de bens públicos pelas organizações sociais decorre da própria logística de criação de tal titulação. Conforme dispõe o art. 20, da Lei Federal nº 9.637/98, o Programa Nacional de Publicização foi criado 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. Ora, a absorção das atividades públicas pelas Organizações Sociais, na maioria das vezes, requer a transferência do uso dos bens públicos utilizados para a prestação das referidas atividades. Assim, ocorre com os hospitais públicos cujas gestões são transferidas para as Organizações Sociais, por intermédio de contratos de gestão.

Segundo o art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, os bens públicos serão destinados às Organizações Sociais através de permissão de uso, conforme cláusula expressa do contrato de gestão. Neste caso, dispensada a licitação, em virtude da inviabilidade de competição.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a permissão de uso “é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou remunerado, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privada de bem público”³⁹. Enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo de bem público no interesse privado do autorizatário, a permissão implica interesse coletivo na utilização do bem.

A Lei do Estado da Bahia (nº 8.647/03) reporta-se à possibilidade de o Estado autorizar as Organizações Sociais o uso de bens públicos, parecendo reportar-se ao instituto da “autorização”, que, segundo o art. 48 da Lei Estadual de Licitações do Estado da Bahia (Lei nº 9.433/05), será feita mediante remuneração ou imposição de encargos, por ato administrativo e para atividades ou usos específicos e transitórios. A Lei Complementar nº 846/98, do Estado de São Paulo, limita-se a tratar da permissão de uso dos bens móveis, transferidos às organizações sociais, o que por certo não impede a transferência do uso de bens imóveis. No caso da Lei Mineira (Lei nº 23.081), há possibilidade de a transferência de bens públicos ocorrer através de cláusula constante do contrato de gestão ou por instrumento de permissão de uso.

O certo é que mesmo inexistindo previsão expressa na legislação própria sobre a possibilidade de transferência do uso de bens públicos às Organizações Sociais, essa poderá acontecer desde que ocorra a comprovação do interesse público na transferência, utilizando-se os instrumentos estatais de outorga de uso privativo, quais sejam, a autorização, a permissão e a concessão de uso.

Ocorrendo a transferência do uso de bens móveis para as OS's, a Administração Pública deverá inventariá-los, com a descrição do estado que se encontram. A extinção do contrato de gestão acarretará a devolução dos bens transferidos no estado recebido, cabendo a permuta dos bens móveis por outros similares de igual ou maior valor, condicionada a prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 96.

6. Da extinção do contrato de gestão e aplicação de sanções administrativas

A forma natural de extinção do contrato de gestão é o término do prazo, já que se trata de ajuste cujo objeto é a execução de atividades por determinado lapso de tempo.

No entanto, podem ocorrer situações excepcionais que levem à extinção do contrato de gestão antes do prazo final do seu término estabelecido contratualmente.

A primeira hipótese de extinção excepcional do contrato de gestão seria a desqualificação da entidade como organização social que, segundo dispõe a Lei nº 9.637/98, ocorre quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, precedida de processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A Lei Mineira estabelece outras hipóteses para a desqualificação, com a consequente extinção do contrato de gestão. Assim, de acordo com o art. 57 c/c art. 77, da Lei nº 23.081/18, ocorrerá a desqualificação da OS com extinção do contrato de gestão quando: dispuser de forma irregular dos recursos públicos que lhe forem destinados; incorrer em irregularidade fiscal ou trabalhista, nos termos de regulamento; descumprir o disposto na lei; descumprir as disposições do contrato de gestão; não apresentar requerimento de renovação da qualificação, nos termos da lei; pedir revogação da qualificação. Andou bem a referida norma ao trazer expressamente as situações que levam à extinção unilateral do certame.

Por certo que o próprio contrato de gestão pode estabelecer as situações que levem à sua extinção unilateral, precedida de instauração de processo administrativo. No entanto, a aplicação de sanções administrativas em virtude de infrações praticadas requer precedentes normativos.

Fala-se em infração quando há comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, ou seja, uma conduta contrária à devida. Por outro lado, surge o questionamento quanto à possibilidade ou não de aplicação de sanção administrativa, ante a ausência de previsão legal.

Nos direitos italiano, grego, francês e espanhol há divergências quanto ao tema, prevalecendo aqueles que defendem o princípio da reserva legal. No direito brasileiro, a norma do inciso II do art. 5º, da Constituição Federal, não admite a administração posta em movimento sem amparo legal. Como escreve Alessi⁴⁰, a relação entre a lei e a atividade administrativa não é apenas de não contradição, mas de total submissão, ou seja, representa tanto um limite negativo como um limite positivo, uma vez que a Administração, para agir, tem de estar calcada em lei. Segundo Regis Fernandes Oliveira⁴¹, para a criação de tipos infracionais, é imprescindível que exista prévia competência estipulada em lei e que o rol das sanções também tenha anterior previsão normativa.

⁴⁰ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*. Milão: Giuffrè, 1960. p. 10.

⁴¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

Cabe observar que no terreno administrativo sancionador não há reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre no terreno penal. Logo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar em matéria de sanções administrativas. Assim, apesar da maior flexibilidade do direito administrativo sancionador frente ao direito penal, com utilização de conceitos e termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, conferindo amplos espaços à autoridade julgadora, aplica-se o princípio da reserva legal. Por outro lado, não há divergências quanto à responsabilização da pessoa jurídica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador⁴².

No caso de infrações praticadas quando da execução do contrato de gestão, as legislações consultadas não trazem expressamente as sanções cabíveis em caso de inexecução total ou parcial do referido contrato, o que leva ao questionamento quanto à possibilidade ou não de aplicação de sanções à OS infratora.

Para acolher à aplicação de sanções em virtude de infrações praticadas na execução do contrato de gestão, necessário se faz admitir a aplicação subsidiária da lei nº 8.666/92 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Tal entendimento decorre da interpretação sistemática da Lei, aplicável por disposição expressa (art. 116), no que couber, aos convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres. Ou seja, aplica-se às relações bilaterais ou plurilaterais pactuadas pela Administração Pública.

Desta forma, poder-se-ia sustentar a aplicação das sanções constantes do art. 87 às Organizações Sociais, em caso de inexecução total ou parcial do contrato de gestão, desde que explicitamente abordadas no ajuste, ou no edital de chamamento público, para que não se possa alegar a violação do princípio da boa-fé administrativa.

Por outro lado, o ideal seria que as legislações postas sobre a matéria incluíssem capítulo abordando especificamente as infrações e sanções vinculadas ao contrato de gestão, como fez a Lei nº 13.019/14, que instituiu capítulo intitulado “Da Responsabilidade e das Sanções”.

7. Responsabilidade da Administração Pública por atos da Organização Social

Segundo o art. 37, §6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Estabelece, assim, a responsabilidade objetiva da Administração direta, suas autarquias e fundações, com personalidade de direito público, além das pessoas jurídicas com personalidade de direito privado prestadoras de serviço público, o que abrangeria as estatais prestadoras de serviço público e as concessionárias e permissionárias de serviço público, nos termos do art. 175, também da Constituição Federal. Saliente-se que as empresas

⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.224.

públicas e sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica, submetem-se ao regime jurídico próprio das demais empresas privadas.

A responsabilidade civil do Estado, no Brasil, é objetiva desde a Constituição de 1946, na modalidade risco administrativo. O STF já afirmou que “a consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isso: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”⁴³. Em outra oportunidade, a Suprema Corte proclamou que “o risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do causador do dano”⁴⁴.

Luís Roberto Barroso⁴⁵ aponta a redução significativa das atividades capazes de serem enquadradas no conceito de serviço público. Em contrapartida houve o aumento da assunção pela iniciativa privada de atividades antes desempenhadas pelo poder público.

Nessa senda, tem-se os serviços públicos sociais que possuem a peculiaridade de poderem ser prestados tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. São atividades que possuem fortes interesses coletivos e, por esta razão, o Estado também as presta, de forma gratuita ou mediante significativos subsídios, pois do contrário as necessidades sociais correlatas continuariam insatisfeitas, sendo o motivo pelo qual a Constituição entendeu que muitas delas devem ser atendidas independentemente das condições financeiras dos cidadãos usuários⁴⁶. Tais atividades são consideradas serviços públicos quando prestadas pelo Estado, e serviços de relevância pública quando exploradas por particulares, mantendo, neste caso, o regime jurídico privado e as regras de livre-iniciativa.

Com base no quanto exposto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência caminha no sentido da não aplicação do §6º, do art. 37, da Constituição Federal às Organizações Sociais, fundamentando que as parcerias firmadas com tais entes se equiparam à atividade de fomento do Estado e não à delegação de serviço público⁴⁷. Por outro lado, não sendo criadas ou geridas pelo poder público, permanecem na esfera privada.

Alexandre Santos de Aragão⁴⁸, tratando do assunto, afirma que as Organizações Sociais possuem características que as distinguem dos entes privados de colaboração não integrantes da Administração descentralizada. Assim, a Administração central

⁴³ STF, RE 116.685, RDA v. 190. p. 195.

⁴⁴ STF, RE 262.651, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 32.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 174.

⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 86.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 711.

possui instrumento de participação na gestão das atividades das entidades qualificadas como organizações sociais, uma vez que devem possuir regulamento para contratação, podem lhes ser cedidos servidores públicos e bens públicos e há uma série de normas que estabelecem minúcias quanto ao conteúdo dos seus atos sociais. Conclui o autor que “as organizações sociais que são partes de contratos de gestão para a prestação de serviços públicos sociais se encontram em uma zona intermediária entre as delegatárias de serviços públicos e as entidades da própria Administração Pública Indireta, sendo cabível a utilização de termos como ‘descentralização social’ ou ‘descentralização por colaboração’”⁴⁹. Ora, por certo este já seria um argumento para abordar a responsabilidade civil das organizações sociais de forma diferenciada.

Pode-se, ainda, citar o Código de Defesa do Consumidor, que no seu art. 22 estabelece: “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”. Assim, a vítima dos danos sofridos na prestação direta ou indireta dos serviços sociais seria consumidor por equiparação (*bystander*). Ocorre que, esta não é a posição majoritária. A prevalecer a lógica jurisprudencial tem-se que o CDC incide sobre serviços prestados no mercado. No que se refere a serviço público, serão objeto de relação de consumo apenas aqueles prestados mediante contraprestação específica. Assim, os danos sofridos pelos usuários de hospitais públicos, geridos direta ou indiretamente pelo poder público, por exemplo, estão fora da órbita das relações de consumo.

O certo é que ao formalizar contrato de gestão com organização social, transferindo-lhe a execução de serviços sociais, o Estado não está apenas realizando atividade de fomento. Nessa situação, a OS substitui o ente público na prestação do serviço com as regras limitativas, confirmadas pela decisão do STF na ADI 1923, já abordadas, utilização de bens e servidores públicos, com ingerência no estatuto das entidades. Além disso, o Programa de Publicização constante da Lei nº 9.737/98, no qual se insere a organização social, reafirma a natureza pública de sua atividade.

Segundo Cristiana Fortini:

A organização social age como se o Estado ali estivesse, age em substituição ao Poder Público de forma a atender a sociedade no que se relaciona aos serviços de saúde e educação (além de outros). Se o Estado reconhece sua incapacidade de bem prestar os serviços públicos sociais e vislumbra nas organizações sociais melhor forma de fazê-lo não há como enquadrar tais entidades no mesmo rol que abarca as demais pessoas jurídicas de direito privado, cuja atuação

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.712.

igualmente ocorre na área dos serviços sociais, visto que estas últimas não têm o propósito de desonerar o Estado⁵⁰.

Desta forma, não se pode considerar o contrato de gestão como uma relação contratual comum do Estado, sujeita aos termos da Lei nº 8.666/93, que no seu art. 70 determina: “O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado”.

Sabe-se que a responsabilidade objetiva do Estado tem fundamento no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Significa que todos compartilham os prejuízos causados pelo Estado, uma vez que toda população reparte os benefícios por ele proporcionados. Seu processo de evolução histórica é marcado pela tutela à vítima, diante da dificuldade de comprovação da culpa nas ações judiciais.

Não é razoável que ao decidir transferir a execução de serviços sociais às Organizações Sociais, através de contrato de gestão, o Estado crie para os administrados uma situação adversa, no que concerne à responsabilidade civil na prestação de tais serviços.

Marçal Justen Filho sustenta a responsabilidade objetiva da Organização Social, quando da execução do contrato de gestão⁵¹, da mesma forma que Cristiane Fortini⁵² que corretamente defende o influxo dos princípios publicistas nas relações travadas pelo Estado com tais entidades.

No entanto, convém salientar que, em posição contrária, respeitável doutrina sustenta a responsabilidade subjetiva das organizações sociais, à exemplo de José dos Santos Carvalho Filho⁵³. Porém, o referido autor afirma que “se o dano proveio do desempenho do serviço público, sem que tenha havido culpa na conduta, o correto será responsabilizar-se a pessoa federativa que buscou a parceria, mas nunca a própria entidade parceira. Afinal, é o Estado que se sujeita ao risco administrativo”.

Observa-se, então, que a responsabilidade por danos causados a terceiros, decorrente de atividades desenvolvidas pelas Organizações Sociais, em virtude de contrato de gestão, deve ser analisada de forma peculiar, uma vez que ocupa zona fronteira entre a terceirização e a efetiva delegação de serviços públicos.

⁵⁰ FORTINI, Cristina. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, jun./jul./ago. – 2006, nº 06.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 104.

⁵² FORTINI, Cristina. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, jun./jul./ago. – 2006, nº 06.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 588.

8. Do controle do contrato de gestão exercido pelo Tribunal de Contas

O controle externo das Organizações Sociais encontra fundamento no parágrafo único, do art. 70 da Constituição Federal, que determina o dever de prestar contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos. Desta forma, a fundamentação da atuação do Tribunal de Contas em relação às Organizações Sociais subsidia-se não somente no referido dispositivo, como também no controle de legalidade, legitimidade e economicidade que exerce sobre todos os ajustes estabelecidos por órgãos da administração direta e indireta, quando da apreciação de suas contas. Saliente-se que as prestações de contas das Organizações Sociais não se submetem ordinariamente às normas, critérios e procedimentos aplicáveis às contas dos ordenadores de despesas que integram a administração direta e indireta.

Na apreciação das contas dos entes públicos, a fiscalização de contratos, convênios, acordos e instrumentos congêneres é feita por amostragem, o que permite um controle meramente formal. Especificamente quanto ao contrato de gestão, a efetiva avaliação do alcance das metas estabelecidas nas suas cláusulas ocorre por ocasião da realização de auditorias sobre a execução dos serviços, quando há evidências que o controle primário não está sendo muito bem exercido.

A Lei nº 9.637/98 não previu a apreciação das prestações de contas das organizações sociais pelo Tribunal de Contas da União, salvo, nos casos de irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, quando os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão devem dar ciência do fato ao TCU.

Já no caso da Lei nº 8.647/03, do Estado da Bahia, há determinação expressa de encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado, ao final de cada exercício, de relatório técnico consolidado, acompanhado de parecer conclusivo, dispondo sobre os resultados alcançados pela Organização Social, na execução do contrato de gestão. Provavelmente tal dispositivo decorre do art. 91, XI, da Constituição Estadual, que confere competência aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios para “fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado e pelos Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres”.

A Lei Complementar Paulista nº 846/98 submete as Organizações Sociais ao controle externo da Assembleia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ficando o controle interno à cargo do Poder Executivo. Na mesma linha da Lei Federal nº 9.637/98, a referida Lei Complementar também determina que 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 e ao Ministério Público, para as providências relativas aos respectivos âmbitos de atuação, sob pena de responsabilidade solidária. Incentiva, ainda, o controle social ao estabelecer que qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical

é parte legítima para denunciar irregularidades cometidas pelas Organizações Sociais ao Tribunal de Contas ou à Assembleia Legislativa.

O Tribunal de Contas da União, em decisão proferida no ano de 2016 (Acórdão nº 2444/16) fixou entendimento no sentido de que a remuneração do pessoal que exerce atividade fim do ente público nas Organizações Sociais não deve ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, na mesma linha trilhada pelo Tribunal de Contas da União, reconheceu a legalidade da formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como Organizações Sociais, celebradas mediante contrato de gestão, desde que não realizem atividades exclusivas de Estado e observem os termos dispostos da Lei nº 9.637/1998. Neste aspecto, a contabilização de tais despesas não será considerada para efeito de cálculo do limite de gastos com pessoal previsto no art. 19, da LRF. Acaso as parcerias sejam desvirtuadas da sua finalidade, para configurarem contratação de mão de obra em substituição de servidores e empregados públicos, os valores daí decorrentes deverão ser apurados como “outras despesas de pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º, do art. 18, da LRF. Assim, foi expedida a Instrução nº 02/2018, nos seguintes termos:

Art. 1º Não serão consideradas para fins de cômputo das despesas com pessoal do Município do Estado da Bahia, as seguintes situações:

(...) d) as despesas de pessoal com gastos provenientes dos contratos de parcerias concertados entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais do terceiro setor, os chamados “Contratos de Gestão”, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas do ente público” e observem os termos dispostos na Lei Federal nº 9.637/98.

(...) §2.º Nas despesas com pessoal das organizações sociais, caso seja identificado seu desvirtuamento, o Tribunal de Contas dos Municípios adotará as providências sancionatórias previstas em resolução a ser elaborada no prazo de até 30 dias.

Ocorre que o Tribunal de Contas da União, atendendo à solicitação do Congresso Nacional de manifestação quanto à possibilidade de celebração de contratos de gestão com Organizações Sociais na área de saúde e sobre o cômputo das despesas decorrentes desses contratos nos limites de despesa de pessoal previstos no art.19 da LRF, emitiu o Acórdão nº 1187/2019, pronunciando-se no sentido de que a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal, que exerce a atividade fim do ente público nas Organizações Sociais, deve ser incluída no total apurado para verificação

dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal, revendo, assim, decisão proferida em 2016.

Há expectativa de nova revisão do entendimento exposto pelo TCU, através do Acordão nº 1187/19, mesmo porque uma das razões que levam à opção de formalização de contratos de gestão com Organizações Sociais, principalmente na área da saúde, é exatamente o não comprometimento do limite de gastos com pessoal, já que muitos entes federados acabam por ultrapassar os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal com tais gastos. Em 2018, a Secretaria do Tesouro Nacional informou que 14 estados da federação superaram em 2017 o limite da LRF de 60% da receita corrente líquida em gastos com pessoal.

Acrescente-se que o Projeto de Lei nº 427/07, que visa alterar a Lei nº 9.637/98, estabelece que os gastos com força de trabalho das Organizações Sociais não deverão ser incluídos nas despesas de pessoal para fim de cálculo dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por certo que persistindo o entendimento do TCU, recentemente exposto, novo obstáculo será imposto para formalização de contratos de gestão com as Organizações Sociais, principalmente nos direcionados a serviços de saúde, quem normalmente envolvem grande número de profissionais.

Entre as irregularidades mais observadas na fiscalização da execução do contrato de gestão, tem-se, entre outras: a contratação de empresas vinculadas direta ou indiretamente a dirigente da Organização Social, pagamento de despesas incompatíveis com o objeto do contrato, pagamento de ações trabalhistas referentes ao período anterior à formalização do contrato de gestão, grandes variações entre índices de cumprimento de metas, o que revele falta de planejamento, notas fiscais sem identificação do contrato de gestão relacionado.

Como todo modelo de contratualização administrativa, o problema maior não se encontra na formalização do vínculo, mas na efetiva fiscalização de sua execução. Os sistemas de fiscalização, internos e externos, na administração pública brasileira apresentam-se insipientes. No caso específico dos contratos de gestão, mesmo quando estabelecidas metas objetivas, passíveis de verificação, não se adotam corretamente as providências cabíveis pelo seu não atendimento e as consequências são suportadas pela população que utiliza os serviços precariamente prestados.

9. Considerações finais

A participação da sociedade civil na realização de objetivos estatais, trazida na Constituição Federal de 1988 e posteriormente incentivada pelo Programa Nacional de Publicização, altera a posição estratégica do Estado, com a transferência de atividades que lhes são próprias à iniciativa privada, por meio de instrumentos construídos ao longo dos anos.

Entre tais instrumentos, tem-se os contratos de gestão firmados com entidades privadas, sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais. A Lei Federal nº 9.637/98 estabeleceu normativa aplicada aos contratos de gestão firmados com Organizações Sociais, qualificadas no âmbito federal. Na mesma linha, os demais entes federados optaram por normatizar a matéria, partindo do modelo federal, com algumas inovações.

Questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 logo foram trazidos, destacando-se posicionamentos contrários à transferência da execução dos serviços públicos sociais à iniciativa privada, o que somente seria possível com a aplicação do art. 175, da Constituição Federal. A ADI 1923 afastou dúvidas quanto à possibilidade de transferência de serviços sociais pelo Poder Público às Organizações Sociais, reconhecendo que a Lei em causa pretendeu instituir um sistema de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão.

Apesar do avanço normativo e das adequações principiológicas trazidas na decisão do STF, persistem pontos obscuros na aplicação do instituto, os quais foram enfrentados neste trabalho, tais como: prazos para tramitação do processo de qualificação da entidade como OS, prazos de validade e revisão da referida qualificação, possibilidade ou não da aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 13.019/14, requisitos para habilitação da entidade no processo de chamamento público, viabilidade ou não de aplicação de sanções administrativas às Organizações Sociais em caso de descumprimento do contrato de gestão, a responsabilidade civil das OS's, além de questões relacionadas ao controle exercido pelos Tribunais de Contas.

A transferência de atividades públicas à iniciativa privada solidifica-se cada vez mais no Brasil. A menor burocratização e promessa de melhor eficiência vêm sendo os pontos de destaques entre os defensores do Programa de Publicização, instaurado com a Lei nº 9.637/98. Por certo que a opção pela formalização de contratos de gestão com Organizações Sociais, também é pautada pelo entendimento até recentemente sustentado pelo TCU e acolhido pelos demais Tribunais de Contas, concernente à não inclusão dos profissionais contratados para o exercício da atividade fim no cômputo das despesas de pessoal.

O modelo de prestação de serviços públicos sociais inaugurado pela Lei nº 9.637/98 revela-se formalmente positivo, porém para concretização da promessa de maior eficiência, necessita-se de controle mais efetivo, que pressupõe metas claras, objetivas e factíveis constantes do contrato de gestão.

A falta de transparência na execução do contrato aliada a um sistema de controle formalístico e burocrático caminhará para falência do modelo proposto, não por deficiência normativa, mas pela clara omissão do Poder Público e dos órgãos de controle, tanto na fase de constituição do contrato de gestão, quanto na fiscalização da sua execução.

Referências

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*. Milão: Giuffrè, 1960.
- ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- _____. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de Normas Gerais de Lei Federal dos Estados. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez, 1993.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tomo 1. Paris: Montchrestien, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FALCONER, Andrés Pablo. A Promessa do Terceiro Setor. Disponível em: www.rits.org.br. Acesso em 02 jan. 2010.
- FORTINI, Cristina. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, jun./jul./ago. – 2006, nº 06.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.
- LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre; MODERNE, Franck *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: LGDJ, 1984.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MODESTO, Paulo. Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: Pressupostos Conceituais do Contrato de Autonomia no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência Concorrente Limitada: O Problema da Conceituação das Normas Gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1988, out/dez.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. In: *Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma Crítica à Tendência de Uniformizar com Princípios o Regime dos Contratos Públicos. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 11, nº 41. p. 65, jan.-mar. 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.

TOURINHO, Rita. A Princiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: *Discricionariedade Administrativa*. Coord: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.