

NOÇÕES SOBRE A DISCIPLINA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E DOS CONTRATOS DE GESTÃO

Vitor Rolf Laubé

Diretor do Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Bernardo do Campo e pós-graduado em Direito, em nível de mestrado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Fundamento constitucional das organizações sociais e dos contratos de gestão. 3. Disciplina legal das organizações sociais e dos contratos de gestão. 3.1. Fundamento legal. 3.2. Definição de organização social. 3.3. Requisitos para a qualificação como organização social. 3.4 Contratos de gestão. 4. Considerações finais.

1 - Introdução

De tempos para cá, muito se tem falado tanto em organizações sociais como em contratos de gestão, sem, contudo, bem esclarecer do que se tratam.

Com efeito, sem embargo de citados um sem-número de vezes na exposição de motivos assinada pelo Professor Bresser Pereira, titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que capeou a proposta de emenda constitucional da reforma administrativa -- hoje, a Emenda Constitucional n° 19 --, poucos sabem o que ambos realmente significam.

Assim sendo, tem por fito o presente estudo, mesmo que de forma superficial, traçar as linhas mestras destes novéis institutos do Direito; isso tanto no plano constitucional como no legal.

2 - Fundamento constitucional das organizações sociais e dos contratos de gestão

Bem analisado o vigente texto da Constituição da República, mormente com as inovações que lhe foram introduzidas pela Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998, que modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, assim como deu outras providências, assim se percebe que o mesmo não faz qualquer referência, ao menos diretamente, acerca das organizações em apreço.

Todavia, aos negócios jurídicos por elas celebrados com o Poder Público, os precitados contratos de gestão, há expressa alusão no § 8º do artigo 37 da Magna Carta, que, vale observar, foi inserto no texto constitucional pela sobredita emenda.

Este parágrafo, importa evidenciar, prevê 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 os seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para 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.”

Pois bem, as citadas entidades, assim como o contrato referidos no acima transcrito preceito constitucional, consoante a seguir e de forma mais detalhada se verificará, constituem respectivamente as organizações sociais e os contratos de gestão objeto deste estudo. Por conseguinte, tem-se que o substrato constitucional para a disciplina legal de ambos os institutos é fornecido pelo mencionado dispositivo encartado na atual Lei Fundamental: de forma explícita no respeitante aos contratos de gestão e implícita no caso das organizações sociais.

3 - Disciplina legal das organizações sociais e dos contratos de gestão

Uma vez identificado o fundamento constitucional das organizações sociais e dos contratos de gestão, impende verificar como se encontram eles plasmados em nível legal.

3.1 - Fundamento legal

Em primeiro lugar, interessa evidenciar que, sem embargo da Emenda Constitucional n° 19 haver sido promulgada pelo Congresso Nacional no dia 4 de junho de 1998, certo é que já eram os institutos em questão alvo de disciplina em nível subconstitucional, inicialmente pela Medida Provisória n° 1591, de 9 de outubro de 1997, com as suas seguidas reedições; posteriormente pela Medida Provisória n° 1648, de 24 de março de 1998, com uma só reedição, e, por último, pela Lei n° 9637, de 15 de maio de 1998, que, dentre outros aspectos, dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais¹.

Deste modo, tem-se que o fundamento legal das organizações sociais, assim como dos contratos de gestão, é atualmente haurido, no plano federal, da citada Lei n° 9637, a qual, como adiante se verificará, fornece todo o delineamento de ambos os institutos jurídicos.

1. Não obstante, no âmbito dos estados-membros da Federação, certo é que no Pará e na Bahia já se editou lei sobre o tema; tratam-se, respectivamente, das Leis n°s 5980/96 e 7027/97. Demais disto, em Minas Gerais também é iminente a aprovação de norma sobre o assunto.

3.2 - Definição de organização social

À vista do acima explicitado, importa então que, com amparo na citada Lei n° 9637, se aclare o real significado das organizações sociais, bem como dos contratos de gestão. Entretanto, como referido modal de negócio jurídico tem, em princípio, como pressuposto a existência de uma organização social, opta-se por primeiramente desvendar o significado desta e, depois, no transcorrer do presente estudo, o do mencionado ajuste.

Pois bem, de acordo com o teor do dispositivo vestibular da referida norma legal, poderão ser qualificadas como organizações sociais as pessoas jurídicas de direito privado que não possuam fins lucrativos e cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, assim como as que atenderem a determinados requisitos para a habilitação como tal.

Assim sendo, certo é que as organizações sociais nada mais são do que algumas das pessoas jurídicas de direito privado elencadas no inciso I do artigo 16 do Código Civil pátrio² e que como tal são categorizadas, mediante qualificação emanada do Poder Público, a qual tão-apenas é concedida desde que a entidade não persiga lucro, possua uma das finalidades preestabelecidas em lei e acima explicitadas, bem assim atenda a alguns requisitos igualmente previstos em norma legal, no caso, a já aludida Lei n° 9637. Não se tratam, pois, de novo tipo de pessoa jurídica de direito privado e nem tampouco de uma entidade criada por lei e entranhada na Administração Pública.

Em poucas palavras: as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado - associações civis sem fins lucrativos ou fundações privadas -, que, nos termos da lei, recebem tal título do Poder Público.

3.3 - Requisitos para a qualificação como organização social

Dentre os requisitos necessários que se encontram elencados no artigo 2° da Lei n° 9637 para uma entidade se habilitar ao recebimento da qualificação como organização social, exsurge-se conveniente destacar os seguintes, relativamente à comprovação do registro de seu ato constitutivo, dispendo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos referentes à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

2. De acordo com o inciso I do artigo 16 do Código Civil são pessoas jurídicas de direito privado "as sociedades civis, religiosas, piás, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações". A doutrina, por seu turno, costuma distinguir tais pessoas jurídicas da forma seguinte: tem-se uma associação quando não há fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado, assim como tem-

c) previsão da entidade possuir, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, garantido àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na Lei nº 9637;

d) previsão de participação no órgão colegiado de deliberação superior da entidade, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) publicação anual obrigatória, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e da execução do contrato de gestão;

g) aceitação de novos associados na forma do estatuto, no caso de associação civil;

h) vedação de distribuição de bens ou parcelas do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou morte de associado ou membro da entidade; e,

i) previsão de incorporação ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção do recursos e bens por estes alocados, do patrimônio, legados ou doações que lhe forem destinados, bem como dos excedentes financeiros derivados de suas atividades, na hipótese de sua extinção ou de perda da precitada qualificação.

Demais destes requisitos, cuja previsão no respectivo estatuto social se impõe, erige-se ainda necessário a existência de aprovação de sua qualificação pelos órgãos competentes do Poder Público, isto é, pelo órgão federal relativo à área de atividade correspondente ao seu objeto social, assim como pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado; isso, é óbvio, após o inafastável exame da conveniência e oportunidade da atribuição de tal especial categorização.

Conseqüentemente, para que uma entidade se habilite a receber o título de organização social, não basta que apenas preencha os requisitos legais para tanto, uma vez que deverá ainda se submeter a um juízo de conveniência e oportunidade a ser emitido pelo Poder Público sobre tal outorga. Só após a emissão deste ato unilateral e discricionário é que ela poderá ser caracterizada como uma organização social e exercer, em colaboração com o Estado, atividades consideradas como serviço público não exclusivas deste último, as quais, vale observar, se encontram referidas em diversas oportunidades na Constituição da República, como, por exemplo, quanto à educação, em seus artigos 206, III, 207, 209 e 213; quanto à assistência social, em seus artigos 195, § 7º, e 204, I, e quanto à saúde, em seus artigos 197 e 199, § 1º.

3.4 - Contrato de gestão

Uma vez aprovada a qualificação de entidade como organização social, estará ela apta a celebrar o já citado contrato de gestão com o Poder Público

Ora bem, mencionado negócio jurídico deverá discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes, com vistas à formação de parceria para fomento e execu-

ção de ação respeitante à área de interesse governamental que também, vale repetir, constitui objetivo social da organização social; isso conforme o preceituado pelo artigo 5º da Lei nº 9637. Além disto, considerando-se que tal ajuste há que se reger, ante as suas características, pelas normas de Direito Público, deverão ser necessariamente observados quando da sua elaboração os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da economicidade, assim como os preceitos elencados no artigo 7º da lei em comento, os quais possuem o seguinte teor: a) especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; b) estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Aliás, convém para logo referir que a contratação dos serviços de entidade qualificada pelo Poder Público para atividades contempladas no objeto do contrato de gestão é dispensada de licitação, podendo a respectiva contratação se verificar diretamente, conforme permissivo legal expressamente estampado na lei em apreço. Acerca desta previsão legal convém abrir um parêntese, porquanto se tem dúvida quanto a respectiva constitucionalidade. Assim se assevera porque se crê factível a hipótese de mais de uma entidade estar apta a receber o título de organização social para, em derivação, celebrar o respectivo contrato de gestão com o Poder Público, objetivando o exercício de uma determinada atividade. De conseqüência, como ao Estado é impositivo propiciar a todos os particulares igual oportunidade de com ele contratar, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, quer parecer que há ele de promover tal chance a todas as entidades interessadas pelo instituto da licitação, de sorte que acaba por se erigir não legítima constitucionalmente a contratação direta nesta circunstância.

Demais disto, vale abrir um outro parêntese para ressaltar que não só as organizações sociais podem firmar ajustes de tal categoria, pois, conforme prescrição contida no artigo 51 da Lei nº 9649, de 27 de maio de 1998, que dispôs sobre a organiza-

3. *Constituem requisitos necessários para a qualificação de autarquia ou fundação como "Agência Executiva" o cumprimento pelas mesmas do seguinte: a) possuir um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em curso; b) haver firmado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor. Além disto, importa referir que a Lei nº 9649 também estabelece que cabe ao Poder Executivo a edição de medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, objetivando assegurar a sua autonomia de gestão, assim como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos no contrato de gestão. Prevê ainda a sobredita norma legal que os contratos de gestão das agências executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano, bem como deverão estabelecer os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem assim os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento (cf. § 1º do art. 52); além disto, dispõe que o Poder Executivo deverá definir os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos contratos de gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional da agências executivas (cf. § 2º do art. 52). Esta é, em apertadíssima síntese, a disciplina legal emprestada às agências*

ção da Presidência da República e Ministérios, as autarquias e fundações que forem qualificadas como agências executivas por ato do presidente da República, também poderão celebrá-lo³.

Pois bem, retomando-se o tema objeto deste subitem, importa asseverar que a execução dos contratos de gestão firmados com as organizações sociais deverão ser, pois, alvo de intensa fiscalização governamental - isto porque a elas poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, além de às mesmas ser ainda facultada a cessão de servidores públicos -, incumbindo também a elas, com vistas à promoção de tal ação fiscalizatória, a apresentação de relatórios anuais, ou a qualquer tempo quando requisitados, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, bem como da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, sendo certo ainda que qualquer irregularidade ou ilegalidade detectada na utilização de recursos ou bens de origem pública deverá ser comunicada ao Tribunal de Contas da União, sem prejuízo de representação do fato ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União, entre outros.

Mais ainda: se constatado o descumprimento do contrato de gestão, poderá a entidade ser desqualificada como organização social pelo Poder Público, o que, todavia, deverá ser precedido de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da mesma, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos derivados de sua ação ou omissão. Verificando-se a desqualificação, ocorrerá a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social pelo Poder Público, sem prejuízo da imposição de outras sanções cabíveis.

4 - Considerações finais

Releva notar que as organizações sociais também ficam, de acordo com previsão contida no artigo 11 da Lei n° 9637, declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, e com todas as prerrogativas de tanto decorrentes, assim como, de acordo com o já cogitado neste estudo, a elas poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, além de às mesmas ser ainda facultada a cessão de servidores⁴. Demais disso, ficam assegurados a tais entidades os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no pertinente contrato de gestão.

4. A cessão especial de servidores para as organizações sociais, conforme preceitua o artigo 14 da Lei n° 9637, será efetuada com ônus para a origem, ou seja, continuará o Poder Público a arcar, entre outros, com os vencimentos do servidor. Além disso, é vedado o pagamento pela organização social de qualquer vantagem pecuniária ao servidor cedido, salvo na hipótese de adicional referente ao exercício de função temporária de direção ou assessoria.

É este, por conseguinte, um breve perfil dos contratos de gestão, assim como das organizações sociais, estas últimas verdadeiras entidades não-estatais do setor público que, basicamente, deverão ser constituídas por entidades originárias do chamado “terceiro setor” ou “setor emergente”, ou ainda, conforme a seguir se verificará, por entidades categorizadas como organizações sociais que absorveram as atividades de órgãos da Administração Direta extintos.

Neste passo, vale observar que o Governo Federal, pela própria Lei nº 9637, já promoveu a extinção de órgãos da Administração Indireta e previu a absorção de suas atividades por organismos da categoria em apreço. É o caso do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, que integrava a estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Roquette Pinto, cujas atividades já foram, respectivamente, sorvidas pelas organizações sociais Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron (ABTLuS) e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto (ACERP). Cite-se que, consoante se tem notícia, encontra-se em estudo, para igual fim, a celebração de contratos de gestão relativos às atividades atualmente desempenhadas pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap), pelo Instituto do Câncer, do Rio de Janeiro, e pelo Hospital Getúlio Vargas, do Rio Grande do Sul.

À vista de todo o exposto, é de se aguardar para verificar se realmente as organizações sociais vingarão entre nós, especialmente ante suas especiais características, haja vista que através delas, conforme o entrevisto, deverá se propiciar uma efetiva terceirização de atividades públicas, ou mesmo uma privatização velada, sem qualquer concorrência, como quer o legislador ordinário, permitindo a sua gestão de forma mais desembaraçada e semelhante àquela da iniciativa privada, com, entre outras, pretendida isenção da realização de licitações e de concursos públicos, o que, ante o ingresso de recursos e bens públicos em tais entidades, não deverá ser objeto de aquiescência pelos órgãos de controle competentes.

Isso tudo considerado, dá-se por alcançado, pois, o intuito do presente estudo, que, vale repisar, consiste em tão-apenas melhor esclarecer no que se constituem as organizações sociais, verdadeiras entidades em atuação colaboradora com o Estado, mediante parceria, e os contratos de gestão, sem, todavia, se promover um mais detido aprofundamento de tais novéis institutos jurídicos, o que se deixa a cargo de nossos doutrinadores, que com a propriedade que lhes é própria, muito melhor o farão.

