



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

BRUNO GOFMAN

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

**JACAREZINHO-PR
2017**

Bruno Gofman

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, Linha de Pesquisa: Função Política do Estado) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa.

**JACAREZINHO-PR
2017**

Bruno Gofman

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão” e na Linha de Pesquisa: “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”.

Banca examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Membro: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Membro: Prof. Dr. Edgar Guimarães

Coordenador do Programa: Prof. Fernando de Brito Alves

**JACAREZINHO-PR
2017**

Aos meus pais, Perci e Neusa,
Que são meus grandes ídolos e
que me servem como fonte de inspiração e amor.
À minha irmãzinha,
Michele, meu pequeno anjinho.
Ao meu amado afilhado, Arthur.

AGRADECIMENTOS

Talvez esse seja o momento mais gratificante de todo o longo percurso que foi esse Mestrado, pois aqui se encerra mais uma importante etapa da minha vida pessoal e profissional. Toda essa caminhada não seria possível sem a participação de algumas pessoas especiais e a quem tenho o prazer de agradecer.

Ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa, por ter acreditado no meu projeto de pesquisa, pelos ensinamentos e parceria nos eventos acadêmicos e “games” e, sobretudo, pelo seu exemplo de amizade e generosidade que lhe são características.

Aos Professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná pelas valiosas lições e, especialmente, por demonstrarem que o ambiente acadêmico também pode ser familiar. Fica aqui registrada minha gratidão ao Prof. Dr. Gilberto Giacoia, pela sua sabedoria e por ter acreditado em mim, e aos Profs. Drs. Fernando de Brito Alves e Tiago Cappi Janini, pelos conselhos e companheirismo.

Aos funcionários da UENP pelo carinho e constante auxílio, o que faço em nome da Maria Natalina da Costa, secretária do Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, e quem é, sem sombra de dúvidas, peça essencial para o sucesso de todo o programa.

Aos meus amigos da 12ª Turma de Mestrado da UENP, pessoas espetaculares que tornaram meu ano de 2015 especial não só pelos ensinamentos e experiências acadêmicas compartilhadas, mas especialmente pelo ambiente de amizade, companheirismo e felicidade. Vocês com certeza fizeram valer os 800 km de viagem pelos quais eu percorria semanalmente. Externo aqui minha gratidão especial ao João Eder Furlan Ferreira de Souza, Laerty Morelin Bernardino e Rodrigo Orlandini Volpato, irmãos para uma vida toda!

Aos amigos que fiz na amada Jacarezinho e que sempre guardarei comigo. Em especial ao pessoal que conheci da graduação à época das aulas, ao Dr. Rogério Cangussu e aos meus familiares jacarezinhenses, Jaziel Morais, Cristina Morais e a Giovanna Morais.

Ao Prof. Dr. Edgar Guimarães, uma das pessoas mais importantes da minha vida, um pai que a vida meu deu, meu maior incentivador e minha grande referência

como advogado e mestre. Sem sombra de dúvidas, não fosse a sua participação e seu exemplo, nada disso seria possível. Minha eterna gratidão e reverência!

Aos meus colegas de escritório, Ana Carolina Correa Petenati, Paul Liebl, Ricardo Sampaio, Viviane Rocio e Miriam Guimarães pelo constante incentivo e por terem suprido com brilhantismo minhas ausências e meus compromissos.

Aos meus familiares e amigos de longa data, pela torcida e pela compreensão pela minha constante ausência.

Finalmente, àqueles que são os amores da minha vida e sem não seria ninguém. Meus pais, Perci Gofman e Neusa Gofman, e minha irmã, Michele Gofman, meus eternos ídolos e exemplos de dedicação, honestidade, companheirismo e amor. Amo vocês!

GOFMAN, Bruno. **Responsabilidade do Estado pelas parcerias com as organizações sociais**. Jacarezinho, 2017. 155 fls. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

RESUMO

A partir da segunda metade da década de 90 o Brasil vivenciou o processo de alteração do modelo burocrático para o modelo gerencial de Administração Pública, segundo proposta inserida no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Uma das inovações trazidas por este estudo foram as Organizações Sociais, posteriormente disciplinadas pela Lei nº 9.637/98, e que são entidades privadas sem fins lucrativos, que preenchidos determinados requisitos legais, poderão receber esse título, fomento estatal e, com isso, celebrar contrato de gestão com a Administração Pública, cujo objeto é a prestação de serviços sociais não exclusivos do Estado. Em que pese a importância das atividades desenvolvidas por essas entidades, intimamente ligadas a direitos fundamentais, o que implica no dever-poder da Administração Pública em fiscalizá-las, tanto a Constituição Federal quanto a lei que as regulamentou se mostraram silentes em relação a eventual possibilidade de responsabilização do Estado em face dos atos, comissivos ou omissivos, praticados pelas Organizações Sociais na execução desse contrato. Desta maneira, o presente estudo enfrentará o tema, com o objetivo de averiguar se o Estado poderá, ou não, responder pelos danos provocados pela entidade parceira, bem como as formas pelas quais o direito à indenização será pleiteado. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, linha de pesquisa: “Estado e responsabilidade: questões críticas” – da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma administrativa gerencial; organizações sociais; Serviços sociais não exclusivos do Estado; Responsabilidade do Estado.

GOFMAN, Bruno. **State responsibility for partnerships with social organizations.** Jacarezinho, 2017. 155 p. Dissertation presented to the Master's Program in Juridical Science of the Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

ABSTRACT

From the second half of the 1990s, Brazil experienced the process of changing the bureaucratic model to the managerial model of Public Administration, according to the proposal inserted in the Master Plan for the Reform of the State Apparatus. One of the innovations brought by this study was the Social Organizations, later legally disciplined by Law No. 9.637/98, and which are private non-profit entities, that when they manage to fulfill certain legal requirements, can receive such title, state promotion and, with that, sign contract With the Public Administration, whose object is the provision of social services not exclusive to the State. In spite of the importance of the activities carried out by these entities, closely linked to fundamental rights, which implies the Public Administration's power and duty to control them, both the Federal Constitution and the law that regulated them were silent regarding the eventual Possibility of State accountability for the performance of acts, active acts or omissive acts, practiced by the Social Organizations during the contract's execution. Thus, the present study will address this issue in order to determine whether or not the State can respond to damages caused by the partner entity, as well as the ways in which the right to compensation will be pursued. Dissertation presented to the Master's Program in Juridical Science – Concentration Area: "Theories of Justice: Justice and Exclusion", research line: "State and responsibility: critical issues" - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

KEY WORDS: Managerial administrative reform; Social Organizations; Social services not exclusive to the State; Responsibility of the State.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

Nº - Número

p. – página

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

Resp. – Recurso Especial

PR – Paraná

STJ – Superior Tribunal de Justiça

AgRg – Agravo Regimental

CPC – Código de Processo Civil

AREsp – Agravo no Recurso Especial.

CF – Constituição Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL	15
1.1 O ESTADO, O GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	15
1.1.1 O Estado	15
1.1.2 O Governo	17
1.1.3 A Administração Pública	18
1.2 AS TRÊS FORMAS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
1.2.1 Administração Pública patrimonialista.	20
1.2.2 Administração Pública burocrática.	22
1.2.3 Administração Pública gerencial	25
1.3 A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL	29
1.3.1 O retrocesso burocrático da Constituição Federal de 1988.	29
1.3.2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.	34
1.3.3 Os objetivos globais da Reforma Administrativa.	35
1.3.4 O aparelho do Estado.	36
1.3.4.1 Núcleo Estratégico	37
1.3.4.2 Atividades exclusivas	38
1.3.4.3 Serviços não exclusivos.	39
1.3.4.4 Produção de bens e serviços para o mercado.	42
1.3.5 Processo de transição entre o modelo burocrático e o gerencial.	43
1.3.5.1 Dimensão Institucional-legal	43
1.3.5.2 Dimensão cultural e da gestão	46
1.3.5.3 A dinâmica da transição.	47
2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	50
2.1 CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	53
2.2 REGIME JURÍDICO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	55
2.3 OBJETO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	56
2.3.1 A suposta inconstitucionalidade da lei das organizações sociais em relação aos objetos das parcerias.	58
2.4 QUALIFICAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	61
2.4.1 Os requisitos para qualificação	62

2.4.2 A decisão discricionária acerca da qualificação das organizações sociais	65
2.5 CONTRATO DE GESTÃO CELEBRADO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	68
2.5.1 Natureza jurídica dos contratos de gestão	69
2.5.2 Conteúdo e condições obrigatórias no contrato de gestão.	71
2.5.3 Necessidade do contrato de gestão ser precedido de certame licitatório.	73
2.6 O FOMENTO ESTATAL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	77
2.6.1 Repasse de recursos orçamentários	81
2.6.2 A cessão de servidores públicos	82
2.6.3 Permissão de uso de bens públicos.	84
2.7 EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO	86
2.7.1 Controle do contrato de gestão pelo Tribunal de Contas da União	89
2.7.2 Controle do contrato de gestão pelo Ministério Público	93
2.7.3 Controle social do contrato de gestão	95
2.8 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO	96
2.9 DESQUALIFICAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.	98
3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	104
3.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO	105
3.1.1 Responsabilidade extracontratual do Estado.	107
3.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E AS TEORIAS.	108
3.2.1 Teoria da irresponsabilidade.	109
3.2.2 Teoria da Responsabilidade com culpa	109
3.2.3 Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço.	111
3.2.4 Teoria da responsabilidade objetiva.	112
3.2.4.1 Teoria do risco administrativo.	113
3.2.4.2 Teoria do risco integral.	113
3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	114
3.3.1 Pressupostos para aplicação da Responsabilidade objetiva do Estado.	115
3.3.1.1 Dano material ou moral sofrido por alguém.	115
3.3.1.2 Ação ou omissão imputável ao Estado	116
3.3.1.3 O nexó de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.	116

3.3.2 Características da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade	117
3.3.2.1 Danos por ação do Estado.	118
3.3.2.2 Danos por omissão do Estado	119
3.3.2.3 Danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado.	121
3.3.3 As pessoas responsáveis de acordo com a Constituição Federal de 1988.	122
3.3.3.1 A responsabilidade objetiva das organizações sociais.	124
3.4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.	126
3.4.1 As causas de exclusão da responsabilidade do Estado.	129
3.4.1.1 O caso fortuito e a força maior	130
3.4.1.2 A culpa do lesado.	131
3.5. A REPARAÇÃO DO DANO.	131
3.5.1 Os meios de reparação	132
3.5.1.1 Processo administrativo	133
3.5.1.2 Processo judicial.	133
3.5.2 A prescrição da pretensão de indenização	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS	141
ANEXO	148

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, enquanto aparelho complexo criado pelo Estado para cuidar de seus serviços e implementar seus objetivos, evoluiu a partir de três modelos, quais sejam: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial. Essas alterações na organização da Administração Pública ocorreram de acordo com o momento e as necessidades do ente estatal. Assim aconteceu desde o Estado Absolutista, quando vigia o modelo patrimonialista, até o Estado Social, onde predominava o modelo burocrático weberiano.

Contudo, nesse momento, marcado pelo crescimento exponencial da máquina estatal, começaram a surgir graves dificuldades por parte do Estado em dar cumprimento às obrigações assumidas na Constituição Federal, potencializadas pela ausência e/ou má gestão de recursos públicos, os recorrentes casos de corrupção, a extrema burocracia e a falta de eficiência.

É justamente sob a justificativa da excessiva burocracia, uma das supostas responsáveis pela ineficiência do Estado na prestação dos serviços sociais, que os defensores do ideário neoliberal propuseram a alteração do modelo burocrático para o modelo gerencial, segundo o qual, a atuação estatal deveria ser norteadada pela eficiência e pela qualidade dos serviços.

Neste contexto de crise e globalização, na década de 90, o governo do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso aderiu à tendência dos países centrais e propôs a inserção do modelo de Administração Pública gerencial no Brasil, o que se materializou no Plano Diretor da Reforma do Estado, capitaneado pelo então Ministro Bresser Pereira.

Em 1998, o referido estudo foi aprovado e promulgado, dando origem à conhecida Reforma Administrativa, segundo a qual, passou-se a defender a ideia de um Estado gerencial e reduzido, com a “publicização” dos serviços considerados como não exclusivos do Estado, por meio de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que, contando com o fomento estatal, supostamente desempenhariam com maior eficiência a prestação das referidas atividades.

Dito fenômeno da “publicização” fez com que o Estado, por meio da atividade de fomento, se socorresse cada vez mais da sociedade civil, com a nítida intenção de se desonerar da prestação de serviços não exclusivos, mas de grande importância para a consecução de direitos fundamentais como o ensino, a pesquisa

científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde. Essa escolha feita pelo legislador pátrio está intimamente ligada aos princípios da subsidiariedade e o democrático, manifestados por meio da participação popular.

O sucesso dessa nova política implementada por meio da Reforma Administrativa passava diretamente pela promulgação da Lei nº 9.637/98, que regulamentou as organizações sociais, reputadas como entidades recomendadas para a prestação dos serviços sociais não exclusivos do Estado.

Pode-se destacar, desde o início, para o fato de que a relação entre o Estado e as organizações sociais se formaliza por meio do Contrato de Gestão, que estabelece uma série de metas e objetivos a serem cumpridos, o que enseja o poder-dever estatal de fiscalizar o cumprimento do objeto da parceria. Outro aspecto que merece ser ressaltado acerca deste tipo de entidade do 3º Setor e que as distingue das demais, diz respeito à forma de como se dá o fomento estatal, que poderá ser mediante repasse financeiro e até mesmo pela cessão de uso de bens e servidores públicos.

Diante dessas peculiaridades que envolvem as parcerias com as organizações sociais e a relevância dos serviços por elas prestados, fica claro que o Estado não poderá ser omissor na fiscalização da execução do objeto da parceria. Em compensação não há qualquer disposição legal acerca da eventual responsabilidade do ente estatal pelos atos provocados pelas entidades parceiras ou então pela ineficiência dos serviços por elas prestados.

Fato é que o §6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que disciplina a responsabilidade extrapatrimonial do Estado, se mostrou silente em relação à possibilidade de responsabilização estatal em razão das parcerias por ele firmadas, até porque as organizações sociais foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio em momento posterior à promulgação da Carta Magna. De igual maneira, a Lei nº 9.637/98, que disciplinou essas entidades, também deixou uma lacuna acerca da possibilidade de responsabilização estatal.

Com a relevância alcançada pelas parcerias firmadas entre o Estado e as organizações sociais e, sobretudo, em razão da importância das atividades por elas prestadas, muitos doutrinadores passaram a se dedicar à essa relação, sem que se posicionassem a respeito da questão específica da possibilidade de

responsabilidade estatal. Por outro lado, aqueles que já escreveram sobre o tema não apresentam um entendimento pacífico.

Alguns autores defendem, por exemplo, a ideia de que o Estado não deverá responder pelos danos provocados pelas entidades do 3º Setor independente da sua natureza jurídica, o que, inclui, nesse caso, as organizações sociais. Em outro sentido, existem aqueles que argumentam que o Estado deverá ser responsabilizado por todos os danos provados pelas organizações sociais.

Partindo do pressuposto de que há dever de reparação por parte do Estado, outras questões necessitam de resposta: quais as hipóteses de responsabilização estatal? Ela deverá ser objetiva ou subjetiva? Solidária ou subsidiária? Qual a maneira possível de reparação? Quais os órgãos competentes para apreciar o pedido de indenização? Quais as hipóteses excludentes de responsabilidade? Qual o prazo prescricional para que o terceiro requeira a indenização?

Assim, levando-se em consideração a importância adquirida pelas parcerias firmadas entre o Estado e as organizações sociais, notadamente em função da relevância dos serviços sociais por elas prestados, a ausência de uma normatização e também a tímida produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, é primordial uma reflexão acerca da possibilidade de responsabilização do ente estatal em relação aos atos decorrentes dessas relações.

Como forma de enfrentar o tema, a presente dissertação é composta de três partes: (i) no primeiro capítulo será apresentada a evolução dos modelos de Administração Pública, desde o patrimonial até o gerencial, que inspirou a Reforma Administrativa realizada no Brasil na década de 90. Além disso é mencionada, em linhas gerais, a proposta contida no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, projeto solicitado pelo Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso e coordenado pelo Ministro Bresser Pereira; (ii) no segundo capítulo serão apontadas as principais características das Organização Sociais, suas formas de qualificação, suas peculiaridades, formas de fomento estatal e sua fiscalização, o contrato de gestão e a desqualificação dessas entidades; (iii) finalmente, no terceiro capítulo, enfrentar-se-á o tema da responsabilidade do Estado em face das parcerias com as organizações sociais, à luz da disciplina da responsabilidade civil inserida na Constituição Federal.

1 A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL.

Como ponto de partida para o estudo a respeito das organizações sociais e a eventual responsabilidade do Estado em razão das parcerias com elas celebradas, é necessário lançar algumas considerações relacionadas à Reforma Administrativa Gerencial realizada no Brasil na década de 90 do século passado e que deu legitimidade ao surgimento dessas entidades privadas sem fins lucrativos, cujo objeto é a prestação dos serviços não exclusivos do Estado.

1.1 O ESTADO, O GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A fim de demonstrar o que efetivamente representou a aludida reforma é importante deixar claro que o seu objetivo principal não era empreender uma “Reforma do Estado” ou então uma “Reforma de Governo”, conforme usualmente menciona-se. A partir dos conceitos de “Estado”, “Governo” e “Administração Pública” será demonstrado que, na realidade, houve uma modificação no aparelho estatal, que passou de um modelo burocrático para um modelo gerencial.

1.1.1 O Estado.

Nas palavras de Santo Tomás de Aquino, “o homem é, por natureza, animal social e político”, o que, para Raneletti, revela “uma necessidade natural à vida em sociedade, através da qual pode ele, com a convivência e cooperação dos semelhantes, atingir os fins da sua existência” (SOUTO, 2001, p. 1).

Além dessa tendência natural, segundo Platão e, posteriormente, Thomas Hobbes, era imprescindível ainda a existência do elemento vontade, o que trouxe uma concepção contratualista, segundo a qual a sociedade estaria fundamentada em duas leis: “a primeira, obrigando os homens a lutar pela paz; a segunda, a renúncia individual ao direito sobre todas as coisas em prol do respeito geral à sua própria liberdade” (SOUTO, 2001, p. 1). Daí surge o termo “contrato social”, desenvolvido por Jean Jacques Rousseau.

É com base nesses elementos que o termo “Estado” tem origem. De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 01):

Titularizando cada ser humano um Poder, isto é, a faculdade de transformar vontade em atos, aos poucos o homem foi sentido a necessidade, decorrente da vida social num determinado território, de transferir o seu exercício (e não a titularidade) a um representante, para que este, agindo em nome da vontade de todos, zelasse pelo bom funcionamento da sociedade. Surgiu então, a noção de Estado.

A palavra “Estado” foi adotada pela primeira vez no século XVI, na obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, em referência às comunidades formadas pelas cidades-estados. No entanto, não há unanimidade quanto ao efetivo surgimento dos Estados (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1).

Dalmo de Abreu Dallari (1983, p. 45), em sua obra “Elementos de Teoria Geral do Direito”, aponta para 03 (três) vertentes: para a primeira corrente, o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, na medida em que havia uma organização social nos grupos humanos; na segunda corrente, defende-se que o Estado surgiu a partir das necessidades e conveniências da sociedade; finalmente, a terceira corrente entende que o Estado surgiu posteriormente, tão somente a partir da concepção de características bem definidas.

Levando-se em consideração esse elementos pré-estabelecidos, formularam-se conceitos acerca do que se entende por Estado. Hely Lopes Meirelles (2011, p. 61) sintetiza algumas das construções doutrinárias, sob o ponto de vista sociológico, político e constitucional:

O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário (Jellinek); sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção (Malberg); sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana (Biscaretti di Ruffia); na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 41, I).

Ainda de acordo com o autor, o Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo soberano¹:

Povo é o componente humano do Estado; Território, a sua base física; Governo soberano, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo (MEIRELLES, 2011, p. 62).

¹ Acerca da soberania, intimamente vinculada ao Estado, Paulo Marcio Cruz (2003, p. 74) assevera que “com a superação do Estado Absoluto e o conseqüente surgimento do Estado Moderno, a Soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação, seguindo a concepção racional e liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès”.

Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 44), por sua vez, estabelece a seguinte definição: “se poderá conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 16) reputa o Estado como sendo “tão-somente uma nação politicamente organizada, sendo ele composto por seu governo soberano. A soberania surge naturalmente”. Já Tarso Cabral Violin (2006, p. 29) sustenta que “o Estado é uma nação politicamente e juridicamente organizada, uma pessoa jurídica de direito público interno, com soberania, em determinado território, composta pelo povo e regida pelo governo, com o seu poder político”.

Depois de apresentadas algumas definições a respeito de “Estado”, é importante trazer algumas considerações no tocante ao termo “Governo”.

1.1.2 O Governo.

Quanto ao termo “Governo”, Norberto Bobbio (1998, p. 555) formula as seguintes lições:

DEFINIÇÃO.

I - Numa primeira aproximação e com base num dos significados que o termo tem na linguagem política corrente, pode-se definir Governo como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade. É preciso, porém, acrescentar que o poder de Governo, sendo habitualmente institucionalizado, sobretudo na sociedade moderna, está normalmente associado à noção de Estado. Por consequência, pela expressão "governantes" se entende o conjunto de pessoas que governam o Estado e pela de "governados", o grupo de pessoas que estão sujeitas ao poder de Governo na esfera estatal. Só em casos excepcionais, quando as instituições estão em crise, o Governo tem caráter carismático e sua eficácia depende do prestígio, do ascendente e das qualidades pessoais do chefe do Governo.

Existe uma segunda acepção do termo Governo mais própria da realidade do Estado moderno, a qual não indica apenas o conjunto de pessoas que detêm o poder de Governo, mas o complexo dos órgãos que institucionalmente têm o exercício do poder. Neste sentido, o Governo constitui um aspecto do Estado. Na verdade, entre as instituições estatais que organizam a política da sociedade e que, em seu conjunto, constituem o que habitualmente é definido como regime político e as que têm a missão de exprimir a orientação política do Estado são os órgãos do Governo.

O autor complementa também no sentido de que em toda sociedade política “existe um órgão que tem o cômputo de impor as regras de conduta e de tomar as decisões necessárias para manter a coesão do grupo. Este órgão é o Governo”. Para ele, o Governo se restringe ao Poder Executivo, competindo à Administração

Pública executar as suas decisões e ao Poder Legislativo e Judiciário, controlá-lo e delimitá-lo (BOBBIO, 1998, p. 556).

Segundo a concepção de Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 16), o Governo:

Por meio de atos de soberania, define as diretrizes políticas a serem seguidas, tendo como referencial o interesse público, o que faz com que atue de maneira independente, sem eventual responsabilização pessoal decorrente da sua atuação, devendo obediência apenas aos preceitos constitucionais.

Já Hely Lopes Meirelles (2011, p. 65) conceitua Governo como sendo:

Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o Governo ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania. A constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. O Governo atua mediante atos de Soberania ou, pelos menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos.

Estas são, portanto, algumas definições encontradas na doutrina e que demonstram qual o entendimento acerca do que se considera como Governo, termo que não poderá ser confundido e/ou usado como sinônimo de Administração Pública, conforme se revelará na sequência.

1.1.3 A Administração Pública.

De forma diversa de “Governo”, a Administração Pública, é, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 65):

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos, que, por sua variedade e importância, merecem estudo em capítulo especial.

Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 16) entende que a Administração Pública é um aparelhamento complexo criado pelo Estado para cuidar de seus serviços e implementar seus objetivos. No mesmo sentido é o posicionamento de Tarso Cabral Violin (2006, p. 29).

Com o objetivo de refutar de vez a ideia de que os termos Governo e Administração Pública se referem ao mesmo objeto, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 66) faz a seguinte comparação:

O Governo é atividade política e discricionária, é conduta independente, comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; já a Administração Pública é atividade neutra, vinculada à lei ou à norma técnica, é conduta hierarquizada, executa com responsabilidade técnica e legal, é o instrumento pelo qual o Governo coloca em prática suas ações políticas.

No que toca ao poder de decisão da Administração Pública, o autor ainda esclarece que este se restringe às áreas de suas atribuições e nos limites legais de sua competência exclusiva, se restringindo a “opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativa, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria” (MEIRELLES, 2011, p. 66).

Depois de abordados esses primeiros conceitos e as diferenciações entre os termos “Estado”, “Governo” e “Administração Pública”, serão apresentadas as formas pelas quais a Administração Pública se configurou ao longo do tempo: desde o modelo patrimonialista, passando pelo burocrático até chegar ao gerencial, que inspirou a reforma administrativa promovida na década de 90 no Brasil.

1.2 AS TRÊS FORMAS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme anteriormente mencionado, os termos “Estado”, “Governo” e “Administração Pública” são equivocadamente tratados como sinônimos, razão pela qual é importante esclarecer que as expressões “reforma do Estado” e “reforma Administrativa”² indicam conteúdos distintos.

Preocupado com essa diferença conceitual, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado traz os seguintes esclarecimentos:

² Nesse sentido é importante observar que O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ao invés do termo “Reforma Administrativa”, adota a expressão “Reforma do Aparelho do Estado”. (BRASIL, 1995, p. 12).

A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Este Plano Diretor focaliza sua atenção na administração pública federal, mas muitas das suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal. (BRASIL, 1995, p. 12)

Percebe-se, portanto, que os reformistas, coordenados por Bresser Pereira, deixam claro que as modificações promovidas na década de 90 tinham como objetivo a reforma do aparelho do Estado, ou seja, da Administração Pública e a forma pela qual ela é estruturada.

A partir de uma perspectiva histórica, o Plano Diretor indicou que a Administração Pública evoluiu a partir de três modelos básicos: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial que, apesar de terem se sucedido ao longo do tempo, não são completamente excludentes (BRASIL, 1995, p. 15).

É com base nesses 03 (três) modelos de Administração Pública que será apresentada, em síntese, a sua “evolução”, desde o patrimonialismo até o gerencialismo, reputado como o ideal pela Reforma do aparelho do Estado desenvolvida no Brasil.

1.2.1 Administração Pública patrimonialista.

Com o surgimento dos Estados Modernos, imperou o Absolutismo, onde os Monarcas possuíam plenos poderes e a suas vontades representavam os interesses do Estado e da sociedade. Esse momento histórico, que, nas palavras de Bresser Pereira (1999, p. 26), permeava as sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas, representou o advento do modelo de Administração Pública patrimonialista.

De acordo com Tarso Cabral Violin (2006, p. 67), “o aparato estatal era patrimonialista, no qual o patrimônio público e o privado eram confundidos, existindo o nepotismo, o empreguismo e a corrupção”. No mesmo sentido são as reflexões de Marcos Bemquerer (2012, p. 46), segundo o qual:

Na Administração Pública patrimonialista, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano. Os cargos são considerados prebendas. Os bens públicos e os bens do soberano confundem-se. A corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração.

Edgar Guimarães (2002, p. 14) afirma que não só os patrimônios públicos e privados eram confundidos, mas também os próprios interesses públicos com os interesses do príncipe soberano, razão pela qual esse período ficou marcado pelo autoritarismo e nepotismo.

O Plano de Reforma do aparelho do Estado, por sua vez, definiu o modelo patrimonialista da seguinte maneira:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A res publica não é diferenciada da res principis. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Nesse momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável (BRASIL, 1995, p. 20).

Justamente em decorrência dessas características marcantes do modelo patrimonialista, notadamente a corrupção, o nepotismo, o autoritarismo e a confusão entre interesses públicos e privados, houve a necessidade de uma alteração desse panorama, incompatível com o surgimento do capitalismo e da democracia. Neste ponto é interessante a análise trazida por Bresser Pereira (1996, p. 10):

Esse tipo de administração revelar-se-á incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares, que surgem no século XIX. É essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; a democracia só pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo em que o controla. Tornou-se necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal.

Diante dessas características, chegou-se a conclusão de que o modelo de Administração Pública patrimonialista era totalmente incompatível com o surgimento do capitalismo, materializado no Estado Liberal, assim como em relação à própria democracia.

Por outro lado, é importante o registro de que algumas das suas marcas podem ser observadas nos demais modelos e constantemente são trazidas à tona, principalmente no que se refere à corrupção e ao nepotismo, ou seja, alguns dos seus ideais ainda estão presentes no âmbito da sociedade moderna,

independentemente da forma pela qual a Administração Pública é proposta, seja ela burocrática ou gerencial.

1.2.2 Administração Pública burocrática.

Naquele contexto marcado pelo fortalecimento da democracia e do capitalismo, materializado na ideologia do liberalismo clássico, surgiu a necessidade de uma readequação do modelo da Administração Pública, especialmente em razão das formas de ascensão ao poder e dos seus mecanismos de funcionamento, o que representou o surgimento do modelo burocrático (GUIMARÃES, 2002, p. 14).

Na segunda metade do século XIX, enquanto estava em vigência o Estado Liberal, inspirada no poder racional-legal³, idealizado por Max Weber, o modelo burocrático se fundamentou sob as seguintes premissas:

Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. Parte-se da desconfiança prévia dos administradores públicos e dos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como, por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas. (BRASIL, 1995, p. 15)

De acordo com o idealizador do modelo, Max Weber, a administração puramente burocrática, era considerada, sob o ponto de vista formal:

A forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, isto é, calculabilidade, tanto para o senhor quanto para os demais interessados (VIOLIN, 2006, p. 77).

Essa burocracia seria a forma moderna por excelência e a mais eficaz de todas, com o atingimento dos objetivos pré-fixados mediante a organização de tarefas coletivas (VIOLIN, 2006, p. 73).

³ Tarso Cabral Violin (2006, p. 72), a partir da análise das obras do sociólogo alemão Max Weber (1864-1920), sintetiza que o poder-legal seria uma forma legítima de dominação sob o fundamento de que a autoridade se impõe pela legalidade, respaldada na obediência e estrutura em regras racionalmente estabelecidas.

Tarso Cabral Violin (2006, p. 69) ainda alerta para o fato de que a burocracia defendida por Max Weber não poderia ser confundida com o termo “burocracia”, utilizado popularmente de maneira pejorativa:

Como sendo um amontoado de processos empoeirados, carimbos, apego por parte dos servidores a regulamentos desarrazoados, filas; a mídia ou os cidadãos dão o nome de ‘burocracia’ à falha no sistema e não ao próprio sistema.

Nas palavras de Emerson Gabardo (2002, p. 39), “exaltar a eficiência do modelo burocrático não significa defender um formalismo irresponsável”. Katie Argüelo (1997, p. 82-88), por sua vez, considera que a administração burocrática é indispensável na modernidade:

Pois funda-se na sua racionalidade, cuja eficiência, quase mecânica, permite um alto grau de previsibilidade. O saber profissional especializado representa o caráter racional da burocracia, indispensável para o exercício da dominação. Independentemente do objetivo imediato, necessitamos, sempre, da burocratização, não importando o tipo de poder ou a forma de produção, seja capitalista ou socialista.

Entretanto, essa visão foi aos poucos perdendo força. Isso porque o modelo proposto teve origem em um contexto em que vigia o ideário liberal:

Que tinha como pressuposto a limitação da atuação estatal e dos poderes do soberano no intuito de assegurar à classe burguesa a liberdade necessária para as transações econômicas. A síntese de suas ideias estava no fato de que a sociedade regularia seus próprios conflitos sem a necessidade da intervenção estatal. (GUIMARÃES, 2002, p. 14)

Tanto é que no Estado liberal “só eram necessários quatro ministérios — o da Justiça, responsável pela polícia, o da Defesa, incluindo o Exército e a Marinha, o da Fazenda e o das Relações Exteriores”. Ainda de acordo com Bresser Pereira (1996, p. 11), “nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava. O problema da eficiência não era, na verdade, essencial”.

No início do século XX, em virtude das graves crises políticas, econômicas e sociais, notadamente a Primeira Guerra Mundial, a Quebra da Bolsa de 1929 e a ascensão do regime Comunista na Rússia, o modelo liberal se enfraqueceu e começou a ser questionado, dando lugar ao Estado Social, onde se passou a propor

uma maior intervenção estatal, principalmente por meio da prestação de serviços públicos essenciais à garantia dos direitos fundamentais (TORRES, 2013, p. 28).

A partir daí, o Estado Social, também conhecido como Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social do Direito, preocupado com o bem comum e o interesse público (DI PIETRO, 2002, p. 20), ganhou ampla difusão, especialmente nos países periféricos como o Brasil, em razão da maior necessidade de atuação estatal na prestação de serviços relacionados aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana (TORRES, 2013, p. 28).

A alteração nesse panorama da atuação estatal obrigou o modelo burocrático de Administração a se adaptar, orientando-se para:

Um Estado intervencionista cuja proposta é a realização do desenvolvimento econômico, da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social. Essa orientação necessitava de fundamentos legitimadores, encontrados no modelo de Administração calcado no controle de meios, no procedimento e na prestação de serviços públicos (GUIMARÃES, 2002, p. 14).

Foi exatamente nesse momento, marcado pelo grande Estado Social e Econômico, caracterizado pela crescente demanda de serviços sociais, garantidos constitucionalmente a todos os cidadãos, assim como pela assunção do papel econômico pelo Estado, é que o modelo da Administração Pública burocrática passou a ser questionado, notadamente sob o ponto de vista da eficiência⁴ (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 11).

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 24), como o modelo burocrático é aplicado indistintamente a todas as atividades do Estado, inclusive as sociais e econômicas, “acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação dos serviços, ineficiência agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira”. Esse período chegou a ser conhecido como a “burocratização do mundo” e representou um desequilíbrio entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Executivo.

Além disso, “a expansão do Estado respondia não só às pressões da sociedade, mas também às estratégias de crescimento da própria burocracia”, o que

⁴ Bresser Pereira (1996, p. 11) defende a ideia que a administração burocrática é lenta, cara, auto referida e, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos, ou seja, ineficiente.

gerou uma crise de legitimidade para o modelo burocrático, na exata medida em que deixou de dar respostas às demandas sociais (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 11).

Diante desse contexto começaram a emergir propostas de reforma ligadas ao ideário neoliberal, especialmente no que se refere à aplicação de postulados da administração empresarial na Administração Pública, dentre os quais, as ideias de descentralização e flexibilização administrativa (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 11).

A pressão por uma reforma no modelo de Administração Pública ganhou força a partir dos anos 70, com o surgimento da crise do Estado e da burocracia. “Em consequência, nos anos 80, inicia-se uma grande revolução na administração pública dos países centrais em direção a uma administração pública gerencial” (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 11). Como as crises fiscal e financeira atingiram também os países periféricos, ocorreu o mesmo movimento nos países latino-americanos, inclusive no Brasil (DI PIETRO, 2002, P. 24).

1.2.3 Administração Pública gerencial.

Então, naquele momento marcado pelas crises fiscais e financeiras vivenciadas pelos Estados após a década de 70, principalmente em decorrência da crise do petróleo, do endividamento fiscal dos Estados, as dificuldades de satisfação (*outputs*) das exigências sociais e dos grupos de interesse organizados (*inputs*) e a própria crise de legitimidade estatal, ressurgiram com força as ideias de que a estrutura administrativa deveria ser enxuta, tal como proposto desde a 2ª Guerra Mundial pelos economistas neoliberais, cujos expoentes são Friedrich Hayek e Milton Friedman (TORRES, 2013, p. 66).

Esse pensamento neoliberal que defendia a redução do aparelho estatal, aliado à crise de confiança nas políticas públicas e ao aumento da importância econômica das forças capitalistas potencializadas pelo fenômeno da globalização⁵, impôs uma mudança no modelo da Administração Pública, que, a fim de se adequar às novas necessidades estatais, passou daquela conotação essencialmente

⁵ De acordo com Gilberto Giacoia (2002, p. 24), “Globalização, mundialização, soberania econômica, hegemonia de mercado, protecionismo, dentre tantos outros, são comandos que superam qualquer tentativa de conservação e preservação dos valores mais caros da personalidade”.

burocrática para o modelo gerencial, inspirado em postulados das ciências da Economia e da Administração⁶ (TORRES, 2013, p. 69).

O Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado descreve o modelo gerencial da seguinte maneira:

Emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. (BRASIL, 1995, p. 15)

Nota-se, portanto, que o modelo gerencial propõe que a Administração Pública se torne eficiente⁷, com a redução dos custos e o aumento da qualidade na prestação dos serviços públicos⁸, partindo da premissa de que o cidadão é um “cliente”. Essa eficiência estatal seria obtida a partir das seguintes estratégias:

Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe foram colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornaram-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins). (BRASIL, 1995, p. 16)

Em síntese, o modelo gerencial sugeriu as seguintes medidas para tornar a Administração Pública mais eficiente: (i) definição de objetivos a serem atingidos no

⁶ Neste ponto, o Plano Diretor da Reforma informa que apesar do modelo gerencial ser inspirado na administração de empresas privadas, não podem ser confundidos, tendo em vista seus objetivos distintos (BRASIL, 1995, p. 17). De outra sorte, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 227), aponta para incompatibilidade dos postulados da Ciência da Administração com a Administração Pública e, especialmente, em relação ao próprio direito.

⁷ A respeito da eficiência estatal são interessantes as lições expostas por Emerson Gabardo na obra “Eficiência e legitimidade do Estado”, sob um ponto de vista crítico em relação ao modelo de administração pública gerencial.

⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 229) questiona a ideia defendida pelos idealizadores do modelo gerencial no sentido de que o Estado é mau prestador de serviços, na medida em que ele, na realidade, seria um pior fiscalizador.

âmbito de cada órgão; (ii) autonomia do administrador em relação aos recursos a ele disponíveis como forma de atingir os objetivos traçados; (iii) o controle passa a ser a posteriori, ou seja, com base nos resultados alcançados; (iv) reorganização da estrutura organizacional, que passa pela descentralização e redução dos níveis hierárquicos; (v) maior participação dos agentes privados e das organizações da sociedade civil.

Os idealizadores do modelo gerencial se preocuparam em deixar claro que não se trata de um rompimento total com o modelo burocrático, mas sim na sua flexibilização. Defende-se, inclusive, a preservação dos seus princípios basilares tais como “a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático”. Segundo o Plano Diretor da Reforma a principal diferença entre os modelos “está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua como um princípio fundamental”. (BRASIL, 1995, p. 16)

O que se propôs foi um ponto de vista diverso em relação ao significado de interesse público. Enquanto no modelo burocrático o interesse público se confunde como os interesses do Estado, o que faz com que os administradores direcionem parcela considerável das atividades e dos recursos ao atendimento das necessidades da própria burocracia estatal, relegando as políticas públicas a um segundo plano, a proposta do modelo gerencial seria relacionar o interesse público com os anseios da coletividade e não com o aparelho estatal. (BRASIL, 1995, p. 17).

Para isso já não bastaria o controle do processo ou meio, mas sim um efetivo controle dos resultados, especialmente quando se leva em consideração que o cidadão passou a ser considerado como um cliente dos serviços prestados pela Administração Pública, em decorrência da sua contribuição por meio do pagamento de tributos. Assim, além das características da “boa” administração burocrática, a avaliação sistemática, a recompensa pelo desempenho e a capacitação permanente, “acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada”. (BRASIL, 1995, p. 17)

É com base nessas características, sobretudo por meio do estabelecimento “de objetivos para cada unidade da administração, da descentralização, da mudança de estruturas organizacionais e da adoção de valores e de comportamentos

modernos no interior do Estado”, que o modelo de Administração Pública almejou a promoção do aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público. (BRASIL, 1995, p. 18).

Outra importante alteração no panorama da Administração Pública trazida pela proposta gerencial e que está intimamente vinculada às parcerias com as organizações sociais está o incentivo à ação social comunitária⁹, a ampliação da participação da cidadania na gestão da coisa pública (ALVES, 2000, p. 311) e também a prestação de determinados serviços por parte da iniciativa privada.

Essa medida almejava reduzir a “intromissão” da Administração Pública na economia e na vida da população, reduzindo o ‘tamanho’ da burocracia e atribuindo serviços de interesse da coletividade, cada vez mais, à iniciativa privada, regulamentando-se os serviços públicos de forma mais flexível, ou, em outras palavras, ‘desregulamentando-os’¹⁰(ARAUJO, 2005, p. 119). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro esse movimento orquestrado no modelo gerencial nada mais foi do que uma “privatização” em sentido amplo:

Com todas essas alterações, objetiva-se a ‘reforma do Estado’, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às ideias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à ideia de desburocratização. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em ‘privatização’ em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos. (DI PIETRO, 2002, p. 33)

No mesmo sentido, Edgar Guimarães (2002, p. 15) pondera que a atuação de agentes privados para a consecução dos interesses públicos:

Representou a retirada do Estado como o ator principal, o protagonista, ficando como mero diretor, talvez, mais apropriado denominá-lo assistente de produção do espetáculo ou, de forma mais otimista, o coadjuvante. O espetáculo agora é permeado por diversos atores, todos oriundos da iniciativa privada, porém subsidiados pelo Poder Público.

⁹ De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 25), em virtude da fragilidade do modelo Social, surgiram novos elementos, tais como a inclusão de um princípio democrático, na defesa de uma maior participação da sociedade no processo político, nas decisões governamentais e no controle da Administração Pública.

¹⁰ Edmir Netto de Araújo (2005, p. 120) adverte que a regulamentação da prestação de serviços públicos por particulares ocorreu de maneira deficiente e sem precisão, acarretando em problemas práticos. No mesmo sentido são as considerações de Edgar Guimarães (2002, p. 16).

A partir das considerações expostas no presente tópico, pode-se afirmar que o modelo de Administração Pública gerencial, influenciado pelo ideário neoliberal e potencializado pelo fenômeno da globalização, tinha como nítida intenção promover a redução do aparato estatal, com a flexibilização da burocracia weberiana, o controle a posteriori dos resultados obtidos a partir das metas previamente fixadas pelos órgãos, com a descentralização, desregulamentação e uma maior participação dos cidadãos e da iniciativa privada, a quem competiria prestar serviços de interesse públicos por meio do fomento estatal. Essas são, portanto, as premissas que fundamentaram a Reforma Administrativa Gerencial no Brasil na metade da década de 90.

1.3 A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL.

Em decorrência do fenômeno denominado como “globalização”, o mesmo movimento de implantação do modelo de Administração Pública gerencial, em substituição ao modelo burocrático weberiano, ainda que de maneira tardia, também ocorreu no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Aliás, os reformistas pátrios justificaram a sua necessidade justamente em razão da natureza burocrática da nossa Carta Magna, o que, em momentos de crise econômica e fiscal, teria resultado na ineficiência estatal na prestação dos serviços sociais garantidos constitucionalmente.

1.3.1 O retrocesso burocrático da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, marcada pelo período de transição democrática após o fim de regime militar, foi elaborada e promulgada sob as bases do Estado Social, Estado Providência, “que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem-estar dos administrados, notadamente dos que se encontram na base da pirâmide social”. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1102).

Essa intenção já é observada desde o seu preâmbulo, onde está expresso que o Estado é destinado “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Na sequência o legislador constituinte prevê uma ampla gama de direitos

fundamentais (art. 5º da CF) e sociais (art. 6º da CF) a serem respeitados e garantidos, sem distinção de qualquer natureza.

Exatamente por estar vinculada aos ideais de um Estado Social, a Constituição Federal especificou uma série de atribuições ao Estado, o que ampliou desmesuradamente sua estrutura, até porque passou a atuar em todos os setores da vida social e econômica com o objetivo de assegurar a justiça social (DI PIETRO, p. 25).

Ao mesmo tempo, nossa Carta Magna, inspirada no princípio democrático, consagrado no seu art. 1º, inseriu “normas consagradoras da participação popular em vários setores da Administração Pública, em especial no capítulo referente à ordem social” (DI PIETRO, 2002, p. 35), além de deixar claro que:

Determinados serviços, também do capítulo da ordem social, não são exclusivos do Poder Público; aliás, com relação a essas atividades – os serviços públicos sociais – em especial saúde e ensino, ficou consagrada uma dupla possibilidade: prestação pelo Poder Público, com a participação da comunidade ou prestação pelo particular (DI PIETRO, 2002, p. 35).

Essa permissão da prestação de determinados serviços sociais pela iniciativa privada também está intimamente vinculada ao princípio da subsidiariedade, surgido no século XIX, a partir da Doutrina Social da Igreja Católica, sob a premissa de que a:

Entidade superior não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder supri-los por si mesma de maneira mais eficaz; ou, sob uma perspectiva positiva, em que somente cabe ao ente maior atuar nas matérias que não possam ser assumidas, ou não o possam ser de maneira mais adequada, pelos grupos sociais menores. (ROCHA, 2003, p. 14)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta algumas tendências decorrentes do princípio da subsidiariedade no que tange à atuação do Estado e que, por consequência, interfere na estrutura da Administração Pública:

a) Em primeiro lugar, a ideia de diminuir o tamanho do Estado, pelo instrumento fundamental da privatização, ocorrida especialmente a partir da década de 80 e movida por fatores de ordem financeira, jurídica e política; (...)

b) outra consequência: a sociedade pluralista faz multiplicarem-se os interesses a serem protegidos; não se fala mais em interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. A proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa do Estado, que não mais tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, há uma necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento, significando, como uma das aplicações do

princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários grupos de interesses, representados por entidades particulares, partam à busca de seus próprios objetivos (...) c) Daí o crescimento das técnicas de fomento, já referidas, e dos inúmeros instrumentos de parceria do setor público com o privado; d) Ainda a subsidiariedade está na base da desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre a liberdade e autoridade.

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 sofreu influência do princípio da subsidiariedade, tendo em vista que permitiu a prestação de determinados serviços sociais pela iniciativa privada, inclusive com o fomento estatal. Essa tendência pode ser verificada no Título VIII “Da ordem social”. Para ilustrar esse fato¹¹, Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita o art. 199, relacionado ao direito à saúde:

No segundo dispositivo, cuida-se da saúde como atividade privada exercida pelo particular, por sua própria iniciativa; no §1º do art. 199 volta-se à ideia de parceria entre público e privado, ao prever-se que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (DI PIETRO, 2002, p. 36).

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade da prestação de serviços sociais pela iniciativa privada, em consonância com os princípios democráticos e da subsidiariedade, especificamente no que se refere à Administração Pública e o seu aparelhamento, houve incontestável burocratização, o que na opinião dos idealizadores da reforma representou um retrocesso.

De acordo com Bresser Pereira (1996, p. 14), mediante uma coalização política do Congresso constituinte, sem qualquer maior debate público, mergulhado em uma política populista e patrimonialista, que, representava a “volta ao capital mercantil”, houve um retorno ao modelo burocrático ao invés da inserção dos princípios da moderna Administração Pública.

Esse “retrocesso” burocrático teria sido uma resposta “ao clientelismo que dominou o país naqueles anos e também uma consequência de uma atitude

¹¹ Em relação aos demais serviços sociais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2002, p. 36 e ss.) corrobora o entendimento de que a Constituição não só permitiu a prestação por parte das pessoas jurídicas de direito privado, como também menciona a possibilidade de fomento estatal. Além disso, o texto constitucional menciona a importância da participação da sociedade e da família.

defensiva da alta burocracia que, sentindo-se injustamente acusada, decidiu defender-se de forma irracional (BRASIL, 1995, P. 31)”¹².

Essa tendência trazida pela Constituição Federal de 1988 estaria evidenciada no capítulo referente à Administração Pública. Segundo preceitua Bresser Pereira:

De um lado, ela é uma reação ao populismo e ao fisiologismo que recrudescem com o advento da democracia. Por isso a Constituição irá sacramentar os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo. Uma administração pública altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda a prioridade será dada à administração direta ao invés da indireta. A Constituição de 1988 ignorou completamente as novas orientações da administração pública. Os constituintes e, mais amplamente, a sociedade brasileira revelaram nesse momento uma incrível falta de capacidade de ver o novo (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 14)

De acordo com o Plano Diretor da Reforma administrativa, o Congresso Constituinte provocou o engessamento do aparelho estatal.

Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta¹³. (BRASIL, 1995, P. 31)

O mesmo entendimento é compartilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto à Administração Pública, a Constituição caminhou na contramão de direção. Revelou tendência inegável para a burocratização, uma vez que previu regime jurídico único para todos os servidores da Administração Direta, autarquia e fundações públicas; exigiu concurso público para todas as categorias, inclusive da Administração Indireta; beneficiou com a estabilidade um número muito elevado de servidores não concursados (art. 19 do ADCT); tratou de forma semelhante as entidades da Administração Direta e Indireta, sem ter o cuidado de distinguir as de direito público das de direito privado e sem distingui-las também em função do tipo da atividades que exercem (serviço público ou atividade econômica). Isto acabou por permitir que, sob vários aspectos, todas tivessem tratamento igual ou assemelhado, em termos de servidores públicos, contratos, licitação, controle, limitações financeiras e orçamentárias. (DI PIETRO, 2002, p. 38)

¹³ Especificamente em relação à ausência de flexibilização da administração indireta, Francisco de Assis Alves tece duras críticas (2000, p. 181).

Além da abdicação do modelo de Administração Pública gerencial em prol do modelo burocrático clássico, o que resultou no engessamento do aparelho estatal, outra crítica feita pelos idealizadores da reforma administrativa em relação à disciplina insculpida na Constituição Federal de 1988 estava na ingerência patrimonialista do processo, por meio da instituição de uma série de privilégios consolidados ou criados, como por exemplo, a estabilidade concedida a todos os servidores públicos, “diretamente vinculada à generalização do regime estatutário na administração direta e nas fundações e autarquias, a aposentadoria com proventos integrais sem correlação com o tempo de serviço ou com a contribuição do servidor” (BRASIL, 1995, P. 31).

Bresser Pereira (1996, p. 15) afirma que:

Essas benesses são uma espécie de tributo pago ao patrimonialismo ainda presente na sociedade brasileira e uma consequência do corporativismo que recrudescer com a abertura democrática, levando todos os atores sociais a defender seus interesses particulares como se fossem interesses gerais.

Ainda de acordo com o autor, o mais grave deles seria “o estabelecimento de um sistema de aposentadoria com remuneração integral, sem nenhuma relação com o tempo de serviço prestado diretamente ao Estado”. (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 15)

Em síntese, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado concluiu que, com o engessamento burocrático trazido pela Constituição de 1988, ocorreu “um encarecimento significativo do custeio da máquina administrativa, tanto no que se refere a gastos com pessoal como bens e serviços, e um enorme aumento da ineficiência dos serviços públicos”. Todas essas constatações, aliadas às crises fiscal, econômica e política vivenciadas no país após a Constituição Federal de 1988¹⁴, resultaram na proposta de Reforma do Aparelho do Estado, com a proposição de um modelo gerencial em conformidade com o aplicado nos países centrais.

¹⁴ De acordo com o Plano Diretor da Reforma as distorções provocadas pela Constituição Federal logo se revelaram e fizeram parte dos debates políticos (BRASIL, 1995, p. 22).

1.3.2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Com a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso a proposta por uma reforma administrativa, com a implantação do modelo gerencial, ganhou força, na medida em que o problema político da governabilidade teria sido equacionado com o retorno da democracia e a formação de um “pacto democrático reformista de 1994”, “que teria dado ao governo condições políticas para ocupar o centro político e ideológico e, a partir de um amplo apoio popular, propor e implementar a reforma do Estado”. (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 8).

Logo no início do seu mandato, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso¹⁵, por meio do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, coordenado pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, elaborou um amplo estudo de reforma administrativa, que resultou no conhecido “Plano Diretor da Reforma do Estado”, cujo objetivo era “criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais” (BRASIL, 1995, p. 6).

Em 21 de setembro de 1995, o “Plano Diretor da Reforma do Estado” foi aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, que era composta pelos Ministérios da Casa Civil, da Administração Federal e da Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e do Estado Maior das Forças Armadas. Na sequência, a proposta foi submetida ao Presidente da República, que a sancionou.

A partir das razões apresentadas pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, na exposição de motivos do mencionado Projeto, conclui-se que o Plano Diretor estava em consonância com a Administração Pública gerencial implementada nos países centrais, em especial: (i) a função regulatória do Estado, no quadro de uma economia de mercado, bem como nos serviços básicos que presta e nas políticas de cunho social que precisa implementar; (ii) reforma baseada em conceitos da administração e da eficiência; (iii) Administração Pública descentralizada; (iv) controle de resultados; (v) cidadão é um cliente privilegiado dos serviços públicos; (vi) reorganização das estruturas da Administração Pública, com ênfase na profissionalização do servidor; (vii) definição de tetos remuneratórios de

¹⁵ Acerca da Reforma Administrativa gerencial promovida no Brasil, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 32) assevera que foi marcada por fortes traços do Neoliberalismo, que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

servidores ativos e inativos; *(viii)* flexibilização da estabilidade e permissão para instituição de regimes jurídicos diferenciados (BRASIL, 1995, p. 6-8). Além disso, percebe-se que o projeto atendeu integralmente as reclamações em face da disciplina jurídica trazida pela Constituição Federal de 1988 em relação à Administração Pública.

Com o objetivo de sua implantação, o Presidente clamou, não só pelo apoio da população, como também dos servidores públicos, a quem competiria o cumprimento das suas diretrizes, o que, em outras palavras, representaria o êxito da reforma proposta. Somente com a dedicação e esforço de todos é que o Plano Diretor teria um completo êxito, o que, por consequência, representaria um modelo de justiça social por meio do qual o direito a uma vida digna seria garantido.

1.3.3 Os objetivos globais da Reforma Administrativa.

O Plano Diretor traçou os seus objetivos de tal forma a permitir que o Estado deixasse de garantir apenas os direitos patrimoniais, mas também atuasse complementarmente na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1995, p. 44).

Essa mudança de atribuições estatais não significaria tão somente melhorar a organização da Administração Pública, mas também suas finanças e todo o sistema institucional-legal, “de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil”. (BRASIL, 1995, p. 44).

A intenção da reforma seria permitir que os administradores públicos tomassem as decisões mais corretas e efetivas, bem como tornar a prestação dos serviços à sociedade de maneira mais eficiente. De acordo com o Plano Diretor:

Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”, e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: as “organizações sociais” (BRASIL, 1995, p. 44).

Além disso, o estudo que norteou a reforma administrativa gerencial propôs os seguintes objetivos globais:

Objetivos Globais:

Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos;

Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado e para a iniciativa privada;

Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União;

Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.

Estes são, portanto, os objetivos gerais elencados no Plano Diretor e que deveriam ser observados na implementação da reforma administrativa gerencial nele proposta. Conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Na fixação desses objetivos globais, nota-se a preocupação com a eficiência e com a aplicação do princípio da subsidiariedade, no sentido vertical (atuação da União em caráter subsidiário à dos Estados e Municípios) e no sentido horizontal (atuação do poder público em caráter subsidiário em relação à iniciativa privada e à atuação das entidades públicas não estatais). (DI PIETRO, 2002, p. 45).

Acrescente-se a eles os objetivos específicos para cada setor da Administração Pública, conforme classificação que segue na sequência.

1.3.4 O aparelho do Estado.

Como forma de implantar e atingir os objetivos elencados na reforma administrativa, de forma a tornar o aparato estatal moderno e eficiente, o Plano Diretor propôs um modelo no qual se distinguiu os seguimentos fundamentais característicos da ação estatal¹⁶. Com isso, a intenção era apresentar estratégias específicas para cada setor, de acordo com suas peculiaridades. Ao mesmo tempo, reconheceu que essa classificação era genérica e imperfeita, o que poderia ensejar a necessidade de modificações em virtude de eventuais lacunas ou dificuldades no estabelecimento de limites entre as fronteiras de cada setor (BRASIL, 2005, p. 40).

De acordo com o Plano Diretor, “o Aparelho do Estado ou administração pública lato senso compreende: (a) um núcleo estratégico ou governo, constituído pela cúpula dos três poderes, (b) um corpo de funcionários, e (c) uma força militar e

¹⁶ Essa classificação, de acordo com Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 33), foi feita a partir de critérios retirados da Ciência da Administração, e não da ciência do Direito.

policial” (BRASIL, 2005, p. 40). E, dentro essa concepção de Administração Pública, é possível distinguir quatro setores: (i) núcleo estratégico; (ii) atividades exclusivas; (iii) serviços não-exclusivos e; (iv) produção de bens e serviços para o mercado¹⁷.

Para cada um desses setores acima mencionados, os reformistas propuseram uma série de medidas e objetivos específicos.

1.3.4.1 Núcleo Estratégico

Conforme conceitua o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o núcleo estratégico:

Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas (BRASIL, 1995, p. 41).

Segundo proposto para esse setor em relação à gestão, seria imprescindível que as decisões fossem as melhores e efetivamente cumpridas, ou seja, que atendessem de maneira eficaz ao interesse nacional e correspondessem aos objetivos da sociedade brasileira. Em virtude dessas características, nas quais o princípio fundamental era a efetividade, defendia-se que houvesse um misto entre a Administração Pública burocrática e a gerencial.

Quanto aos objetivos específicos para o núcleo estratégico, os reformistas indicaram os seguintes:

Aumentar a efetividade do núcleo estratégico, de forma que os objetivos democraticamente acordados sejam adequada e efetivamente alcançados. Para isto, modernizar a administração burocrática, que no núcleo estratégico ainda se justifica pela sua segurança e efetividade, através de uma política de profissionalização do serviço público, ou seja, de uma política de carreiras, de concursos públicos anuais, de programas de educação continuada permanentes, de uma efetiva administração salarial,

¹⁷ Para Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 251), a Administração Pública brasileira passou a ser composta pelo: (i) Primeiro Setor (ou setor do núcleo estratégico) – formado pela cúpula dos três poderes e pelo Ministério Público; (ii) segundo setor – formado pelas agências executivas e reguladoras, responsáveis pela prestação dos serviços exclusivos dos Estados; e (iii) Terceiro Setor – formado pelas organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, entidades de apoio e serviços sociais autônomos.

ao mesmo tempo que se introduz no sistema burocrático uma cultura gerencial baseada na avaliação do desempenho.

Dotar o núcleo estratégico de capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas, responsáveis pelas atividades exclusivas de Estado, e com as organizações sociais, responsáveis pelos serviços não-exclusivos do Estado realizados em parceria com a sociedade (BRASIL, 1995, p. 45).

Denota-se, em síntese, que a intenção era no sentido de que as decisões deveriam ser adequadas e efetivamente alcançadas; a modernização da administração burocrática seria atingida por meio da profissionalização dos serviços públicos, o estabelecimento de políticas de carreira, a realização de concursos públicos, avaliação do desempenho dos servidores e da capacidade gerencial de supervisionar os contratos de gestão.

Ainda no que toca ao núcleo estratégico, indicou-se que os bens para sua implementação deveriam ser necessariamente estatais, com a consequente aplicação do regime jurídico de direito público.

1.3.4.2 Atividades exclusivas.

Quanto às atividades exclusivas o Plano Diretor assim se manifestou¹⁸:

É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc. (BRASIL, 1995, p. 41).

Nesse setor o princípio fundamental que deveria nortear sua gestão seria a eficiência, onde se buscaria uma relação ótima entre a qualidade e o custo de serviços colocados à disposição dos cidadãos (BRASIL, 1995, p. 41). Aqui seria indicado o modelo de Administração Pública gerencial.

Para o setor das atividades exclusivas seriam almejados os seguintes objetivos específicos:

¹⁸ Em síntese, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 33) indica que as atividades exclusivas do Estado “correspondem ao grupo de atividades no qual são prestados serviços exclusivos do Estado, que só o Estado pode realizar, como o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar”.

Transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão; o dirigente escolhido pelo Ministro segundo critérios rigorosamente profissionais, mas não necessariamente de dentro do Estado, terá ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição, desde que atinja os objetivos qualitativos e quantitativos (indicadores de desempenho) previamente acordados;

Para isto, substituir a administração pública burocrática, rígida, voltada para o controle a priori dos processos, pela administração pública gerencial, baseada no controle a posteriori dos resultados e na competição administrada. Fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social das mesmas.

Assim, em resumo, as propostas para esse setor diziam respeito à transformação das autarquias e fundações em agências autônomas, por meio de contratos de gestão, com autonomia para administrar os recursos a ela destinados; controle dos resultados previamente acordados; adoção de mecanismos para participação dos cidadãos na formulação de políticas públicas e no seu controle social.

Por fim, defendia-se que, em virtude do poder extroverso do Estado, os bens necessários às atividades exclusivas deveriam ser estatais.

1.3.4.3 Serviços não exclusivos.

O setor dos serviços não exclusivos, de fundamental relevância para a criação das organizações sociais, foi definido da seguinte maneira:

Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus (BRASIL, 1995, p. 41).

A partir do conceito acima transcrito, nota-se que os idealizadores da reforma administrativa alçaram ao rol dos serviços não exclusivos aquelas atividades relacionadas no título “ordem social” da Constituição Federal de 1988¹⁹, onde é

¹⁹ Diógenes Gasparini (2012, p. 522) assevera que o Estado buscou aproveitar a existência de associações civis e de fundações constituídas, organizadas e dirigidas por particulares segundo as regras do Direito Privado, sem fins lucrativos, para aproveitá-las, visando diminuir sua atuação nesse

permitida a atuação simultânea do Estado e da iniciativa privada, que poderá, inclusive, receber fomento estatal.

No que toca à forma de gestão, foi proposto que, assim como nas atividades exclusivas, os serviços não exclusivos seriam guiados pelo princípio da eficiência, segundo o qual a qualidade e o custo dos serviços prestados aos cidadãos são os principais objetivos. Por essa razão, aqui se aplicariam os ditames do modelo gerencial de Administração Pública (BRASIL, 1995, p. 43).

Os objetivos específicos traçados para essa área eram os seguintes:

Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.

Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.

Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.

Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.

Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor (BRASIL, 1995, p. 46).

Em relação a este setor evidenciou-se a nítida intenção de transferir as suas atividades ao denominado setor público não-estatal, por meio da publicização, com a conseqüente transformação das fundações públicas em organizações sociais, entidades sem fins lucrativos, que poderiam celebrar contratos de gestão com a Administração Pública e, por isso, receberiam fomento estatal²⁰. Essa medida visava aumentar a autonomia e a responsabilidade dos administradores públicos, a participação e o controle social e, principalmente, a qualidade e a eficiência desses serviços. Essa proposta estava intimamente vinculada ao princípio da subsidiariedade (TORRES, 2013, p. 76).

setor em que não age com exclusividade e, com isso, melhorar a prestação desses serviços, já que a Constituição Federal faculta essa parceria em mais de um de seus dispositivos, a exemplo dos arts. 199, §1º, 204, I, 205, 216, §1 e 227”.

²⁰ De acordo com Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 16): “o fomento é, das funções do Estado, a mais afeta ao princípio da subsidiariedade. O fomento constitui-se em um dos instrumentos da subsidiariedade”.

Vale o registro de que a necessidade de aplicação do princípio da subsidiariedade, por meio do setor público não estatal, também foi objeto de proposta em outros países, como a Argentina²¹, por exemplo:

A sociedade reivindica para si o intransferível direito a iniciativa privada “privilegiada”, de intervenção estatal “restringida”, que permita o desenvolvimento social pluralista, com divisão de competências, sem monopólios e com serviços públicos prestados fora do Estado por um modelo de “administração pública não estatal”. Em algumas missões, recentemente depois que não possa, que o mercado no acesse, o Estado deve. Antes no.

No processo de transformação do Estado, reconvertendo o setor público da economia no princípio da fundação subsidiária deve ser aplicado à estrutura da organização administrativa e empresarial do Estado.

(...)

O Estado intervém para suprir dos mais diversos modos a todas as comunidades intermedias localizadas entre ele e o individuo, só, repetimos, quando a força dessas instituições se mostre debilitada ou necessitada de impulso. Esses modos de ação podem ser: “fomentar”, “estimular”, “coordenar”, “suprir”, “completar” e “integrar” a iniciativa particular e coletiva, nos âmbitos social, económico, laboral, profissional, etc. (MENEM; DROMI, 1997, p. 43, tradução nossa).

Feita essa breve comparação com a proposta de reforma realizada na Argentina, é importante destacar que outra peculiaridade relacionada ao setor dos serviços não exclusivos, relacionada aos bens necessários para a realização das suas atividades, está assim disposta no Plano Diretor da Reforma Administrativa brasileira:

Não é a propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado. A propriedade pública não-estatal torna mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favorece a parceria entre sociedade e Estado. As organizações nesse setor

²¹ La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada “privilegiada”, de intervención estatal “restringida”, que permita el desarrollo social pluralista, con división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados afuera del Estado por un modelo de “administración pública no estatal”. Em algunas misiones, recién después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no.

Em el proceso de transformación del Estado, reconvirtiendo el sector público de la economía, el principio de la fundación subsidiaria debe ser aplicado a la estructura de la organización administrativa y empresaria del Estado.

(...)

El Estado interviene para suplir, de lo más diversos modos, a todas las comunidades intermedias ubicadas entre él y el individuo, sólo, repetimos, cuando la fuerza de esas instituciones se perciba debilitada o necesitada de impulso. Esos modos de acción pueden ser: “fomentar”, “estimular”, “coordinar”, “suplir”, “completar” e “integrar” la iniciativa particular y grupal, en los ámbitos social, económico, laboral, profesional, etcétera (MENEM; DROMI, 1997, p. 43).

gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição (BRASIL, 1995, p. 43).

Assim, os bens seriam considerados como propriedade pública não-estatal, o que representaria uma maior autonomia administrativa à entidade que prestasse o serviço não exclusivo e possibilitaria um controle social direto, por meio da participação popular nos conselhos de administração das entidades. Neste ponto, é importante registrar que essa medida foi questionada pela doutrina, por supostamente representar nítida intenção de fuga ao regramento jurídico de direito público²².

1.3.4.4 Produção de bens e serviços para o mercado.

Acerca do setor de produção de bens e serviços para o mercado, o Plano Diretor trouxe o seguinte conceito:

Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infraestrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida (BRASIL, 1995, p. 42).

Na concepção dos idealizadores da reforma administrativa esses bens e serviços são vinculados à atuação das empresas e à atividade econômica e só estavam sendo prestados pelo Estado porque faltou capital do setor privado e/ou por representaram atividades naturalmente monopolistas.

Em relação à gestão dessas atividades a intenção foi bem clara: enquanto estiverem no rol de atribuições do Estado deverão se pautar nos princípios gerenciais da Administração.

Quanto aos objetos específicos destinados a esse setor, as propostas também foram bem definidas para dar continuidade ao processo de privatização, por meio “do Conselho de Desestatização; reorganizar e fortalecer os órgãos de

²² Segundo alerta Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 73), “Essa ‘publicização’ não pode significar abandono do Estado com relação a tais atividades. O respeito ao princípio da subsidiariedade atesta atribuição do Poder Público de regular e fomentar tais prestações de interesse da coletividade, forjando instrumentos de controle social e participação da sociedade”.

regulação dos monopólios naturais que foram privatizados e; implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas” (BRASIL, 1995, 47). Em outras palavras, a intenção foi clara: privatizar²³.

No que concerne aos bens destinados às atividades desse setor, dada a possibilidade de coordenação por intermédio do mercado, seriam, via de regra, privados. Serviam como exceções os casos de inexistência de capitais privados disponíveis ou em decorrência de monopólio natural. Ainda assim, indicou-se a propriedade privada como a mais adequada, com a necessidade de acompanhamento por meio de um sistema de regulação (BRASIL, 1995, p. 44).

1.3.5 Processo de transição entre o modelo burocrático e o gerencial.

Os idealizadores do Plano Diretor estabeleceram como estratégia para a implantação da reforma gerencial, três fases: (i) a institucional-legal, que dizia respeito à reforma do sistema jurídico pátrio e das relações de propriedade; (ii) a cultural, que tinha como objetivo estabelecer a transição entre a mentalidade cultural burocrática para a gerencial; (iii) a gestão pública, a partir do aperfeiçoamento da Administração burocrática então vigente com a aplicação dos princípios da Administração gerencial (BRASIL, 1995, p. 48).

Essas dimensões pelas quais passaram a estratégia da reforma possuíam independência entre si e ao mesmo tempo eram complementares.

1.3.5.1 Dimensão Institucional-legal.

A estratégia relacionada à dimensão institucional-legal estava orientada no sentido de possibilitar as transformações pretendidas, o que aconteceria em três direções: (i) permissão para a focalização do Estado no atendimento das demandas

²³ A respeito do termo privatização, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2002, p. 40) traz as seguintes considerações: “Daí o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; daí a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; daí a delegação de serviços públicos ao particular, pelos institutos da autorização, permissão e concessão de serviços públicos; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; daí também a intensificação do instituto da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração”.

sociais básicas; (ii) facilitação do redirecionamento da maneira de atuar do Estado, que passaria de um papel executor para o de promotor do desenvolvimento social e econômico; (iii) criação das condições para a implementação do modelo de administração gerencial no setor de serviços do Estado (BRASIL, 1995, p. 49).

Para o sucesso dessas modificações seria necessário o “aperfeiçoamento” do sistema jurídico legal²⁴:

Para a operacionalização das mudanças pretendidas será necessário o aperfeiçoamento do sistema jurídico-legal, notadamente de ordem constitucional, de maneira a remover os constrangimentos existentes que impedem a adoção de uma administração ágil e com maior grau de autonomia, capaz de enfrentar os desafios do Estado moderno. Neste sentido, a reforma contempla a proposição de emendas constitucionais (BRASIL, 1995, p. 49)

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a promulgação da “Emenda nº 19/1998 foi o mais importante instrumento legitimador da almejada reforma da Administração Pública no Brasil, sendo, por esse motivo, conhecida como a Emenda da ‘Reforma Administrativa’”²⁵. Foi a partir das diretrizes nela inseridas que as “modificações nas relações Estado-agentes públicos, Estado-entidades privadas e Estado-entidades empresariais tem sido gradualmente implementadas desde então, por meio da edição de leis e atos infralegais”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2005, p. 65)

Os autores acima citados sintetizam as principais alterações legislativas promovidas pela reforma administrativa gerencial da seguinte maneira:

- 1) Flexibilização das relações jurídicas funcionais entre a Administração e seus agentes públicos: abolição da exigência de regime jurídico único (o que possibilitou, na esfera federal, a contratação de empregados públicos, regidos pela CLT, pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais), flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários, redução de direitos e vantagens legais dos servidores públicos etc.;
- 2) Possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da Administração Direta, mediante a celebração de contratos de gestão;
- 3) Previsão de ampliação da autonomia administrativa de autarquias e fundações públicas, que podem ser qualificadas como agências executivas mediante celebração de contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor, para o fim de cumprir objetivos e metas com este acertados;

²⁴ Francisco de Assis Alves propõe que a reforma administrativa se dê com a ajuda do direito, mediante aplicação dos princípios jurídicos. (ALVES, 2000, p. 319)

²⁵ José Benjamin De Lima (2013, p. 9) apresenta considerações acerca da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 e das leis ordinárias que a seguiram, como forma de implantação do “novo modelo de Estado”.

- 4) Parcerias com pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, não integrantes da Administração, para a prestação de serviços de utilidade pública e assistenciais, visando à futura transferência ao setor privado dessas atividades, com estímulo (repasso de recursos públicos) e fiscalização do Estado (celebração de contratos de gestão, possibilidade de desqualificação etc.);
- 5) Previsão de um estatuto próprio para empresas públicas e sociedade de economia mista exploradoras de atividades econômicas, integrantes da Administração indireta, que poderá prever, entre outras coisas, regras mais flexíveis para licitações e contratações;
- 6) Alteração na forma de criação das entidades da Administração Indireta, que passa a ser feita diretamente por lei específica apenas no caso das autarquias e por ato próprio do Poder Executivo no caso das demais entidades, após autorização específica;
- 7) Reestruturação de algumas carreiras entendidas como típicas de Estado e instituição de remuneração por subsídio, em parcela única;
- 8) Acréscimo, ao caput do art. 37 da Constituição, do princípio da eficiência, que passa a ser princípio expresso, informador de toda a atividade administrativa;
- 9) Estabelecimento de um teto constitucional único para remuneração dos servidores públicos e para os empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista que receberem recursos públicos. Esse limite aplica-se, inclusive, aos proventos de aposentadoria, sejam ou não acumulados com outros proventos ou com remuneração (ALEXANDRINO; PAULO, 2005, p. 67).

Houve também uma reforma parcial no sistema previdenciário; a privatização de inúmeras empresas estatais com atuação no domínio econômico e prestadoras de serviços públicos, bem como de praticamente todos os bancos estatais; as dívidas dos Estados-membros com a União foram amplamente renegociadas as dívidas, etc. (ALEXANDRINO; PAULO, 2005, p. 67).

É importante noticiar que essas alterações legislativas promovidas em decorrência da reforma administrativa foram objeto de críticas por parte de parcela da doutrina, especialmente em razão da “importação de modelos internacionais que não tinham a necessária relação de simetria jurídica com nosso ordenamento”, o que resultou em dificuldades na compreensão e aceitação de alguns elementos trazidos pela reforma, como, exemplo, “a estrutura de agências reguladoras e o instrumento administrativo denominado contrato de gestão, cujas disposições normativas exigiram, para garantia de sua validade, posterior adaptação constitucional” (TORRES, 2013, p. 70)²⁶.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa situação teve como resultado o fato de que o direito administrativo passou por cima do direito

²⁶ Conforme constata Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 40) a importação de modelos estrangeiros trouxe problemas à implantação da reforma administrativa, inclusive com o surgimento de leis inconstitucionais.

constitucional, na medida em que a “Administração Pública copia um modelo do direito estrangeiro e começa a aplicá-lo, muitas vezes, com afronta direta e flagrante à Constituição; depois é que vem a lei e, finalmente, a alteração da Constituição (quando vem)”. Em outras palavras, “em vez do direito administrativo desenvolver ou aplicar normas programáticas contidas na Constituição, ele vem se elaborando na frente e, muitas vezes, à margem da Constituição” (DI PIETRO, 2002, p. 40).

A autora cita, como exemplo, a gestão do patrimônio público e de determinados serviços públicos por entidades privadas ou paraestatais (associações, fundações, cooperativas e as organizações sociais), com a inobservância do regime jurídico constitucional imposto à Administração Pública, quando se sabe que a Constituição não deixa margem para essa duplicidade de regimes jurídicos (DI PIETRO, 2002, p. 41). Por fim, ainda destaca que a reforma gerou insegurança jurídica em virtude das incontáveis alterações e inovações introduzidas por meio de atos do Poder Executivo, assim como mediante resoluções e portarias expedidas pelos órgãos públicos.

1.3.5.2 Dimensão cultural e da gestão.

O Plano Diretor da reforma administrativa no Brasil também indicou que o processo transição teria como estratégia fundamental a mudança da cultura administrativa no país, sem a qual não seria possível implantar as demais. De acordo com o estudo:

Esta cultura, fortemente marcada pelo patrimonialismo recente, tem ainda um forte caráter burocrático, pois parte de uma desconfiança fundamental na possibilidade de cooperação e de ação coletiva. Os indivíduos são vistos como essencialmente egoístas e a-éticos, de forma que só o controle a priori, passo a passo, dos processos administrativos permitirá a proteção da coisa pública. A mudança para uma cultura gerencial é uma mudança de qualidade. Não se parte para o oposto, para uma confiança ingênua na humanidade. O que se pretende é apenas dar um voto de confiança provisório aos administradores, e controlar a posteriori os resultados. (BRASIL, 1995, p. 54).

Ademais essa mudança cultural também seria necessária para possibilitar a celebração de parcerias e cooperação do Estado com a sociedade, assim como no próprio âmbito da Administração Pública, entre administradores e funcionários públicos, entre governo e sindicatos (BRASIL, 1995, p. 54).

Acerca dessa alteração da mentalidade cultural, Francisco de Assis Alves traz as seguintes considerações:

Em outras palavras, é necessário que o plano de implantação das organizações sociais seja analisado sem desconfiança, sem temor pelo novo, sob pena de ser ele repellido, sem sequer, serem avaliados os benefícios que essa reforma visa atingir, quer sob o aspecto social, tornando mais eficaz a prestação dos serviços sociais, proporcionando melhor atendimento aos cidadãos, quer sob o aspecto econômico, com a diminuição do 'déficit' público, o que permitirá ao Estado concentrar mais recursos nas áreas que reclamam a sua intervenção direta. (ALVES, 2000, p. 314)

Ainda de acordo com o autor, um dos defensores da reforma administrativa gerencial, “ninguém deverá ser contra reformas quando essas se despontarem como úteis e, sobretudo, tem em si o objetivo de atenderem as necessidades sociais. Hoje em dia, tudo mudou. O mundo mudou, as relações, as instituições mudaram. Veio a globalização”. Em síntese, “a mentalidade pública administrativa precisa mudar para melhorar”. (ALVES, 2000, p. 319)

A estratégia de transição da reforma também passava pela mudança na dimensão-gestão, onde a Administração Pública se tornaria de fato mais eficiente, com a definição de indicadores de desempenho, com o treinamento e motivação do pessoal, bem como por meio da elaboração de plano flexíveis para o atingimento das metas estabelecidas (BRASIL, 1995, p. 54).

1.3.5.3 A dinâmica da transição.

Todas as alterações promovidas pela reforma administrativa gerencial e, por consequência, os objetivos e princípios estabelecidos no Plano Diretor, seriam implantados de forma gradual, almejando o cumprimento dos objetivos, a partir de uma sistemática de acompanhamento e avaliação dos resultados atingidos pelos projetos específicos para cada setor.

Portanto, a estratégia de reforma do aparelho do Estado não se esgotaria de plano, mas tinha como propósito tornar irreversível o processo por meio de resultados fixado para o curto, médio e longo prazo. Conforme o Plano Diretor:

A expectativa é de no curto prazo iniciar o processo de modernização da gestão através de ações que independam de modificações mais estruturais no sistema jurídico-legal. No médio prazo espera-se com a aprovação das emendas e respectivas regulamentações, além do projeto de Organizações

Sociais, dar continuidade ao processo de modernização da gestão de forma mais consistente a partir da combinação de ações tanto na dimensão institucional, quanto na da gestão. Finalmente, no longo prazo, o objetivo é consolidar o processo de mudança, a partir da ideia de sua irreversibilidade, dotando o aparelho do Estado de uma estrutura com um grau de flexibilidade tal que permita enfrentar os desafios de ajustamento que certamente serão impostos, porém, ainda, imprevisíveis. (BRASIL, 1995, p. 56).

Consoante se depreende do excerto acima transcrito, dentre as estratégias implementadas no médio prazo estava a aprovação do projeto das organizações sociais, fundamental para consecução dos objetivos específicos traçados pelos reformistas em relação aos serviços não exclusivos do Estado, o que de fato se concretizou por meio da promulgação da Lei nº 9.637/98.

Percebe-se, portanto, que um dos principais objetivos do modelo gerencial de Administração Pública passava justamente pela “delegação”, às organizações sociais, das atividades consideradas como não exclusivas, partindo-se do pressuposto de que os serviços seriam prestados com maior eficiência quando comparados àqueles desempenhados diretamente pelo Estado. Isso seria possível graças à flexibilização dos regimes jurídicos e a diminuição da burocracia.

A partir daí ocorreu a proliferação de entidades sem fins lucrativos que almejavam celebrar parcerias com a Administração Pública e, com isso, receber o fomento estatal. Esse fenômeno, ao mesmo tempo em que proporcionou o surgimento de entidades idôneas voltadas ao interesse público, também permitiu a celebração de parcerias que não cumpriram seus objetivos, seja porque a organização social não detinha a devida expertise para o desempenho das atividades ou então pela má aplicação e/ou desvio de recursos públicos.

Depois do decurso de mais de 02 (duas) décadas da reforma administrativa em questão, pode-se concluir que seus objetivos, na prática, não se confirmaram integralmente, tanto é que os serviços sociais considerados como não exclusivos permanecem precários e longe de ser devidamente prestados pelas organizações sociais. Essa realidade fica clara quando constantemente surge a discussão acerca da necessidade de se realizar uma nova alteração no modelo de Administração Pública.

Justamente em razão do fato do modelo gerencial não ter obtido o êxito esperado pelos seus idealizadores é que se torna necessária a discussão acerca da eventual responsabilidade do Estado em relação às parcerias com as organizações

sociais, tendo em vista que o ente estatal não pode simplesmente se desonerar das atribuições que a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, assegurados por meio das atividades não exclusivas.

2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Como estratégia central para implantação do “Plano Diretor da Reforma do Estado” estava a necessidade de elaboração de “um marco institucional de transição de atividades estatais para o terceiro setor e, com isso, contribuir para o aprimoramento da gestão pública” (BRASIL, 1995, p. 7) e que, ao mesmo, permitisse “a ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de ‘organizações sociais’” (BRASIL, 1995, p. 60).

Inspirado no modelo das organizações chamadas de ‘*quangos*’ (*quasi non-governmental organizations*), difundido no Reino Unido pelo governo de Margaret Thatcher e também adotado em outros países como a Austrália e Nova Zelândia (DI PIETRO, 2015, p. 620), o projeto das organizações sociais tinha como objeto (BRASIL, 1997, p. 74):

A ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais. Essa forma de parceria entre a sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos beneficiários envolvidos. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação os seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição.

Para Paulo Modesto (2001, p. 11), um dos maiores defensores do modelo das organizações sociais, a parceria com entidades da sociedade civil representaria uma das melhores soluções para enfrentar a ineficiência e a má prestação de serviços por parte de Estado, na medida em que:

Estimula a criação de entidades de fins comunitários, auto e hetero-limitadas para a persecução objetiva de fins coletivos (exigência de regras impessoais para comprar e plano de salários; existência de colegiado superior composto por fundadores, personalidades da comunidade e representantes do poder público; precisão de auditorias gerenciais e controle de resultados; fomento público condicionado à assinatura do contrato ou acordo de gestão com o Poder Público, definidor de metas e tarefas a cumprir; responsabilização direta dos dirigentes pela regular utilização dos recursos públicos vinculados ao acordo de gestão, entre outras garantias atualmente não exigidas para o deferimento do título de utilidade pública para as entidades privadas sem fins lucrativos). De outra parte, vale insistir que essas formas de cooperação privada e parceria com o Poder Público, de importância crescente na sociedade

complexa dos nossos dias, estão diretamente vinculadas à ideia de participação popular na esfera pública.

No mesmo sentido, Ilton Garcia da Costa (2015, p. 7) também destaca a importância das organizações sociais:

As Organizações Sociais na atualidade são atores imprescindíveis para a busca do bem comum, na proteção num sentido mais amplo da pessoa humana e dos bens sociais, atuando em diversos setores da sociedade em segmentos que o Estado muitas vezes não consegue eficiência ou a especificidade é tal que é preferível delegar ou compartilhar as ações.

Com “uma nova forma de participação popular na gestão administrativa” (ALVES, 2000, p. 185), seja na criação de entidades com fins comunitários para a persecução de fins coletivos, ou então por meio do controle social, o projeto das organizações sociais partiu do pressuposto de que os serviços de grande relevância social, como saúde e educação, seriam “otimizados mediante menor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientados para o cliente-cidadão mediante controle social”. (BRASIL, 1997, p. 13). Fato é que as expectativas criadas em relação ao projeto das organizações sociais estavam intimamente vinculadas às ideias de subsidiariedade e de participação popular.

Em relação ao princípio da subsidiariedade, Emerson Gabardo (2003, p. 168) faz as seguintes ponderações:

Por influência clara do princípio da subsidiariedade, a partir da construção teórica neoliberal é que passa a ser o objetivo do Estado a devolução de tarefas à sociedade. Se os indivíduos, nessa qualidade, podem prestar serviços de interesse coletivo, principalmente por meio de realizações mutualistas, não é eficiente que o Estado as mantenha sob sua responsabilidade. Assim é que o Estado passa a fomentar atividades de organismos não vinculados subjetivamente ao estado, sendo sua principal forma de indução a certificação por títulos especiais. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público justificam-se em função da nova concepção.

Aliada à subsidiariedade também está a necessidade de uma maior participação popular como fundamento de um Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Emerson Gabardo (2003, p. 165):

Cumprido salientar que a participação deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal, que,

embora não deva ser utilizado como subterfúgio para o afastamento do Estado, certamente não pode ser desprezado.

Na sequência, o autor conclui que, além da “atuação (e preocupação) política em sentido lato, a participação popular direta, notadamente junto à Administração Pública, é imprescindível mesmo no sistema representativo, característico da ‘democracia dos modernos’” (GABARDO, 2003, p. 165).

Outras considerações interessantes a respeito da participação popular²⁷, por meio da atuação direta da sociedade, foram tecidas por Rogério Gesta Leal (1997, p. 107):

A ideia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício da gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços ideológicos e novos instrumentos de participação.

A partir das premissas estabelecidas pelo modelo das organizações sociais, tais como as relacionadas aos princípios da subsidiariedade e o democrático, em 15 de maio de 1998 entrou em vigor a Lei Federal nº 9.637/98 (BRASIL, 1998), que dispôs sobre “a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais”.

É de se destacar que referida norma infraconstitucional é de observância obrigatória apenas no âmbito da União e diz respeito aos serviços públicos federais. Como “o título de Organização Social é uma prerrogativa do Poder Público que permite, com a sua concessão, o desempenho de atividades de fomento, é inegável que se está diante de matéria ínsita à organização administrativa” (BACELLAR; SCHIER, 2013, p. 309), razão pela qual, os Estados e Municípios, dotados de autonomia financeira e administrativa decorrentes do pacto federativo, não são obrigados a aderi-la.

Entretanto, nada impede que os demais entes federativos elaborem seus próprios diplomas normativos “com vistas à maior descentralização de suas atividades, o que podem fazer adotando o modelo proposto na Lei nº 9.637/1998 ou

²⁷ Fernando de Brito Alves traz interessantes lições a respeito da participação popular na efetivação da democracia e dos direitos à ela inerentes em sua obra: Constituição e participação popular – a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental.

modelo diverso, desde que, é óbvio, idênticos sejam seus objetivos” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 370).

Diante do fato de que as organizações sociais poderão ser disciplinadas de formas distintas em cada ente federativo, o presente estudo terá como escopo de análise a Lei Federal nº 9.637/1998, até porque foi essa norma quem trouxe as linhas norteadoras acerca dessas parcerias.

2.1 CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Estabelecidas as primeiras considerações relacionadas ao contexto no qual aludido diploma legal foi promulgado, é importante destacar, desde já, que não existe uma definição legal do que são as organizações sociais. No entanto, o artigo 1º da Lei nº 9.637/98 lança algumas ideias a respeito das referidas entidades:

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

Foi exatamente consubstanciada nessas características das organizações sociais é que a doutrina tentou conceituá-las.

Entre os pesquisadores estrangeiros, encontramos o conceito proposto por Boaventura de Souza Santos (1999, p. 14), segundo o qual, as organizações sociais “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.”

Dentre os autores brasileiros, pode-se destacar a definição de Francisco de Assis Alves (2000, p. 183), segundo o qual:

São pessoas jurídicas organizadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, que recebem o ‘título jurídico especial’ de organização social, conferido pelo Poder Público, mediante atendimento dos requisitos previstos expressamente em lei. A inovação, portanto, não está na estrutura da pessoa jurídica, mas, sim, na nova forma de parceria entre o ente privado e o Poder Público.

Interessante também é o conceito formulado por Paulo Modesto (2001, p. 06):

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado. Em sentido abrangente, as organizações sociais representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva ex parte príncipe) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva ex parte populi). No aspecto da parceria, as organizações sociais definem-se como instituições do terceiro setor (pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo), pois possuem o mesmo substrato material e formal das tradicionais pessoas jurídicas privadas de utilidade pública. Não são um novo tipo de pessoa jurídica privada nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos. Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses requisitos são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria entre o ente privado e o Poder Público.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 241), ao contrário de Paulo Modesto, é um dos maiores críticos ao modelo das organizações sociais, especialmente pela influência neoliberal que o projeto recebeu, entende que as organizações sociais são:

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

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 215), por sua vez, é ainda mais contundente nas críticas a essas entidades, rotulando-as, inclusive, como “entidades fantasmas”.

Trata-se de entidades constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com uma nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público. Embora não expressa essa intenção na lei, ela decorre implicitamente de todo o esquema montado e, principalmente, do fato de

ter-se deixado ao inteiro arbítrio do poder público a escolha da entidade que vai ser qualificada como organização social.

Portanto, conclui-se que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e que, uma vez qualificadas pelo Poder Executivo, por meio de uma decisão tomada a partir do preenchimento dos requisitos legais, poderão celebrar parcerias com a Administração Pública, o que se materializa mediante o contrato de gestão, cujo objeto é a prestação de serviços de relevância social e sua execução poderá ser incentivada por meio de fomento estatal.

2.2 REGIME JURÍDICO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Conforme anteriormente mencionado, o projeto das organizações sociais proposto pela reforma administrativa foi inspirado no modelo das organizações chamadas '*quangos*' (*quasi non-governmental organizations*), difundido no Reino Unido pelo governo de Margaret Thatcher, o que, para, Maria Sylvia Zanella explica (2015, p. 620) a dificuldade em enquadrá-las "nas categorias de pessoas jurídicas do direito administrativo brasileiro, na medida em que na Inglaterra não há uma Constituição escrita que norteie o regime jurídico da Administração Pública".

De fato a classificação das organizações sociais nas categorias das pessoas jurídicas da Administração Pública previstas no nosso ordenamento é uma tarefa difícil.

Apesar disso, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 370) entende que não se trata de um novo instituto, mas tão somente uma qualificação especial concedida pelo Poder Público a determinadas entidades da iniciativa privada sem fins lucrativos, por meio de decisão discricionária, desde que preenchidos determinados requisitos previstos em lei. Justamente por isso, as organizações não integrariam o sistema formal da Administração Pública, apesar de celebrarem parcerias com o intuito de promover atividades inerentes ao interesse público. De igual maneira, Lucia Vale Figueiredo (2008, p. 165) considera as organizações sociais como entidades de natureza privada, alheias à estrutura estatal e com as quais o Poder Público se dispõe a manter parcerias.

Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 114), por sua vez, defende a ideia de que as organizações sociais se submetem a um regime jurídico híbrido, pois, mesmo se tratando de pessoas jurídicas de direito privado, com a sua qualificação e a posterior

celebração do contrato de gestão, “passam a prestar serviços públicos, receber auxílio material e financeiro, devendo, ainda, submeter-se aos mandamentos do direito público no tocante ao controle dos atos estatais”.

Para outros autores, especialmente àqueles críticos ao instituto das organizações sociais, o legislador teve a nítida intenção de fugir do regime jurídico de direito público, com o repasse de serviços sociais às entidades privadas, sem a necessidade de promover qualquer processo licitatório e concurso público, o que, segundo Fernanda Amorim Sanna (2010, p. 236), não obteve êxito, pois essas organizações “devem respeitar o arcabouço legislativo a que é submetido o Poder Público, exigindo da entidade privada a submissão ao regime jurídico publicístico”.

Já Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 144) tem uma visão ainda mais radical. O autor propõe que as organizações sociais, a partir do momento em que celebram contrato de gestão com a Administração Pública e, para a execução dessas atividades relacionadas aos serviços sociais, recebem fomento estatal, deverão ser publicizadas. Assim, “ao receber a qualificação de OS e celebrar o contrato de gestão, a entidade pública torna-se pessoa jurídica de direito público, transforma-se numa autarquia”.

Em que pese os diferentes posicionamentos doutrinários em relação aos regimes jurídicos aos quais as organizações sociais estão submetidos, fica claro que essas entidades têm natureza jurídica de direito de privado e não são integrantes da Administração Pública, seja ela direta ou indireta. No entanto, é importante salientar que, ao celebrarem contrato de gestão, o que lhes confere a possibilidade de prestar atividades relacionadas aos serviços sociais e também ao recebimento de fomento estatal, devem se submeter, em linhas gerais, a algumas premissas relacionadas à Administração Pública, como a fiscalização, por exemplo.

2.3 OBJETO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

O já citado artigo 1º da Lei nº 9.637/98, além de traçar os contornos gerais relacionados às organizações sociais, tipifica também quais são as atividades que poderão ser por elas prestadas, por meio das parcerias com a Administração Pública, quais sejam: “ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

O rol de atividades acima assinalado é exaustivo e reúne àqueles serviços que, apesar de serem de fundamental importância para a sociedade, poderão ser prestados não só pelo Estado, mas também pela iniciativa privada e com o auxílio da família e da sociedade. Dita conclusão se extrai do disposto no Título VIII da Constituição Federal, intitulado “Da Ordem Social”.

Em todos os serviços e direitos fundamentais nele previstos, nota-se a possibilidade de que a iniciativa privada possa executá-los, inclusive com o recebimento de fomento estatal, em cristalina inspiração no princípio da subsidiariedade. Assim é nos setores de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente (CF, art. 225).

Francisco de Assis Alves (2000, p. 188) retratou com perfeição a intenção do legislador pátrio ao permitir que as organizações sociais prestassem serviços relacionados às áreas de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente:

O que se preconiza com as chamadas organizações sociais é justamente mudar a administração nas áreas em que, além de não serem exclusivas do Estado, são de vital importância para a garantia dos direitos individuais, coletivos e sociais, como saúde, educação, cultura, ciência, tecnologia e meio ambiente. Pretende-se mudar radicalmente o modelo de gestão de hospitais, instituições de ensino, museus, parques nacionais e centros de pesquisas, transferindo sua administração para as organizações sociais, entidades privadas sem fins lucrativos. Com isso, pretende-se que os contratos celebrados por essas entidades estejam livres das dificuldades produzidas pelas atuais regras de licitação e pela obrigatoriedade do concurso público. Deseja-se com essa nova sistemática, melhorar o uso dos recursos públicos em benefícios para a comunidade.

Ainda segundo o autor seria imprescindível que o Estado não só permitisse a atuação das organizações sociais nessas áreas, como também pudesse incentivá-las, inclusive por meio de recursos financeiros, de forma que “seja possível ao Estado dar cumprimento ao seu dever constitucional de realizar suas tarefas sociais, até hoje, praticadas de maneira notoriamente insatisfatória.” (ALVES, 2000, p. 189)

Uma vez apresentado o posicionamento daqueles que, assim como Francisco de Assis Alves, defenderam a reforma administrativa e, por consequência, a atuação das organizações sociais em áreas intimamente ligadas a consecução de direitos fundamentais, torna-se necessário trazer também os argumentos dos autores contrários a este projeto, sobretudo por reputá-lo como inconstitucional.

2.3.1 A suposta inconstitucionalidade da lei das organizações sociais em relação aos objetos das parcerias.

Conforme anteriormente mencionado, tanto a Reforma Administrativa quanto a Lei nº 9.637/98 sofreram fortes críticas por parte de pesquisadores do direito, que as consideram como inconstitucional, justamente por se tratar de uma privatização disfarçada, por meio da qual o Estado se desonera do dever de prestação de serviços sociais de relevante importância para a garantia dos direitos fundamentais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 246), por exemplo, todas as áreas passíveis de parcerias com as organizações sociais seriam serviços públicos e, por isso, não poderiam ser delegados à iniciativa privada. Além disso, são deveres do Estado, conforme atribuído pela Constituição Federal de 1988:

Já no caso em que se pretenda promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, irrompe uma aberrante ofensa ao artigo 175 da Constituição, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Demais disto, cumpre tomar tento para o fato de que, no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é “dever do Estado” e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.

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

Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 111), por sua vez, é ainda mais contundente ao vincular a reforma administrativa e as organizações sociais a um projeto do neoliberalismo, que propõe a privatização de atribuições típicas do ente estatal como educação e saúde²⁸:

Essas organizações sociais encontram-se na esteira da Emenda Constitucional 19, de 05.06.1998, que cuidou da chamada reforma administrativa, proposta sob a ótica do neoliberalismo que almeja o Estado ‘mínimo’, no qual também aquelas atribuições típicas do Estado, como

²⁸ De acordo com Takayuki Tamura, Mercia Miranda Vasconcellos e Gilberto Giacoia (2015, p. 198), a saúde está localizada no rol dos direitos da 2ª geração, ou seja, “são aquelas prestações positivas do Estado para a satisfação de um determinado direito”.

saúde e educação, poderiam passar para o controle da iniciativa privada. As instituições denominadas 'organizações sociais', que tiveram e têm no Ministro Bresser Pereira seu maior propulsor, não tem o objetivo de colocar o Estado sob o controle da sociedade, mas sim, de privatizá-lo ainda mais, entregando-o, até nos setores mais elementares, como saúde, a pequenos grupos econômicos que se revezam e se cotizam para dominar agora também os espaços públicos 'disponíveis'.

Fato é que lei das organizações sociais foi considerada por parte da doutrina, como inconstitucional, pois afrontaria o disposto no art. 175 da Constituição e, sobretudo, o Estado do Bem-Estar Social (VIOLIN, 2006, p. 203).

Os argumentos trazidos por essa corrente ganharam ainda mais força quando a Lei 9.637/98 previu, nos seus artigos 18 a 23, a extinção de determinados órgãos públicos e a sua transformação em organizações sociais, que prestariam as mesmas atividades, e, para isso, receberiam fomento estatal. Essa foi a conclusão de Lucas Rocha Furtado (2010, p. 235):

A lei nº 9.637/98 explicita a sua intenção de extinguir determinadas entidades públicas – em especial fundações públicas -, de criar em seu lugar entidades privadas que não integrariam a Administração Pública, de transferir a atividade pública desempenhada pela entidade extinta para a nova entidade, de qualificar esta como OS e de mantê-la com recursos públicos transferidos por meio de contrato de gestão. Essa intenção parece-nos inconstitucional.

Em sentido contrário, na defesa da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98, Gustavo Justino de Oliveira (2013, p. 88) defende que, apesar do disposto nos artigos 18 a 23, não há uma tentativa privatização das funções estatais, pois a Constituição Federal possibilita o exercício das atividades relacionadas aos serviços não exclusivos de forma concorrente entre o Estado e a iniciativa privada. Ainda segundo o Autor é necessária a superação de determinados dogmas para a aceitação de novos modelos, como forma de fortalecer “as novas formas colaborativas público-privadas aplicadas a áreas sensíveis e, por via de extensão, do próprio desenvolvimento da sociedade civil brasileira.” (OLIVEIRA, 2013, p. 95)

Em 16 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, por meio da qual se questionava a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98.

No que se refere aos apontamentos quanto à inconstitucionalidade decorrente da violação ao art. 175 da Constituição Federal, a nossa Corte Constitucional assim decidiu:

2. 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 '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.

A partir da leitura da emenda da referida decisão, percebe-se que os Ministros, em sua maioria, acompanhando voto divergente do Ministro Luiz Fux, entenderam que as atividades relacionadas aos setores de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente são serviços públicos sociais e que são deveres tanto do Estado quanto da sociedade, razão pela qual poderão ser prestadas também pela iniciativa privada sem qualquer violação ao art. 175, caput, da Constituição Federal.

Até mesmo os questionados artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 foram considerados como constitucionais, por representarem uma decisão de natureza política:

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feito no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo momento de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

Em que pese esse tenha sido o posicionamento adotado pela Corte Constitucional, registre-se o voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio e acompanhado pela Ministra Rosa Weber, onde, fundamentado nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, reputa como inconstitucional alguns dispositivos legais contidos na Lei nº 9.637/98, dentre os quais o art. 1º, que elenca as atividades que poderão ser executadas pelas organizações sociais.

Resta cristalino, portanto, que apesar da discordância de parcela da doutrina, o Supremo Tribunal Federal chancelou a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e, por consequência, a possibilidade de celebração de parcerias entre a

Administração Pública e as organizações sociais tendo como objeto as seguintes atividades: saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente.

2.4 QUALIFICAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Para que uma entidade sem fins lucrativos possa celebrar contratos de gestão com a Administração Pública e, com isso, desempenhar atividades de tamanha relevância social, é indispensável que o ente público lhe outorgue um título, que se assemelha ao título de utilidade pública recebido pelas demais entidades sem fins lucrativos.

De acordo com Paulo Modesto (2001, p. 06):

A todo rigor, portanto, nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em uma qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público, facultativo e eventual, semelhante em muitos aspectos à qualificação deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o título de utilidade pública.

Essa qualidade jurídica conferida pelo Poder Público faz incidir sobre as instituições reconhecidas um plexo de disposições jurídicas especiais, que asseguram vantagens e sujeições incomuns para as tradicionais pessoas jurídicas qualificadas pelo título de utilidade pública. Em qualquer dos dois títulos referidos, porém, dá-se um plus à personalidade jurídica das entidades privadas, que passam a gozar de benefícios especiais não extensíveis às demais pessoas jurídicas privadas (benefícios tributários e vantagens administrativas diversas).

A referida outorga do título de organização social a uma entidade sem fins lucrativos produz, de acordo com Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 117), dois efeitos jurídicos: o imediato e o mediato. Quanto ao primeiro, trata-se do reconhecimento da qualidade de interesse social e utilidade pública da pessoa jurídica qualificada como organização social e independe da prática de qualquer ato administrativo subsequente. O efeito mediato, por sua vez, depende de um ato posterior do Poder Público, qual seja a celebração do contrato de gestão.

Um dos principais benefícios trazidos pela outorga do título de organização social diz respeito ao fato de que, além da possibilidade de obtenção de fomento estatal, essas entidades contam com isenção fiscal (MARTINS, 2015, p. 137). Francisco de Assis Alves (2000, p. 198) acrescenta ainda que elas estão desobrigadas de encargos previdenciários e tributários.

2.4.1 Os requisitos para qualificação

O Poder Público só poderá atribuir tais benefícios quando a entidade sem fins lucrativos cumprir os requisitos previstos no art. 2º da Lei nº 9.637/98, dentre os quais: não ter fins lucrativos, ter como objeto social uma daquelas atividades estabelecidas no art. 1º, possuir Conselho Administrativo e Deliberativo com participação de membros do Poder Público e da sociedade civil, etc.

De acordo com o estabelecido no art. 2º da Lei 9.637/98, para que a entidade privada possa ser qualificada como organização social deverá prever no Estatuto que seu objeto de atuação está ligado “ao interesse comum de toda a coletividade ou, ao menos, no interesse comum de parte considerável desta” (ROCHA, 2003, p. 91). Logo, deverá ter como objetivo a prestação dos serviços relacionados àqueles elencados no art. 1º, quais sejam: ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Em virtude desse rol exaustivo, não há que se falar em qualificação de uma entidade que exerça atividade diferente, como, por exemplo, a desportiva.

Especificamente em relação à educação, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 93) salienta que a entidade privada não precisa restringir sua atuação aos tradicionais ensinos fundamental, médio ou superior, mas também poderá exercer atividades voltadas aos cursos profissionalizantes, de línguas, artes, ou, em outras palavras, todas aquelas que preparem as pessoas para o exercício da cidadania.

O mesmo autor (ROCHA, 2003, p. 95) também faz referência às entidades que prestam atividades vinculadas a ideia de difusão ou defesa dos valores culturais do Brasil, tais como as culturas indígenas e afro-brasileiras, que, de igual maneira, poderão receber o título de organização social.

Outro requisito imprescindível para que uma entidade faça jus à outorga da qualificação é a sua finalidade não lucrativa, bem como a previsão estatutária de que os excedentes financeiros porventura obtidos sejam direcionados ao desenvolvimento das próprias atividades.

Referida exigência retira de plano a possibilidade de que uma sociedade, cujo objetivo seja o lucro, possa receber o título de organização social, o que leva à conclusão de que, conforme o modelo vigente no país, somente as associações civis ou as fundações poderão ser qualificadas como tal.

Por outro lado, Regina Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 65) fazem importante ressalva ao afirmarem que “o fato destas entidades não visarem o lucro não significa que tenham de desenvolver suas atividades de modo gratuito”, de modo que poderão cobrar contrapartidas pela prestação dos serviços, desde que esses valores sejam revertidos em proveito da execução das atividades por elas desenvolvidas.

Além dos requisitos anteriores, a Lei nº 9.637/98 inovou ao determinar que a entidade privada postulante ao título de organização de social tenha previsto no seu estatuto a existência de órgãos de deliberação superiores, quais sejam a Diretoria e o Conselho de Administração.

Quanto à Diretoria, sua composição e atribuições deverão ser definidas no seu Estatuto, onde é aconselhável “estabelecer o número mínimo e a identificação de cada diretor, assim, por exemplo, Diretor Presidente, Diretor Executivo, Diretor Financeiro ou outra categoria que possa representar as atividades de cada um dos diretores” (ALVES, 2000, p. 188).

Para o autor (ALVES, 2000, p. 197), tais medidas são imprescindíveis para o perfeito funcionamento administrativo da entidade, tendo em vista que compete à “Diretoria administrar os assuntos de interesse da entidade, de acordo com a orientação do Conselho de Administração”, bem como “cumprir e fazer cumprir as deliberações do Conselho de Administração e as regras estatutárias regulamentadoras das atividades de sua alçada”.

Já o Conselho de Administração da organização social mereceu maior atenção do legislador, que o regulamentou nos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.637/98. De acordo com Francisco de Assis Alves (2000, p. 195), “é o órgão deliberativo e normativo da organização social. É o seu órgão superior que, através de suas deliberações irá ditar a política administrativa da organização social, a ser executada pela Diretoria”.

Aspecto interessante referente a este Conselho deliberativo diz respeito a sua composição, na medida em que a Lei nº 9.637/98 estabelece a necessidade de que seja composto de associados, representantes do Poder Público, da sociedade civil e pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral²⁹ (ROCHA, 2003, p. 98). Dita distribuição deverá obrigatoriamente observar as

²⁹ Além da idoneidade moral e da notória capacidade profissional, os conselheiros desse órgão não devem receber remuneração pelos serviços prestados à entidade, salvo ajuda de custos por reunião da qual participem. Na hipótese de assumirem função na Diretoria, deverão renunciar ao cargo no conselho da Administração (VIOLIN, 2006, p. 204).

condições estabelecidas no estatuto da entidade, e, conseqüentemente, no diploma normativo.

Essa exigência de participação de variados segmentos no Conselho de Administração da organização social foi objeto de críticas por parte de Francisco de Assis Alves (2000, p. 195), pois “a introdução de membros estranhos à entidade, poderá resultar até na perda do controle administrativo da entidade candidata à qualificação como organização social”.

Sob outro ponto de vista, Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 103) entende que o fato da Lei nº 9.637/98 exigir a participação de representantes do Poder Público na composição do Conselho de Administração, com participação mínima de 20% (vinte por cento) e máxima de 40% (quarenta por cento), revela a nítida intenção de legitimar a ingerência estatal na organização social, o que, somado à determinação de que esse órgão seja composto por pessoas de notória capacidade e idoneidade moral³⁰, “diminuem a possibilidade de utilização de ‘laranjas’ na estrutura gerencial da entidade”.

Essa discussão acerca da participação de integrantes vinculados à Administração Pública no Conselho de Administração e sua respectiva participação na composição também foi objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923, oportunidade na qual restou decidido que:

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que depende, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

Neste ponto o entendimento da nossa Corte Suprema foi correto, tendo em vista que a entidade postulante ao título de organização social deverá preencher os requisitos legais impostos pela Lei nº 9.637/98, dentre os quais a composição do Conselho de Administração. Não obstante, entre os inúmeros equívocos contidos no referido diploma, a ideia de inserir integrantes do Poder Público no órgão deliberativo da entidade foi uma solução adequada quando se leva em consideração o interesse público em tela, notadamente quando relacionado à importância dos serviços sociais por elas prestados.

³⁰ Nesse ponto, Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 112) critica a inexistência de critérios acerca da comprovação da capacidade e qualificação dos instituidores e dirigentes das organizações sociais.

2.4.2 A decisão discricionária acerca da qualificação das organizações sociais.

Surge como último requisito para o deferimento do título de organização social, depois de cumpridas as demais exigências, “a sua aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, cuja análise competirá ao “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 Estado³¹”, consoante determina o inc. II do art. 2º da Lei nº 9.637/98.

A utilização do termo “conveniência e oportunidade” pelo legislador conferiu discricionariedade à decisão por parte do administrador público, que poderá deferir ou negar o requerimento conforme sua vontade, independentemente do preenchimento dos demais requisitos.

Para Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 100) essa opção revela a manifesta intenção “do Governo à época, absorvida pelo produto das discussões no Poder Legislativo, de transferência de entidades públicas para o denominado setor público não-estatal, com a posterior qualificação como organizações sociais”. Já Juarez Freitas (1999, p. 186) acredita que essa discricionariedade, que possibilita decisões arbitrárias por parte do administrador, “ocorreu certamente porque o Governo temia uma explosão (inocorrente) de pedido de qualificação”.

Como forma de evitar essa eventual arbitrariedade na decisão acerca da qualificação, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 113) propõe o “controle por meio das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes e pelos princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade”, o que será feito a partir da obrigatória motivação do ato administrativo, seja nas hipóteses de deferimento ou indeferimento. Caso não haja a devida exposição das razões fáticas e jurídicas, o ato será invalidado e ensejará o dever de proferir uma nova decisão.

O controle do ato decisório também poderá ocorrer mediante a aplicação da teoria do desvio do poder, quando restar configurado que o administrador, ao apreciar o requerimento de qualificação, não o fez de acordo com o interesse

³¹ Regina Ney Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 66) alertam para o fato de que o Ministério de Estado da Administração e Reforma do Estado não existe mais. Atualmente o órgão correspondente é o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

público, mas sim com a incontestável intenção de beneficiar ou prejudicar a entidade e/ou seus dirigentes. Nesses casos, o ato será invalidado, o que resultará na necessária tomada de uma nova decisão (ROCHA, 2003, p. 115).

A opção adotada pelo legislador ao deferir a apreciação do pedido de qualificação, conforme a oportunidade e conveniência do administrador, está inserida no rol de críticas feitas ao modelo das organizações sociais. Nas palavras de Luciana de Medeiros Fernandes (2009, p. 371):

A discricionariedade conferida ao Poder Executivo e, mais especificamente, à parcela dessa estrutura, ausentes quaisquer critérios objetivos ou diretrizes substantivas de seleção, tem sido tratada como aniquiladora das conquistas do Estado Democrático de Direito, representados, pelos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

No mesmo sentido, Lucia Vale Figueiredo (2008, p. 165) reputa a discricionariedade como um autêntico cheque em branco ao Executivo, por meio de seus Ministros, “irrompendo-se contra a isonomia, facilitando-se toda a espécie de corrupção e protecionismo administrativo, infelizmente tão comuns em países sem tradições sólidas com o nosso”.

Fernando Borges Mânica (2007, p. 185) reputa a ausência de critérios para a escolha da entidade a ser qualificada como organização social como uma das principais inconstitucionalidades contidas na Lei nº 9.637/98. Diante dessa discricionariedade, que poderia ensejar o “golpe da caneta”, Tarso Cabral Violin (2006, p. 206), assevera que a qualificação de uma entidade dependeria da realização de prévia licitação ou processo de escolha que atenda aos princípios atinentes ao direito administrativo.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 116), de igual maneira, defende a inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 9.637/98 justamente por ferir o princípio da isonomia, levando-se em consideração a hipótese na qual duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo, pedem a qualidade de organização social e a Administração escolherá discricionariamente apenas uma delas. Nos casos em que não haja a possibilidade de qualificação de todas as entidades solicitantes, o autor propõe a realização de um processo licitatório, onde sejam garantidos critérios objetivos e imparciais.

Ronny Charles Lopes de Torres (2003, p. 100) propõe uma linha crítica mais tênue, no sentido de que, em pese a má-técnica legislativa, a discricionariedade

contida no art. 2º, II da Lei nº 9.637/98 não retira do administrador o dever de observar os preceitos constitucionais, dentre os quais o princípio da isonomia.

De outro giro, Regina Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 68) entendem que a discricionariedade deferida ao administrador deve ser compreendida como o dever de analisar aspectos não previstos nos art. 1º e 2º da Lei nº 9.637/98, mas que, diante da análise do caso concreto, são relevantes para a produção do ato.

Finalmente, Gustavo Justino de Oliveira (2003, p. 92) defende que não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia no fato da qualificação de uma entidade como organização social não ser precedida de um processo licitatório. Para o autor, basta que seja feita “uma fase de verificação, baseada em critérios objetivos, para a averiguação de sua capacidade técnico-gerencial e de comprovação de expertise na área em que suas atividades são desenvolvidas”.

As questões relacionadas à qualificação e a discricionariedade da decisão do administrador também foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal na oportunidade do julgamento da ADI nº 1923:

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de 'organização social', para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência do art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

Denota-se, portanto, que os Ministros decidiram que a qualificação não necessita ser precedida de processo licitatório, posto que sua figura assemelha-se à figura jurídica do credenciamento, na medida em que todos os interessados que atenderem aos demais requisitos poderão receber a outorga do título de organização social. Ao mesmo tempo determinou a interpretação do art. 2º, II da Lei

nº 9.637/98 conforme a Constituição Federal, especialmente no que se refere ao dever de transparência, motivação e publicidade.

2.5 CONTRATO DE GESTÃO CELEBRADO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Uma vez concedido o título de organização social a uma entidade, ela poderá celebrar parcerias com o Poder Público, por meio de um instrumento jurídico denominado de Contrato de Gestão, que foi descrito pelo art. 5º da Lei nº 9.637/98 como “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 das atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

Os idealizadores da reforma administrativa e do projeto das organizações inspiraram-se nos contratos de gestão originários da França, materializados nos contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos, que tinham como propósito o controle de gestão do setor público (VIOLIN, 2006, p. 250).

Em virtude dessa origem alienígena ao nosso ordenamento jurídico, especialmente quando se leva em consideração que a França possui um direito administrativo em grande parte jurisprudencial, mais flexível e aberto às inovações propostas pela Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 200) revela as dificuldades em relação à aplicação desse instrumento em nosso país:

Não é fácil discorrer sobre o tema, por diversas razões: em primeiro lugar, porque ele é novo no direito brasileiro, sendo pouco tratado pela doutrina e praticamente inaplicado no âmbito judicial; em segundo lugar, porque ele não está disciplinado, de forma genérica, no direito positivo, a não ser em leis esparsas relativas a contratos específicos com entidades determinadas; em terceiro lugar, porque ele assume diferentes contornos, conforme o interesse da Administração Pública em cada caso; em quarto lugar, porque, inspirado no direito estrangeiro, adapta-se mal à rigidez de nosso direito positivo. A França, que parece ter sido o berço do instituto, tem um direito administrativo em grande parte jurisprudencial, muito menos legislado do que o nosso, deixando muito mais espaço para as inovações feitas pela Administração Pública.

Tamanha dificuldade decorrente da importação dessa figura ao direito administrativo brasileiro se comprova com o fato de que a expressão “contrato de gestão” poderá indicar dois instrumentos totalmente distintos. Nas palavras de Regina Nery Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 70), este termo poderá ser utilizado

para: “estabelecer parcerias entre órgãos e entidades da Administração direta e indireta e o próprio Poder Público” ou então “para a Administração Pública contratar com as chamadas organizações sociais, com vistas a realizar a gestão admitida de entidades privadas, em atividades de interesse público”.

Lucas Rocha Furtado (2010, p. 234) apresenta as diferentes facetas do contrato de gestão da seguinte maneira: “o contrato de gestão celebrado com fundamento no art. 37, § 8º, da Constituição Federal, objetiva ampliar a autonomia de órgãos e entidades públicos”, enquanto “o contrato de gestão celebrado com fundamento na Lei nº 9.637/98, com organizações sociais, objetiva fixar metas de desempenho e repassar recursos públicos”.

2.5.1 Natureza jurídica dos contratos de gestão.

Outro aspecto referente aos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais diz respeito a sua natureza jurídica: para alguns consistem em contratos administrativos, enquanto outros defendem a ideia de que são acordos administrativos colaborativos, semelhantes aos convênios.

A esse respeito é interessante o posicionamento de Tarso Cabral Violin (2006, p. 260), no sentido de que os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais são contratos administrativos, tendo em vista que:

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

De igual maneira Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 240) entende que esses instrumentos retratam a figura do contrato administrativo, assim como as demais avenças celebradas entre a Administração Pública e os particulares, com a única diferença de que neste caso o legislador, inconstitucionalmente, dispensou a necessidade de licitação e todos os demais tipos de cautela.

Sob outro ponto de vista, parte da doutrina afasta o entendimento de que os contratos de gestão representam um contrato administrativo, mas sim um acordo

operacional entre a Administração e a entidade privada (MEIRELLES, 2011, p. 275). Referida conclusão se deve principalmente ao fato de que, na visão dessa corrente, não existem prestações recíprocas, na medida em que há uma atuação conjunta para a realização de interesses comuns, inexistindo, portanto, perspectivas antagônicas (FERRARI; FERRARI, 2007, p. 71).

Gustavo Justino de Oliveira (2013, p. 74) propõe que os contratos de gestão na realidade são acordos administrativos colaborativos, em razão das seguintes razões:

(i) o ajuste em tela não tem por objeto adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos, (ii) há a conjugação de vontades para a realização de um interesse comum a ambas as partes; (iii) o vínculo instaurado pelo ajuste ora enfocado institui uma parceria, não originando (a princípio) prestações equivalentes entre as partes, embora possa estabelecer compromissos recíprocos com efeitos vinculantes e (iv) o conteúdo do ajuste é dotado de patrimonialidade (característica dos contratos administrativos), embora do vínculo associativo formado decorram repercussões de ordem financeira.

Justamente devido a esses motivos, especialmente pela existência de interesses comuns entre o Poder Público e as organizações sociais, qual seja a prestação dos serviços sociais, Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 113) enquadra a figura do contrato de gestão na classificação dos instrumentos relacionados aos convênios. Compartilha da mesma opinião José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 367), segundo o qual:

A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato neste tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, este tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.

O Supremo Tribunal Federal, quando provocado a enfrentar os questionamentos relacionados à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98, adotou posicionamento semelhante, ao equiparar o contrato de gestão à figura do convênio:

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura,

desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

Restou, assim, definido pela nossa Corte Constitucional que os contratos de gestão têm natureza jurídica de um convênio, razão pela qual não há que se falar na sua submissão às normas atinentes aos contratos administrativos.

2.5.2 Conteúdo e condições obrigatórias no contrato de gestão.

Feitas essas considerações a respeito dos contratos de gestão celebrados entre a Administração Pública e as organizações sociais, Regina Nery Ferrari³² e Paola Ferrari (2007, p. 76) o conceituam como sendo:

Um termo firmado entre a Administração Pública e a Organização Social, no qual as partes deixarão consignadas, expressamente, as obrigações que competem a cada qual, com a finalidade de ver executadas atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde e para tanto, o Estado pode destinar recursos orçamentários, bens e servidores públicos.

Nas palavras de Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 120), a celebração do contrato de gestão é a razão de existir da organização social que, mediante as formas de fomento estatal nele estabelecidas, poderá cumprir os objetivos sociais considerados como oportunos e convenientes à coletividade.

Em razão de envolver interesses comuns, o contrato de gestão, embora reserve o direito de elaboração de cláusulas ao Poder Público, deverá ser aprovado de comum acordo entre as partes (OLIVEIRA, 2013, p. 69), em estrita observância às regras contidas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 9.637/98 e também aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

Um dos elementos essenciais para o êxito de uma parceria entre a Administração Pública e uma organização social é a definição, no instrumento contratual, de metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público (BRASIL, 1997, p. 14), que serão aferidas

³² Em outra oportunidade, Regina Nery Ferrari (2001, p. 57) conceituou o contrato de gestão como sendo “um ato administrativo complexo, através do qual uma entidade pública acorda com outras, públicas ou privadas, o desempenho, coordenado por cooperação, de uma atividade voltada para a satisfação de um interesse público, de competência e responsabilidade administrativa da primeira, sob a qual recai a responsabilidade de supervisão do acordo”.

mediante indicadores previamente estabelecidos e, de acordo com os prazos de execução fixados.

Em virtude da lacuna legislativa, o instrumento também deverá especificar se a atuação da organização social será genérica ou seletiva, ou seja, atenderá a todos que procurarem o atendimento junto à entidade parceira ou sua atuação se restringirá a um determinado segmento da população. Na opinião de Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 124), é necessária a exigência de certa generalidade “na prestação de serviços educacionais, assistenciais ou culturais, porque a organização social, ao substituir o Estado na prestação de relevantes serviços à população, deve observar, minimamente, o regime jurídico administrativo”.

De igual maneira, as partes indicarão na avença se a prestação dos serviços por parte da entidade privada será gratuita ou onerosa aos usuários, tendo em vista que não há qualquer vedação legal nesse sentido, desde que a arrecadação seja revertida em prol das atividades. No entanto, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 124) alerta para a necessidade de que os “serviços gratuitos correspondam, no mínimo, ao total do volume de recursos (financeiros, humanos e materiais) repassados pelo Estado à organização social”, caso contrário restará configurada “apropriação de recursos públicos, sem a respectiva contraprestação”.

É imprescindível também que o contrato de gestão preveja os limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem recebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais em contrapartida ao exercício de suas funções, especialmente quando envolver, à título de fomento, repasses orçamentários e servidores públicos.

Quanto ao prazo de duração desta parceria, a Lei nº 9.637/98 se mostrou silente, o que levou Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 127) a se socorrer do disposto no art. 57 da Lei 8.666/93, que atribui à vigência correspondência aos respectivos créditos orçamentários, com a possibilidade de prorrogação quando o objeto estiver inserido no Plano Plurianual, desde que haja interesse da Administração.

Já para Fernando Borges Mânica (2007, p. 79), diante do objeto do contrato de gestão ser a prestação de um serviço público social, é necessária a previsão de um prazo de vigência maior por se tratar de prestações continuadas, considerando ainda a possibilidade de que a Administração tenha desembolsado consideráveis recursos à título de fomento.

Finalmente, vale asseverar que apesar da exigência de que o contrato de gestão detalhe todas as condições para a prestação dos serviços sociais por parte da organização social, não há óbice de que a Administração Pública, em virtude do interesse público e, por meio de uma decisão motivada e comprovada, promova alterações quantitativas e qualitativas, inclusive com possibilidade de interrupção das atividades (ROCHA, 2006, p. 125). Nas hipóteses de agravamento das condições da prestação das atividades ou então da retirada do incentivo por parte da Administração Pública, a entidade parceira poderá requerer eventual ressarcimento (ROCHA, 2006, p. 126).

2.5.3 Necessidade do contrato de gestão ser precedido de certame licitatório.

A respeito da celebração do contrato de gestão é importante registrar ainda os questionamentos acerca da necessidade, ou não, de que a escolha da organização social parceira seja precedida de prévio processo licitatório, o que se justifica especialmente em decorrência do fomento estatal a ela concedido.

De fato a Lei nº 9.637/98 em momento algum determinou que a seleção da entidade deverá ser precedida de um certame, o que, na visão de Vladimir da Rocha França (2006, p. 15) se explica pela inexistência de competição entre os administrados, que, aliados ao Poder Público, tem como objetivo tão somente alcançar o interesse público. Assim, de acordo com o autor, a escolha competirá ao administrador, por meio de decisão discricionária, devidamente motivada. No mesmo sentido é o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld (2005, p. 20), que entende pela inaplicabilidade da Lei de Licitações às parcerias com as organizações sociais, pois não tem como objetivo a escolha da proposta mais barata.

Por outro lado, a ausência de um processo seletivo para escolha da entidade parceira sofreu duras críticas por parte de outra corrente doutrinária³³, que defende uma suposta ofensa aos princípios da isonomia e impessoalidade diante da possibilidade de subjetivismos por parte do administrador público, que poderá estabelecer privilégios ou discriminações incompatíveis com o nosso ordenamento

³³ A esse respeito, Maria Sylvia Zanella (2015, p. 622) questiona o fato de que as organizações sociais e os contratos de gestão não estejam contemplados no processo de seleção da entidade do terceiro setor disciplinado pela Lei nº 13.019/14.

jurídico, especialmente quando há uma pluralidade de entidades aptas e interessadas (TORRES, 2013, p. 207). De acordo com o proposto pelo autor:

Parece inafastável, para o regramento de seleção pertinente a essas parcerias, a incidência do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, impondo que a seleção formatada destine-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse público e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, sendo processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. (TORRES, 2013, p. 199)

Nas palavras de José Anacleto Abduch dos Santos (2007, p. 298), a Administração Pública tem o dever de promover um processo licitatório para a escolha da entidade parceira, ressalvadas as hipóteses contidas em algum dos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93 ou, se for o caso, a inexigibilidade por inviabilidade de competição. A respeito dessas possibilidades, o autor assim assevera:

A possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação prevista no inciso XXIV, da lei de licitações não constitui faculdade que possa ser exercida pela Administração sem a ponderação acerca da necessidade, em face dos princípios constitucionais, de instaurar procedimento licitatório para selecionar organização social com vistas a um contrato de gestão (...) a dispensa de licitação somente estará autorizada se o administrador público demonstrar – princípio da motivação – que não está, pela contratação direta, desconsiderando alternativa mais vantajosa, ou alijando da escolha outros potenciais interessados em estabelecer a contratação. Quanto à inexigibilidade, a escolha poderá prescindir de licitação se não houver viabilidade de competição, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Posto isto e diante da incompatibilidade do objeto do ajuste do contrato de gestão com os ditames da Lei nº 8.666/93, Fernando Borges Mânica (2014, p. 78) propõe a criação de um modelo de licitação para a seleção da entidade que melhor atenda ao interesse público e que preserve a objetividade. Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 199) apresenta a seguinte proposta:

Como solução, aponta-se que os modelos adotados para o regramento da seleção das parcerias poderão ter suas regras gerais estabelecidas por decreto, com a possibilidade de que as minúcias, peculiares aos específicos serviços públicos não-exclusivos envolvidos, sejam descritas pelo regulamento próprio, editado pelo órgão público parceiro. Não obstante, os princípios básicos do estatuto licitatório devem ser respeitados, uma vez que sua concepção visa, justamente, à seleção de uma proposta que

atenda ao interesse público, servindo como fundamento necessário para a concepção do regulamento produzido.

É necessário salientar que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública não significa que seja a mais barata, mas àquela que melhor atenda ao interesse público, de forma que com ela se obtenha uma “prestação de serviços não exclusivos eficiente, de boa qualidade e que atenda satisfatoriamente a necessidade coletiva”, inclusive no intuito da promoção do desenvolvimento nacional sustentável (TORRES, 2013, p. 200). É importante também que o edital de seleção contenha exigências relacionadas aos requisitos de capacidade técnica necessários, tendo em vista o objeto das parcerias, as exigências relativas à qualificação jurídica e à regularidade fiscal. (SANTOS, 2007, p. 300).

Os questionamentos que se apresentam em torno da necessidade de um prévio processo licitatório para a escolha da organização social que firmará contrato de gestão com a Administração Pública foram dirimidos com o julgamento da ADI nº 1923 pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade na qual os Ministros decidiram pela imprescindibilidade de um processo público. Da ementa do Acórdão extrai-se o seguinte entendimento:

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 tem a finalidade que a doutrina contemporaneamente denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação das organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

Em decorrência do fato de que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado será que há obrigatoriedade em realizar licitações para

compras e contratações relacionadas à execução do contrato de gestão quando recebem qualquer tipo de fomento estatal?

Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 216), respaldado nas lições de Marçal Justen Filho, entende que, uma vez celebrado o contrato de gestão, não há sentido em exigir que as organizações sociais promovam licitações em seu ambiente interno. Para o autor o molde licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 não é integralmente compatível com esse tipo de parceria, pois não há interesse antagônico entre as partes, assim como a diversidade de objetos e as características próprias relacionadas ao respectivo programa ou projeto dificultariam a precisão de uma única regra para essas seleções (TORRES, 2013, p. 197).

De modo distinto é o posicionamento de Lucia Valle Figueiredo (2008, p. 167), a quem causa estranheza a suposta desnecessidade de licitar seguindo as regras da Administração Pública por parte dessas entidades. No mesmo sentido, José Anacleto Abduch dos Santos (2007, p. 296) entende que, embora a Lei nº 9.637/98 tenha sido silente, “o princípio licitatório é um dos princípios a serem observados e ao qual está subordinada a conduta dos entes privados em certas situações que envolvem a gestão de recursos públicos”. Para ele:

Não se trata de defender procedimento em sentido contrário aos propósitos constitucionais da administração gerencial, tornando burocrática a administração privada. Trata-se, em primeiro lugar, de conferir eficácia aos princípios constitucionais. Em segundo lugar, trata-se de admitir que existem procedimentos típicos da administração pública que podem ser utilizados com proveito pela administração privada (SANTOS, 2007, p. 302).

A despeito da discussão, o art. 17 da Lei nº 9.637/98 determinou que a entidade “fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público”.

Nos termos do art. 4º, inciso VIII do referido diploma legal, a competência para editar o mencionado Regulamento é do Conselho de Administração, que deverá observar os princípios reguladores da Administração Pública, bem como àqueles atinentes às licitações e contratos administrativos, sob pena de ser considerado ilegal e até inconstitucional (VIOLIN, 2006, p. 262).

Acerca destes instrumentos, José Anacleto Abduch dos Santos (2007, p. 302) traz as seguintes proposições:

Estes regulamentos podem prever mecanismos simplificados e céleres de seleção, contanto que tenham conteúdo compatível com os princípios aplicáveis a estas entidades responsáveis pelo uso do direito público. Não se exige, portanto, que os regulamentos próprios das entidades repitam as normas da lei de licitações. Dentro da moldura constitucional há espaço para inovações, sem que haja vinculação expressa a procedimento formais da Lei nº 8.666/93.

O autor ainda acrescenta que os regulamentos poderão elencar hipóteses de dispensa e inexigibilidade do processo licitatório, que se balizarão pela disciplina da Lei nº 8.666/93 (SANTOS, 2007, p. 306).

O Supremo Tribunal Federal, na oportunidade em que julgou a ADI nº 1923, afastou o dever de licitar das organizações sociais em relação as suas contratações com terceiros, alertando apenas para a necessidade de observância aos princípios da Administração Pública, o que fez nos termos assim ementados:

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

Resta claro, portanto, que as organizações sociais, na oportunidade em que contratarem serviços ou comprarem bens, respectivamente, em benefício da execução do contrato de gestão, deverão fazê-lo conforme as disposições contidas no seu próprio Regulamento, assim como em respeito aos princípios constitucionais regedores da Administração Pública, notadamente o princípio da impessoalidade.

2.6 O FOMENTO ESTATAL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Como forma de dar cumprimento ao contrato de gestão, e, por consequência, ao desenvolvimento pleno do seu objeto pelas organizações sociais, com a condição de aumentar e melhorar os serviços que presta à comunidade (GASPARINI, 2012, p. 522), o ente estatal poderá fomentar a entidade parceira por meio do tradicional repasse de recursos orçamentários, mas também por intermédio

da permissão de uso de bens públicos e da cessão especial de servidores públicos, na forma disposta no “caput” do artigo 12 da Lei nº 9.637/98. É por meio desse “incentivo” que a Administração Pública busca estimular a participação da sociedade civil na prestação de serviços sociais.

Fato é que o sucesso do projeto das organizações sociais passava exatamente pelo fomento estatal, levando-se em consideração que o Estado incentivaria as entidades privadas sem fins lucrativos a prestarem serviços sociais relevantes ao interesse público. Em contrapartida, a Administração Pública poderia realizar o controle dessas atividades por meio de metas e objetivos traçados previamente.

De acordo com Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 132), uma vez definida no contrato de gestão as formas pelas quais a entidade parceira será fomentada, a Administração Pública tem o dever de cumpri-las exatamente de acordo com o avençado. Por outro lado, eventual inadimplemento estatal não retira o dever da organização social em dar continuidade aos serviços sociais por elas prestados, salvo comprovada impossibilidade, e respeitada a possibilidade de indenização por danos emergentes.

Dito isto, é importante registrar que assim como em relação aos demais pontos, as formas de fomento previstas na Lei nº 9.637/98 também foram objeto de severas críticas por parcela da doutrina.

Nesse sentido, é interessante o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins (2015, 142), segundo o qual, na forma em que foram previstas, as formas de fomento nada mais são do que a privatização de gestão de um fundo público sem privatização do fundo.

(...) Há, contudo, um problema teórico grave: fomentar é ajudar, é apoiar. O que vem ocorrendo no mundo fenomênico não é a ajuda estatal. Pelo “contrato de gestão” o Estado passa recursos financeiros, bens e agentes públicos para a OS. Perceba-se: ele, na prática, faz tudo, exerce a atividade. A única coisa que o Estado faz é gerenciar; tudo é público, exceto a gestão. Isso não é fomento. De maneira prosaica, ao invés de ajudar a pescar, o estado fornece o anzol, a isca, o pescador, remunera o pescador e, ainda, paga um valor pecuniário ao particular enquanto este aguarda a pescaria. Ocorre a privatização da gestão de um fundo público sem privatização do fundo.

Na sequência, o autor (MARTINS, 2015, p. 144) tece críticas ainda mais contundentes quando afirma que a Lei nº 9.637/98 transformou o Estado em um

instrumento nas mãos dos particulares, na exata medida em que estes executam suas atividades utilizando-se exclusivamente de recursos públicos, o que facilitaria a corrupção.

Sob o mesmo ponto de vista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 215) entende que, em virtude do fato das organizações sociais prestarem as mesmas atividades que o Poder Público concedente, com o auxílio dos mesmos recursos, servidores e bens públicos, o real objetivo do legislador foi “escapar” do regime de direito público e, por consequência, da necessidade de submissão daquilo que se costuma chamar de ‘amarras’ da Administração Pública.

Outro aspecto que foi objeto de questionamentos diz respeito à ausência de critérios de seleção para a organização social que receberá recursos, servidores e bens públicos, o que supostamente violaria o nosso ordenamento jurídico vigente, notadamente o art. 37, XII da Constituição Federal, que determina, como regra geral, a necessidade de realização de um processo licitatório.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 245), a ausência de qualquer processo que assegure a isonomia a todos aqueles interessados em obter fomento estatal nas formas dispostas na Lei nº 9.637/98, acrescida da inexistência de exigências quanto aos requisitos de qualificação, tais como habilitação patrimonial, financeira e técnica da entidade parceira, torna o ato de concessão “um gesto de ‘graça’, uma outorga imperial resultante tão só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado Moderno”.

O autor (2015, p. 243) ressalta também que essa discricionariedade é “literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie”, razão pela qual é eivada de inconstitucionalidade, especialmente quando se leva em consideração o “princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio)”.

De modo diverso, Gustavo Justino de Oliveira (2013, p. 93) defende a desnecessidade de realização de um processo licitatório para a concessão de fomento às organizações sociais, em decorrência da dispensa prevista pelo legislador, assim como pelo próprio regime especial a que se submetem essas entidades, de natureza colaborativa com o Poder Público.

Ao que parece, o posicionamento de Gustavo Justino de Oliveira foi o que prevaleceu no julgamento da já mencionada ADI nº 1923 pelo Supremo Tribunal Federal. Naquela oportunidade os Ministros assim decidiram:

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

(...)

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade do fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

Percebe-se, portanto, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que as formas de fomento, tal qual dispostas na Lei nº 9.637/98, não só estão em consonância com o nosso ordenamento jurídico, como também são de fundamental importância para o atingimento das metas e objetivos estabelecidos nos contratos de gestão.

Mesmo que a matéria tenha sido decidida pela nossa Suprema Corte Constitucional, é importante registrar que alguns dos apontamentos trazidos por aqueles que propuseram a inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 merecem ser levados em consideração, sobretudo no que se refere à inexistência de qualquer requisito de qualificação prévia para que uma organização social faça jus aos repasses orçamentários, servidores e bens públicos. Nesse ponto, seria importante uma mudança legislativa com a imposição de critérios de seleção.

De qualquer maneira, se apresentará de maneira individualizada cada uma das modalidades de fomento previstas na Lei das organizações sociais, momento em que também se observará as discussões acerca da sua constitucionalidade.

2.6.1 Repasse de recursos orçamentários

Em relação ao repasse de recursos orçamentários às organizações sociais, previsto no art. 12 da Lei 9.637/98, não existem maiores discussões, tendo em vista que essa é forma clássica de fomento estatal, também prevista nas demais modalidades de parcerias entre Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos.

No campo legal, a única ressalva feita pelo legislador é no sentido de que os referidos aportes deverão levar em consideração o cronograma de desembolso previsto inicialmente no contrato de gestão. Foi deferida também a possibilidade de suplementação de crédito na hipótese em que servidor público cedido é desligado, ou seja, quando há necessidade de contratação de outro colaborador.

Já no âmbito doutrinário, Francisco de Assis Alves (2000, p. 198) assevera que os repasses orçamentários são incentivos atraentes, mas alerta para as cautelas necessárias, porque na prática “não será fácil que eles aconteçam. Essa desconfiança procede porque, é notoriamente sabido que o Poder Público, nem sempre tem condições financeiras para arcar com os compromissos assumidos”.

Até por essa razão, o Ministério da Administração e Reforma (BRASIL, 1997a, 14) determinou que “anualmente, as dotações destinadas à execução dos contratos de gestão entre o Estado e cada instituição deverão estar expressamente previstas na Lei Orçamentária e ser aprovadas pelo Congresso”.

Diógenes Gasparini (2012, p. 525), por sua vez, alertou que, quando houver qualquer desembolso financeiro por parte da Administração Pública, a organização deverá prestar contas tanto à entidade que repassou a verba quanto ao Tribunal de Contas, sob pena de responder a um processo de Tomada de Contas Especial e, por consequência, arcar com as sanções cabíveis.

A respeito do controle dos atos praticados pelas organizações sociais em relação ao contrato de gestão, especialmente quando envolvem recursos públicos, o tema será enfrentado de maneira pormenorizada adiante. De todo modo, parece claro que essas entidades privadas se submetem tanto ao controle interno do órgão concedente quanto à fiscalização externa, seja pelo próprio Tribunal de Contas da União, pelo Ministério Público ou até mesmo por intermédio do Poder Judiciário.

2.6.2 A cessão de servidores públicos.

Antes de tratar especificamente da cessão de servidores públicos às organizações sociais vale assinalar que as atividades desenvolvidas por essas entidades privadas poderão ser desempenhadas por seu quadro de pessoal próprio, devidamente selecionado e contratado. Walter Claudius Rothenburg (2007, p. 105) propõe que esses colaboradores tenham estabilidade a fim de garantir a continuidade dos serviços sociais e o descomprometimento político-partidário.

Outra questão frequentemente levantada diz respeito à inexistência de limites salariais para pagamento de empregados com recursos públicos (MÂNICA, 2007, p. 185), o que, segundo Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 126), poderá resultar em graves problemas, uma vez que o teto remuneratório dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional não se aplica aos colaboradores das organizações sociais. Destaca também que a ausência de qualquer limite remuneratório atenta contra o próprio ideal defendido na reforma administrativa, que tinha o objetivo de redução de custos com pessoal.

Somados aos empregados integrantes do quadro próprio da entidade privada, o artigo 14 da Lei nº 9.637/98 previu a possibilidade de que a Administração Pública ceda servidores públicos à entidade parceira, desde que o agente concorde com referido ato (ROCHA, 2003, p. 133).

Na hipótese de cessão desse servidor, ele fará jus tão somente às vantagens do cargo que ocupa no órgão concedente, não terá incorporado benefício concedido pela organização social ao vencimento ou remuneração de origem e só poderá receber adicional nos casos em que ocupar cargo de chefia ou direção temporária na entidade parceira.

No entanto, a iniciativa dos idealizadores do projeto das organizações sociais em relação a essa forma de fomento também foi objeto de discussões. Para Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 146) tal iniciativa fere os princípios mais elementares do direito administrativo e mostra-se incompatível com o princípio republicano.

Egon Bockmann Moreira (2002, p. 313) aponta para o fato de que a cessão de um servidor público à organização social poderá ensejar uma eventual subordinação hierárquica dele em face de particulares, o que seria impensado sob o ponto de vista constitucional.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 246) teceu duras críticas em relação à cessão de servidores públicos:

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

Tarso Cabral Violin (2012, p. 123) também traz fundamentos relevantes na defesa da impossibilidade de cessão de servidor público às organizações sociais.

Não pode o Poder Público firmar um contrato, convênio ou termo de parceria com entidades do “Terceiro Setor”, seja para repassar atividades-fim, a gestão de todo um aparelho público prestador de serviços públicos sociais, ou mesmo disponibilizar mão de obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público.

Assim, a disponibilização de professores para escolas públicas ou de médicos para hospitais públicos não poderá ocorrer por meio de contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria, com empresas, associações de utilidade pública, Organizações Sociais, OSCIPS, cooperativas.

Mesmo se condizente com a atividade-meio da Administração Pública, não poderá a terceirização tratada neste estudo servir para disponibilização de pessoal com caracterização de pessoalidade e subordinação direta.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 166) defende, inclusive, a ideia de que o Estado poderá ser responsabilizado objetivamente em razão de danos causados a terceiros pelas organizações sociais quando praticados pelos agentes públicos por ele cedidos, conforme será mencionado adiante.

A questão pertinente à possibilidade de cessão de servidores públicos às organizações sociais também foi suscitada como um dos fundamentos para o ajuizamento da ADI nº 1923/DF. Na oportunidade do julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assim decidiu em relação aos empregados do quadro próprio daquelas entidades, bem como quanto às cessões de servidores públicos:

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e

serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal”.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo”.

Consoante se depreende da ementa do Acórdão supracitada, nossa Corte Constitucional entendeu pela inaplicabilidade de teto remuneratório aos empregados das organizações sociais e determinou a instauração de um processo objetivo e impessoal de seleção para contratação, nos termos do art. 37 da Constituição Federal. De igual maneira, os Ministros se posicionaram pela inexistência de qualquer violação aos direitos dos servidores públicos cedidos àquelas entidades.

Independentemente da resolução do caso pelo Supremo Tribunal Federal, vale o registro de que os apontamentos doutrinários relativos a uma suposta inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 acerca da possibilidade de cessão de servidores públicos são plausíveis, ainda mais quando analisados em conjunto com os ditames inseridos no art. 37 da Constituição Federal.

2.6.3 Permissão de uso de bens públicos.

Outra forma de fomento disposta nos artigos 12 e 13 da Lei nº 9.637/98 e que poderá ser concedida pela Administração Pública à organização social parceira diz respeito à permissão de uso de bens públicos. Nesse sentido, de acordo com o que se depreende do art. 13, “os bens públicos a elas destinados podem ser permutados por outros, desde que integrem o patrimônio público” (FIGUEIREDO, 2008, 167).

Já o §3º do art. 12 foi objeto de polêmica, pois previu a dispensa de licitação para a permissão de uso de bens públicos pela organização social em benefício das atividades vinculadas ao contrato de gestão. A esse respeito, Francisco de Assis Alves (2000, p. 198), um dos maiores defensores do projeto em questão, reconhece um possível conflito com o disposto no art. 2º da Lei 8.666/93, mas acredita que “essa prévia dispensa de licitação se confirmada na convivência pacífica com a Lei n. 8.666/93, será altamente compatível com os desígnios das organizações sociais”.

Essa não é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 244), que aponta para a inconstitucionalidade da referida permissão, sobretudo por se tratar de uma afronta ao dever de licitar.

Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.1993) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.

A permissão de uso de bem público também foi objeto de questionamento na ADI nº 1923/DF, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Consoante se subtede da decisão, a Corte Suprema sinalizou para a necessidade de que as outorgas de uso de bem público sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, precedida de processo licitatório.

É de se salientar o voto do Ministro Marco Aurélio, que apesar de vencido, pugnou pela parcial procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos insculpidos na Lei das organizações sociais, dentre os quais aqueles que preveem a cessão de servidores e a permissão de uso de bem público às entidades privadas. Vejamos a ementa do Voto.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11 a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.04.2015.

De qualquer sorte, seja a opção pela necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal ou então a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos legais, fica claro o entendimento de que a cessão de uso de bens públicos necessita ser precedida de um processo seletivo, caso contrário afrontará a ordem constitucional.

2.7 EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO.

Uma vez celebrado o contrato de gestão entre a Administração Pública e a organização social por ela escolhida, sua execução deverá ocorrer nos exatos termos daquilo que fora acordado entre as partes, especialmente no que se refere às metas e resultados previamente traçados.

Levando-se em consideração a relevância das atividades desempenhadas por essas entidades privadas e também a promoção de fomento estatal, o legislador federal, no art. 8º da Lei 9.637/98, estabeleceu a necessidade de que houvesse a efetiva fiscalização e controle por parte do órgão concedente. Assim, caso o objeto da parceria seja a prestação dos serviços de saúde, por exemplo, compete ao Ministério da Saúde promover o controle do contrato de gestão.

Na sequência, o aludido dispositivo legal traz orientações a respeito de como essa fiscalização se processará no âmbito do controle interno do órgão ou entidade supervisora da área correspondente ao objeto do contrato de gestão, o que pode ser resumido, nas palavras de Francisco de Assis Alves, da seguinte maneira (2000, p. 208):

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

Consoante se depreende do mandamento legal e do entendimento doutrinário acima transcrito, a fiscalização do contrato de gestão se dará obrigatoriamente ao final de cada exercício financeiro, mas também ocorrerá, a

qualquer momento, quando a entidade reputar como necessária a prestação de informações por parte da organização social. Além disso, uma Comissão Avaliadora, composta por especialistas de notória capacidade, elaborará relatórios por meio dos quais se aferirá o cumprimento das metas e objetivos previamente estabelecidos pelas partes.

É justamente esse controle finalístico ou de resultados, ao invés daqueles meramente processualísticos, uma das grandes inovações trazidas pela lei das organizações sociais. Essa intenção foi exposta pelos elaboradores desse projeto:

No que se refere à gestão organizacional em geral, a vantagem evidente do modelo das Organizações Sociais é o estabelecimento de mecanismos de controle finalísticos, ao invés de meramente processualísticos, como no caso da Administração Pública. A avaliação da gestão de uma Organização Social dar-se-á mediante a avaliação do cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão, ao passo que nas entidades estatais o que predomina é o controle dos meios, sujeitos a auditorias e inspeções das CISETs e do TCU (BRASIL, 1997, p. 16).

Para Marcos Juruena Villela Souto (2007, p. 35), esse controle de resultados expressa o atendimento do interesse confiado ao Estado, em completa afinidade com o princípio constitucional da eficiência, inserido na Constituição Federal após a já destacada reforma administrativa.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 129), por sua vez, destaca que essa atividade de controle por parte da Administração Pública deverá compreender também o direito ao acompanhamento da execução do contrato, que não se esgota na fiscalização das atividades da organização social, mas compreende, ainda, “o poder de orientar, intervir, interromper e aplicar penalidades quando as atividades estiverem sendo desempenhadas em desacordo com o contrato”.

É justamente em razão do eventual descumprimento do contrato de gestão por parte da organização social parceira que reside a maior importância no seu efetivo controle por parte da Administração, como forma de se evitar “situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 370).

Tanto é que a própria Lei nº 9.637, nos seus artigos 9º e 10, impôs uma série de condutas aos agentes do órgão da Administração Pública caso constatada alguma impropriedade e/ou ilegalidade praticada pelas organizações sociais ao longo da execução do contrato de gestão, como, por exemplo, a representação ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária. Isso sem prejuízo à

adoção de medidas judiciais e administrativas, como a desqualificação e a rescisão do vínculo.

Como bem asseverou Francisco de Assis Alves (2000, p. 213), a comunicação de irregularidades e a solicitação de providências aos órgãos competentes, é, antes de tudo, um poder-dever dos responsáveis pelo controle do contrato de gestão, que, uma vez descumprido, resultará na aplicação de penalidades de cunho pessoal e solidária. De qualquer maneira, é importante deixar claro que eventual falha nessa fiscalização, não isentará a organização social de suas responsabilidades (TORRES, 2013, p. 102).

Dentre as medidas a serem tomadas pelos responsáveis da fiscalização quando evidenciadas irregularidades e/ou ilegalidades por parte da entidade, estão a comunicação ao Tribunal de Contas da União, bem como a possibilidade de representação ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria do órgão, a fim de que pleiteiem, judicialmente, o sequestro dos bens dos dirigentes da entidade e também de terceiros que, de alguma maneira, beneficiaram-se da malversação dos recursos públicos. Durante a tramitação das medidas judiciais, os bens e valores sequestrados permanecerão sob a guarda da Administração Pública, que se responsabilizará pela continuidade dos serviços sociais objeto daquele contrato de gestão.

Além das medidas indicadas pela Lei nº 9.637/98, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 129) também defende a ideia de que a Administração Pública, por meio de autorização judicial³⁴ - eventualmente dispensada em casos de reconhecida urgência e gravidade - poderá intervir na execução do contrato de gestão pela organização social, quando configurada a má qualidade dos serviços por ela prestados e/ou a iminência da sua paralisação. Nessas hipóteses, poderá assumir a direção da entidade com o total controle dos recursos humanos e materiais.

Segundo o autor, ainda há a opção do ente estatal em impedir a continuidade da prestação dos serviços pela organização, desde que observado que o desempenho das atividades não é satisfatório e que essa solução seja a mais adequada aos interesses públicos.

³⁴ A respeito do controle das organizações pelo Poder Judiciário, Regina Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 135) asseveram que as organizações sociais também estão submetidas ao controle jurisdicional.

Diante do regramento jurídico relacionado às organizações sociais acima indicado, especialmente no que se refere à sua fiscalização, percebe-se que o legislador teve a preocupação em deixar claro que esse controle levaria em consideração os resultados atingidos e seria realizado pelos agentes públicos do próprio órgão que celebrou o contrato gestão com àquela entidade. Em seguida, propôs que apenas quando constatada eventual irregularidade e/ou ilegalidade é que os órgãos alheios a essa relação, tais como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público, deveriam ser comunicados a fim de que fossem tomadas as medidas cabíveis.

Nesse contexto, surgiu uma indagação de fundamental importância: o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público poderão fiscalizar e tomar as medidas a eles cabíveis em face das organizações sociais tão somente em caso de provocação por parte da Administração Pública ou detém competência para agir de ofício? Acrescente-se ainda a ideia de um efetivo controle social.

2.7.1 Controle do contrato de gestão pelo Tribunal de Contas da União.

De acordo com o *caput* do artigo 70 da Constituição Federal:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Segundo preceitua Edgar Guimarães (2002, p. 73) acerca do controle externo:

Como se observa, o controle externo é procedimental que, aliado ao controle interno, possibilita mensurar e atribuir valor às decisões da Administração Pública na busca do interesse público a ser atingido de forma ótima, com a maximização dos recursos públicos.

Diante do quadro social e político que se apresenta o controle externo dos atos administrativos é, sem sombras de dúvida, um instrumento absolutamente atual e necessário, devendo ser aperfeiçoado para fazer frente não apenas à própria evolução natural da sociedade, mas também, e, principalmente, às transformações pelas quais passam o Direito Público e notadamente a Administração Pública Brasileira.

Em relação ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler (2013, p. 169) afirma que “a Constituição Federal consagrou a

expressão controle externo em referência àquele efetuado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, a teor do art. 71 do Texto Maior”.

O artigo 71 da Constituição Federal incumbiu ao Tribunal de Contas da União a função de auxiliar o controle e a fiscalização por parte do Congresso Nacional, e, para isso, atribui-lhe uma ampla gama de funções e atividades. Em síntese, Benjamin Zymler (2013, p. 169) divide as competências em duas funções: a parajudicial e a fiscalizadora.

As competências constitucionais do TCU dividem-se em parajudiciais e fiscalizadoras. A função parajudicial é desempenhada quando o Tribunal julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nos processos de tomada e prestação de contas anual ou tomada de contas anual, bem assim quando aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis ou militares, para fins de registro.

Entre todas as atividades sob responsabilidade do Tribunal de Contas da União merece destaque a apreciação das contas de qualquer pessoa física ou jurídica, “pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções em razão de eventuais irregularidades e/ou ilegalidades cometidas.

É justamente em decorrência dessa função executada pela Corte de Contas que surge a ideia de que esse órgão pode efetivamente fiscalizar os contratos de gestão celebrados entre a Administração Pública e as organizações sociais, uma vez que esta relação envolve o repasse de recursos orçamentários, cessão de servidores e também a permissão de uso de bens públicos.

Romeu Felipe Bacellar Filho e Adriana da Costa Ricardo Schier (2013, p. 309) se posicionaram pela impossibilidade do controle direto do Tribunal de Contas da União em relação às organizações sociais, especialmente em razão da natureza jurídica de direito privado dessas entidades. Nesse sentido, os autores propõem uma prestação de contas de forma indireta, onde a entidade parceira “prestará contas ao ente contratante, nos moldes exigidos no contrato de gestão, e este prestará contas ao Tribunal de Contas, entendimento que encontra fundamentação no art. 9º da Lei nº 9.637/98”.

Já Odete Medauar (2012, p. 110) reconhece que há controvérsias acerca da incidência do controle direto por parte do Tribunal de Contas diante da dificuldade operacional na fiscalização das organizações sociais, que são bastante numerosas. No entanto, a partir da exegese do art. 70 da Constituição Federal, entende ser cabível, ainda que de maneira simplificada, pois envolvem recursos e bens públicos.

Do mesmo ponto de vista comungam Tarso Cabral Violin (2006, p. 208) e Gustavo Justino de Oliveira (2013, p. 77), quando afirmam que mesmo tendo natureza jurídica de direito privado, as organizações sociais deverão se submeter a determinadas normas de direito público, dentre as quais o controle externo promovido pelo Tribunal de Contas da União.

Regina Nery Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 133) apontam ainda para o fato de que apesar da Lei nº 9.637/98 nada mencionar a respeito da possibilidade de fiscalização do contrato de gestão por parte do Tribunal de Contas da União, o que aparenta a inexistência de uma obrigatoriedade, “do ponto de vista ético, moral, tal escusa, por mera intelecção literal do texto normativo, não é louvável”. Tal medida se torna imprescindível quando se leva em consideração que a análise feita pela Corte de Contas é extremamente técnica e não pode ser desprezada pela Administração Pública (FERRARI; FERRARI, 2007, p. 156).

Acerca do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União em face das organizações sociais, Lucas Rocha Furtado (2010, p. 235) também se posicionou pela sua possibilidade, mas adverte que a apreciação deverá levar em consideração apenas os resultados alcançados:

A peculiaridade do exame dessas contas consiste em que o exame é feito apenas com base nos resultados alcançados pelo OS. Como se trata de entidade privada não integrante da Administração Pública, a ela não se aplicam os deveres básicos de licitar ou de realizarem concurso público, por exemplo. Desse modo, são aspectos formais de legalidade a serem examinados nas prestações de contas, esse exame considera, antes, aspectos de resultados. O contrato de gestão a ser firmado com a OS deve fixar as metas a serem alcançadas pela entidade, e o julgamento das contas objetiva verificar em que medida essas metas foram realizadas.

Benjamin Zymler (2013, p. 189) também defende a possibilidade de atuação do Tribunal de Contas da União em face das parcerias com as organizações sociais. Nesse ponto, é importante trazer à colação seu posicionamento:

O controle externo também deve ser exercido em relação às Organizações Sociais. Para tanto, o TCU, como órgão auxiliar do Congresso Nacional em

sua atividade fiscalizadora, deverá se adequar, tendo em conta a substancial redução do plexo normativo a que se submetem essas novas entidades, haja vista que o deslocamento da prestação de serviços públicos para entes não estatais vem marcado pela não submissão destes ao regime jurídico de direito público. A flexibilização que daí advém possibilita a adoção de um sistema de administração gerencial livre das amarras da burocracia e o exagerado normativismo inerente ao regime jurídico de direito público.

A orientação do controle deve ser finalística, voltada para os resultados. O padrão avaliador a ser utilizado pelo controle externo passa a ser o conteúdo e o fiel cumprimento do contrato de gestão, porque nele devem estar fixados adequadamente os objetivos e as metas da entidade, bem como os critérios e os parâmetros de avaliação quantitativa e qualitativa (padrões de desempenho).

Sem embargo desses novos parâmetros da atividade controladora, não se pode olvidar a nova redação dada ao parágrafo único do art. 70 da Lei Maior, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que expressamente exigiu que prestem contas ao TCU todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem bens e dinheiros públicos.

Justamente a partir de um voto da lavra do Ministro Benjamin Zymler que o Tribunal de Contas da União, por meio da decisão nº 592/1998, consolidou o entendimento no sentido de que é de sua responsabilidade a fiscalização e o controle dos contratos de gestão celebrados com essas entidades. Da ementa extrai-se a seguinte conclusão: “8.1 Firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do artigo 70 da Constituição”.

Finalmente, em razão dos diversos questionamentos acerca da constitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.637/98, por supostamente afastar a possibilidade de controle externo do Tribunal de Contas da União, o que, de acordo com Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 112) afrontaria os arts. 37 e 70 da Constituição Federal, a matéria foi um dos pontos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF.

Em relação ao controle das organizações sociais por parte do Tribunal de Contas da União restou decidido que “(...) (iv) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas (...)”.

Da ementa do Acórdão, extrai-se o seguinte entendimento:

(...) 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da

organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

Percebe-se, portanto, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi claro no sentido de que o Tribunal de Contas da União poderá fiscalizar, de ofício e sem qualquer restrição, os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais, tal qual preceitua os artigos 70, 71 e 74 da Constituição Federal. Salienda-se, por fim, que é importante levar em consideração as ressalvas trazidas por Lucas Rocha Furtado e pelo Ministro Benjamin Zymler, no sentido de que o controle deverá se restringir ao controle de resultados obtidos, uma vez que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado.

2.7.2 Controle do contrato de gestão pelo Ministério Público.

Outra questão suscitada em relação à Lei 9.637/98 dizia respeito a uma suposta restrição à atuação do Ministério Público na fiscalização do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais. Dita conclusão se deve ao fato de que aparentemente o “*parquet*” participaria do controle tão somente quando fosse comunicado pelo órgão concedente acerca de algum ato irregular e/ou ilícito praticado pela entidade privada, o que afrontaria o disposto no artigo 127 da Constituição Federal.

De acordo com o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” A respeito da importância conferida pelo constituinte ao papel desta instituição, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2012, p. 1079) assim destacaram:

O Ministério Público na Constituição Federal recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. (...) A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional.

Na sequência, os autores apontam para o rol, não exaustivo, das atribuições deferidas pela Carta Magna em seu art. 129 (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1084).

Dentre essas atividades, essenciais para o exercício da função de “fiscal da lei”, pode-se destacar a possibilidade de propor ação penal pública, inquérito civil, ação civil pública, requisitar documentos, diligências, além de outras medidas imprescindíveis para a preservação do interesse público.

Em face do referido interesse público é que surge a questão relacionada à possibilidade de fiscalização em face das organizações sociais, especialmente quando se leva em consideração o disposto no inciso II do art. 129, da seguinte maneira prescrito: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Como as atividades objeto dos contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e este tipo de entidade sem fins lucrativos são essencialmente serviços de grande relevância, como por exemplo, a educação, saúde, meio ambiente, etc., é inquestionável que o Ministério Público poderá fiscalizar as parcerias de forma independente e sem necessidade de provocação por parte do órgão ou ministério responsável.

A discussão a respeito da possibilidade de controle dos contratos de gestão por parte do Ministério Público também foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, oportunidade na qual se decidiu da seguinte maneira: “(...) (iv) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público (...) da aplicação de verbas públicas (...)”.

Da ementa do Acórdão, extrai-se o seguinte entendimento:

(...) 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

Nota-se, portanto, que a Corte Constitucional deixou claro o entendimento de que o Ministério Público poderá fiscalizar, de ofício e sem qualquer restrição, os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais, tal qual preceitua os artigos 127 e seguintes da Constituição Federal, inclusive com a adoção de todas as medidas cabíveis e necessárias à defesa dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

2.7.3 Controle social do contrato de gestão.

Uma das bandeiras defendidas na reforma administrativa era uma maior participação popular na prestação dos serviços sociais, inspirada na proposta do Estado Subsidiário, onde o Poder Público fomentaria as atividades da sociedade civil e somente atuaria quando esta não possuísse condições de atender as suas demandas. Por isso, o modelo das organizações sociais só atingiria êxito pleno se houvesse uma efetiva participação popular. É o que defende Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 236):

Os reformistas já admitiam que esse ambiente de transferência de recursos públicos para que as entidades do Terceiro Setor realizem as prestações de serviços de interesse da coletividade só é viável no contexto de uma sociedade civil com capacidade para exercer controle social. Essa transformação, necessária na Administração Pública, permite o forjar de uma democracia participativa, em que os cidadãos e a sociedade civil não só participam da realização das ações públicas e de seu controle, mas, com o amadurecimento da experiência acumulada, passam a exercer função primordial na concepção de políticas públicas, ampliando não só a eficiência, mas também a legitimidades dessas ações.

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor (TORRES, 2013, p. 235) aponta que uma das principais contribuições da sociedade para o sucesso da prestação dos serviços sociais pelas organizações sociais seria a fiscalização e controle das suas ações, pois representaria uma “forma mais eficiente e barata do que os meios burocráticos tradicionalmente concebidos” e que poderia detectar com mais precisão eventuais irregularidades ou ilegalidades praticadas do que os próprios órgãos de controle, levando-se em consideração os incontáveis contratos de gestão vigentes em um país continental como o Brasil.

Regina Nery Ferrari e Paola Ferrari (2007, p. 154), em complementação, propõem a ideia de que esse controle social poderia ocorrer de forma preventiva, por meio de consultas populares, ou então de maneira repressiva, com a utilização de instrumentos como as denúncias, requerimentos e petições dirigidos à própria entidade e também aos demais órgãos competentes. Isso sem mencionar na possibilidade de ajuizamento de Ação Popular com o objetivo de anular atos lesivos ao patrimônio público estatal.

Outra medida que poderá ser empregada pela sociedade civil no controle das organizações sociais é àquela disposta na Lei nº 12.527/2011, também conhecida como Lei de Acesso à Informação, intimamente vinculada ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho e Adriana da Costa Ricardo Schier (2013, p. 311), “com isso, o legislador impõe aos integrantes do terceiro setor o dever de transparência das informações públicas que detém, notadamente em relação aos recursos recebidos do Poder Público”.

Por outro lado, os autores (BACELLAR; SCHIER, 2013, p. 313) advertem que não são todos os dispositivos legais inseridos na Lei de Acesso à Informação que são aplicáveis às organizações sociais, mormente ante o fato de que são entidades sem fins lucrativos com natureza jurídica de direito privado. Assim, “a lei limitou-se a assegurar a transparência passiva em relação às informações pertinentes ao contrato de gestão”, justamente por envolver recursos públicos e atividades cujo objeto é de relevante interesse social.

Assim resta incontestável que, além do próprio órgão concedente, a fiscalização do contrato de gestão e das atividades executadas pelas organizações sociais poderá ser desempenhada pelo Tribunal de Contas da União, Ministério Público, demais entidades competentes, e, especialmente pela sociedade civil, que detém fundamental importância para o sucesso do projeto das organizações sociais.

2.8 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO.

Os contratos de gestão celebrados entre as organizações sociais e a Administração Pública poderão ser extintos de duas maneiras: (i) modo normal; (ii) modo anômalo.

Em relação à primeira modalidade inexistem maiores dificuldades, pois representam os casos nos quais o prazo de vigência da parceria se encerra, sem que haja a intenção e/ou possibilidade legal para prorrogá-lo, ou então pelo fiel cumprimento dos objetivos previamente estabelecidos entre as partes.

Quanto à segunda modalidade de extinção do contrato de gestão, qual seja, o modo anômalo, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 134) indica que ele poderá ocorrer das seguintes maneiras: resolução, resilição bilateral ou unilateral, anulação do contrato e dissolução regular ou irregular da entidade.

A resolução do contrato de gestão poderá ocorrer por iniciativa de qualquer uma das partes. Quando é a entidade privada quem deseja romper o referido vínculo, deverá, obrigatoriamente, se socorrer do Poder Judiciário para tal fim. Já a Administração Pública, nos casos de inadimplemento contratual por parte da entidade parceira, poderá fazê-lo por meio judicial ou extrajudicial, tendo em vista que goza de certas prerrogativas, denominadas como cláusulas exorbitantes.

No que toca ao inadimplemento por parte da organização social, existem situações nas quais os resultados estabelecidos no contrato de gestão não são atingidos em decorrência de fatores alheios à sua vontade e/ou culpa, como, por exemplo, “os casos fortuitos, a ocorrência de eventos a que se reporta a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva. Em todas estas hipóteses o fracasso no cumprimento das prestações não poderá ser imputado à organização social” (ROCHA, 2003, p. 140). Nessas hipóteses, a resolução do contrato preservará todos os atos anteriormente praticados pela entidade e implicará na devolução dos recursos ainda não utilizados, bem como em relação aos bens e servidores cedidos.

De maneira diversa se dá quando a resolução do contrato de gestão deriva do inadimplemento doloso e/ou culposo das obrigações por parte organização social, o que enseja o seu dever de indenizar pelos danos provocados ao ente estatal. Aliada à responsabilização pecuniária, a entidade privada e, por consequência, seus responsáveis, também poderão sofrer sanções de natureza administrativa, dentre as quais “a multa, a interdição de atividade, a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração”, desde que respeitados os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por meio de um processo conduzido por uma Comissão Avaliadora nomeada pela Autoridade supervisora. (ROCHA, 2003, p. 141).

Além das consequências acima mencionadas, a resolução do contrato de gestão também resultará na desqualificação, ou seja, na perda do título de organização social pela entidade, na responsabilização individual e solidária dos seus responsáveis e na reversão dos bens e servidores cedidos pela Administração Pública.

A extinção do contrato de gestão também poderá acontecer por meio do instituto da rescisão, seja ela bilateral ou unilateral. Na modalidade bilateral as partes resolvem, de comum acordo, dissolvê-lo. As rescisões unilaterais, por sua vez, se

manifestam por diversas maneiras e representam um direito potestativo que pode ser exercido nos contratos por prazo determinado (ROCHA, 2003, p. 142).

A forma de rescisão unilateral mais usual em relação aos atos administrativos é a revogação, que poderá, nos casos do contrato de gestão, ser invocada pela Administração Pública quando julgá-la oportuna e conveniente ao interesse público, desde que essa decisão seja devidamente motivada em fundamento comprovado.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 145) ainda alerta para o fato de que revogação do contrato de gestão em decorrência do interesse público “respeitará os fatos e efeitos passados, criará para a Administração o dever de indenizar a organização social pelos prejuízos causados pela cessação do contrato”. No entanto, eventual ressarcimento deverá excluir os lucros cessantes, haja vista o caráter não lucrativo das organizações sociais.

Outra possibilidade de extinção anômala dos contratos de gestão diz respeito à sua anulação, situação excepcional e que deverá ser declarada pela própria Administração Pública, com fundamento no seu poder de autotutela, ou então mediante decisão judicial, quando constatadas ilegalidades e/ou irregularidades impassíveis de convalidação.

Como a invalidação de um ato administrativo tem efeitos retroativos, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 145) defende que, quando ficar evidenciada a boa-fé por parte da organização social e que ela não tenha dado causa à invalidade do ato, “persistem os efeitos pretéritos, como meio de impedir o enriquecimento sem causa da Administração e o dano injusto ao administrado”. No que se refere a uma eventual indenização à entidade, quando esta não contribuiu para a anulação do contrato, poderá ser pleiteado tão somente danos emergentes, pois, conforme anteriormente mencionado, não faz jus ao recebimento de lucros cessantes levando em conta a sua natureza jurídica.

2.9 DESQUALIFICAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Além da necessária extinção do contrato de gestão quando configurado o seu inadimplemento por parte da organização social, o art. 16 da Lei nº 9.637/98 também prevê a possibilidade de que a Administração Pública promova sua desqualificação.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 146) classifica o ato da desqualificação da seguinte maneira:

A desqualificação pode ser classificada como ato administrativo individual, constitutivo e restritivo. Ato administrativo individual porque tem por destinatário sujeito especificadamente determinado – no caso, a entidade que perderá o título de organização social; ato administrativo constitutivo porque modifica uma situação anterior, retirando da pessoa jurídica de direito privado a qualidade de organização social; e ato restritivo porque diminui a esfera jurídica do destinatário, que, no caso, não mais poderá beneficiar-se dos efeitos decorrentes do título de organização social.

Dentre os efeitos do ato da desqualificação acima indicados, o restritivo é, sem sombra de dúvidas, àquele mais temido pelos seus dirigentes, posto que a entidade não poderá mais celebrar contratos de gestão com a Administração Pública o que, por consequência, inviabiliza o recebimento de qualquer forma de fomento estatal, seja por meio de repasses financeiros, permissão de uso de bens públicos ou então a cessão de servidores.

Diógenes Gasparini (2012, p. 523) indica que, apesar da lei não estabelecer nada a respeito, a desqualificação poderia ocorrer, inclusive, por razões de oportunidade e conveniência, em virtude do fato de que em momento algum a titularidade dos serviços foi a ela transferida pela Administração Pública, o que, de acordo com Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 148) mais se assemelha à hipótese de resolução do contrato de gestão e não à desqualificação em si, ato de repercussão extremamente grave.

Ao que parece, Silvio Luís Ferreira da Rocha encontrou uma melhor solução, na medida em que defende que não basta o mero descumprimento de determinada previsão contida no contrato de gestão, mas tão somente nos casos em que haja o seu inadimplemento nas modalidades culposa ou dolosa. Seguindo o raciocínio do autor, se a falha na execução contratual não ensejou a resolução da avença, não há que se falar em desqualificação.

Uma vez constatado o cometimento de alguma irregularidade e/ou ilegalidade pela entidade no cumprimento das suas obrigações contratuais, o ato da desqualificação é vinculado ou discricionário? Referida provocação se deve à expressão “poderá”, adotada pelo legislador no art. 16.

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 368) assevera que, em que pese a expressão sinalize para uma conduta facultativa da Administração Pública, uma vez “descumpridas as normas e cláusulas a que está submetida, a Administração

exercerá atividade vinculada, devendo (e não podendo) desqualificar a entidade responsável pelo descumprimento”. Em sentido diverso, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 151) propõe que a desqualificação é medida sancionatória discricionária e que, por essa razão, possibilita ao administrador uma apreciação subjetiva.

Uma resolução para o impasse seria adotar uma posição intermediária, na medida em que não é toda e qualquer irregularidade e/ou inadimplência que ensejará na desqualificação, mas caso reste comprovado que tal fato ocorreu devido a uma conduta culposa grave ou dolosa, o administrador tem o poder-dever de retirar a qualidade de organização social da entidade. Até por isso é imprescindível a instauração de um prévio processo administrativo, em que seja oportunizado o contraditório e ampla defesa, tal qual dispõe o §1º do art. 16 da Lei nº 9.637/98.

Apesar de determinar que a aplicação da penalidade de desqualificação seja precedida de um processo administrativo, o legislador federal não disciplinou os procedimentos a serem adotados pelo administrador, impondo tão somente que fosse garantido o contraditório e a ampla defesa. Diante dessa lacuna legal, não restou outra opção que não fosse se socorrer à disciplina contida na Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

As dúvidas acerca do processo administrativo iniciam-se com a própria competência para a sua instauração, inclusive no que se refere à autoridade legitimada para realizar o seu julgamento. Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 148) posiciona-se no sentido de que há necessidade de decisão por parte do Ministro da área que celebrou o contrato de gestão com a entidade, bem como pelo Ministro do Planejamento, que absorveu as competências do antigo Ministério da Reforma do Estado. O autor ainda faz a ressalva de que o processo de qualificação deverá ser distinto daquele referente à extinção da avença.

Já no que toca ao processo administrativo propriamente dito, Francisco de Assis Alves (2000, p. 238), aponta, em linhas gerais, que o direito a ampla defesa consignado pela Lei nº 9.637/98 compreende “a oportunidade de contestar a acusação, a produção de provas, e a utilização dos recursos cabíveis”.

Todas essas questões relativas ao processo de desqualificação das organizações sociais foram trabalhadas de maneira pormenorizada por Silvio Luís Ferreira da Rocha, que extraiu suas conclusões com fundamento nas regras

estabelecidas pela Lei nº 9.784/99, especialmente em face dos princípios nela previstos.

O autor também asseverou que o processo deverá ser gratuito, por envolver possível restrição de direitos e obedecerá, obrigatoriamente, as seguintes fases: “a fase iniciativa ou propulsória; a fase instrutória; a fase dispositiva; a fase controladora ou integrativa; a fase de comunicação” (ROCHA, 2003, p. 151).

A fase iniciativa ou propulsória será de ofício, por parte da autoridade competente, “a partir do relatório desfavorável da Comissão de Avaliação, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, ou a pedido de pessoa definida como interessada (ROCHA, 2003, p. 151)”. Uma vez instaurado o processo, a organização social, por meio de seus diretores, deverá ser prontamente cientificada do inteiro teor da acusação contra ela proposta, bem como das consequências jurídicas da eventual responsabilização.

Na sequência, inicia-se a fase instrutória, onde as autoridades competentes, na busca pela verdade material, colherão todos os elementos possíveis para a tomada de decisão, podendo, inclusive, agir de ofício, levando-se em consideração o interesse público em questão. Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 152) defende a possibilidade de que, por meio de decisão fundamentada, o administrador possa abrir consulta pública para manifestação de “terceiros interessados pessoas físicas (v.g. usuários) ou pessoas jurídicas (v.g., associações, entidades de classe, partidos políticos)”, que ocorrerá por meio “de alegações escritas favoráveis ou desfavoráveis à desqualificação da organização social”.

Independente de qualquer medida ou providência tomada pela autoridade na fase instrutória, é indispensável, em respeito ao direito do contraditório e ampla defesa, que a entidade investigada tenha pleno acesso a todos os atos processuais, à documentação carreada ao processo e às provas nele produzidas, inclusive com a possibilidade de manifestação sempre que julgar necessário. Tudo isso porque é com base nesses elementos que a entidade poderá, encerrada a fase de instrução, apresentar suas razões de defesa dentro do prazo estabelecido, que deverá ser de no mínimo de 10 dias, consoante determina o art. 44 da Lei nº 9.784/99.

Encerrada a etapa da instrução com a apresentação das razões de defesa por parte da entidade, as autoridades competentes terão o prazo de até 30 dias para tomar uma decisão, que, segundo Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 150):

Deverá ser motivada. A autoridade administrativa deve motivar o ato de desqualificação, indicando a razão de fato que a levou a fazer isto, ou seja, apontar as obrigações contratuais pela entidade que foram descumpridas, indicar o fundamento legal que a autoriza a desqualificar a entidade – no caso, o art. 16 da Lei 9.637/1998 – e a relação de adequação entre as obrigações contratuais não cumpridas e a sanção da desqualificação. Entre o motivo e o conteúdo do ato – no caso, a desqualificação – deverá haver razoabilidade e proporcionalidade.

Nota-se, portanto, que a decisão tomada pela autoridade competente deverá ser devidamente fundamentada pelas razões de fato e de direito e, levar em consideração ainda princípios como a razoabilidade e proporcionalidade, que estão intimamente vinculados ao entendimento anteriormente defendido, no sentido de que a desqualificação deverá ocorrer tão somente nos casos em que reste comprovada a existência de uma conduta dolosa ou culposa grave por parte da entidade.

Essa decisão será prontamente comunicada à organização social, que, no prazo de 10 (dez) dias, poderá interpor recurso em face da eventual desqualificação. O direito ao pleito recursal não se restringe à entidade punida, mas também poderá ser exercido por “organizações e associações representativas dos direitos coletivos e difusos e os cidadãos”, inclusive nos casos em que a opção foi pela negativa da penalidade (ROCHA, 2003, p. 153). Considerando a hipótese de que haja a interposição de recursal, a autoridade que proferiu a decisão poderá reconsiderá-la ou então encaminhá-la à sua superior hierárquica, ou seja, o Chefe do Poder Executivo Federal.

É imperioso destacar ainda que, além da impossibilidade de celebrar outros contratos de gestão com a Administração Pública, a desqualificação acarreta em consequências para a entidade em relação àquele próprio contrato de gestão. Em síntese, e de acordo com o disposto nos parágrafos §§ 1º e 2º do artigo 16 da Lei nº 9.637/98, Diógenes Gasparini (2012, p. 523) aponta para os seguintes reflexos:

A desqualificação importará na reversão dos bens permitidos e dos valores entregues e não utilizados pela então organização social. Nos casos de desqualificação por desobediência do contrato de gestão os dirigentes da então organização social responderão, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízo decorrentes de sua ação ou omissão.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 156) diverge ao afirmar que as medidas acima assinaladas não decorrem da desqualificação propriamente dita,

mas sim da extinção do contrato de gestão oriunda do inadimplemento doloso e/ou culposo das condições estabelecidas naquela avença.

Independente disto fica claro que a desqualificação traz consequências graves para as organizações sociais, em especial a impossibilidade de celebrar novas parcerias com a Administração Pública e, com isso, a inviabilidade de receber qualquer tipo de fomento estatal. Ademais, os diretores da entidade poderão ser responsabilizados de maneira individual e solidária nas hipóteses em que o contrato de gestão foi descumprido em decorrência de uma conduta dolosa ou culposa grave.

Depois de apresentadas as principais premissas que norteiam as organizações sociais e os contratos de gestão celebrados com a Administração Pública, conclui-se que o ente estatal lhes atribui a prestação de serviços sociais não exclusivos de grande relevância para a garantia dos direitos fundamentais em contrapartida de fomento e, ao mesmo tempo, a Lei nº 9.637/98 que regulamenta essas parcerias no âmbito federal impõe às entidades privadas uma série de responsabilidades e atribuições. Estas, uma vez descumpridas poderão ensejar na extinção do contrato de gestão, na desqualificação e até mesmo na imputação de penalidades individuais e solidárias aos seus diretores.

No entanto, o legislador se mostrou silente em relação a eventual possibilidade de responsabilização do próprio Estado e seus gestores pela celebração de parcerias malsucedidas com as organizações sociais ou então pelos danos por elas praticados. Será que realmente a Administração Pública poderá ficar imune a essas situações, ainda mais quando se leva em consideração a importância das atividades desenvolvidas nesses contratos de gestão? É justamente no intuito de equacionar esses questionamentos que o assunto da responsabilidade do Estado pelas parcerias com as organizações sociais será abordado no próximo capítulo.

3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Mediante análise da Lei nº 9.637/98 fica nítido que o legislador se mostrou totalmente silente em relação a qualquer possibilidade de responsabilização por parte do Estado em decorrência dos atos praticados, ou não, pelas organizações sociais, atribuindo-lhe tão somente o dever de fiscalizar a execução do objeto do contrato de gestão.

De igual maneira, o §6º do art. 37 da Constituição Federal, ao estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado em relação aos atos por ele praticados, nada disse a respeito das parcerias com essas entidades privadas, até porque a lei que as instituiu foi promulgada em um momento posterior. Consoante se depreende do dispositivo constitucional, o dever de responsabilização é estendido tão somente às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, hipótese na qual as organizações sociais não se enquadram, tendo em vista “que não exploram serviços públicos mediante concessão, permissão ou autorização” (ROCHA, 2003, p. 156).

Todas essas razões resultariam na conclusão de que o ente estatal não poderia ser responsabilizado por eventuais danos provocados pelas organizações sociais parceiras na execução do contrato de gestão, sejam eles ocasionados por atos comissivos ou omissivos, o que incluiria a própria ineficiência na prestação dos serviços não exclusivos a elas concedidos.

No entanto, de acordo com o Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 156), essa irresponsabilidade não pode ser encarada com tranquilidade, na medida em que o termo responsabilidade implica nas seguintes consequências: “(1) a possibilidade de responsabilização de alguém por danos praticados por seus atos e omissões; e (2) a possibilidade de responsabilização de alguém por danos praticados por atos e omissões de outrem”.

Diante dessas considerações e, especialmente, em razão da importância dos serviços não exclusivos que são objeto dos contratos de gestão, intimamente vinculados a direitos fundamentais relacionados à dignidade humana, tais como saúde, ensino, etc., assim como pelas formas de fomento deferidas às organizações sociais para a execução de tais atividades, que envolvem recursos financeiros, servidores públicos e até a permissão de utilização de bens públicos, torna-se

imprescindível o estudo acerca da possibilidade de eventual responsabilização estatal à luz do instituto da responsabilidade extrapatrimonial do Estado.

3.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

De acordo com Edgar Guimarães (2013, p. 85), o termo responsabilidade é utilizado para “designar um vínculo, uma obrigação, que liga um sujeito a uma conduta humana. O próprio senso comum indica que a responsabilidade nada mais significa senão a consequência imposta a alguém que não observa um dever, que poderá ser jurídico ou não”.

Marçal Justen Filho (2015, p. 1381) alerta para o fato de que a responsabilidade não deve ser confundida com dever jurídico, na medida em que representa um aspecto complementar e vinculado a este instituto, relacionando-se a infração com a conduta imposta como obrigatória. Nas palavras do autor:

A responsabilidade é inerente à existência de um dever jurídico e consiste num aspecto ou consequência da existência desse dever e seu conteúdo envolve a submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou a terceiro) como obrigatória (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1381).

Essa responsabilidade poderá resultar em efeitos patrimoniais e não patrimoniais. Em relação à primeira hipótese, “consiste na vinculação do patrimônio do devedor à satisfação do direito do credor”, enquanto na responsabilidade não patrimonial “abrange outros efeitos decorrentes da infração à conduta devida” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1382).

Especificamente no que se refere à responsabilidade do Estado, Marçal Justen Filho (2015, p. 1382) traz as seguintes considerações:

A responsabilidade jurídica do Estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e da natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas.

Interessante também é a análise feita por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.1025) a respeito da responsabilidade do Estado:

Sem embargo, a responsabilidade do Estado, governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.

As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas.

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, sob pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua própria missão, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Diante do que se extrai dos ensinamentos doutrinários destacados, conclui-se que a responsabilização do Estado rege-se por princípios próprios e mais abrangentes, em razão das funções que lhe são atribuídas, diante dos danos que poderá provocar e da posição em que se encontra perante os particulares.

Essa responsabilidade do Estado surge a partir dos danos decorrentes de comportamento dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal, quais sejam, a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Neste ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 785) aduz que é mais usual tratar da responsabilidade estatal em virtude dos atos praticados na Administração Pública, “já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais”.

A autora ainda alerta para o fato de que a responsabilidade é do Estado, enquanto pessoa jurídica, razão pela qual seria equivocado falar em responsabilidade da Administração Pública³⁵, “já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil”. Essa capacidade “é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais” (DI PIETRO, 2015, p. 785).

³⁵ Acerca da controvérsia doutrinária relacionada à denominação do tema, Romeu Felipe Bacellar Filho (2006, p. 294) faz as seguintes ponderações: “Para alguns, trata-se de responsabilidade do próprio estado, por ser este o detentor de capacidade e personalidade jurídica – o titular de direitos e obrigações; para outros, a rotulação mais apropriada seria ‘responsabilidade da Administração Pública’, já que a responsabilização resulta de atos e omissões por pessoas jurídicas que a integram e não de atos do Estado organizado como entidade política”.

3.1.1 Responsabilidade extracontratual do Estado.

A fim de delimitar a responsabilidade do Estado em relação ao objetivo do presente estudo, notadamente em face das parcerias com as organizações sociais, o escopo será restrito à responsabilidade extracontratual, na condição de modalidade de responsabilidade civil. Portanto, excluem-se a responsabilidade contratual, regida por princípios próprios relacionados aos contratos administrativos (DI PIETRO, 2015, p. 785), assim como a responsabilidade administrativa, “que consiste na submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1383).

Segundo define Diógenes Gasparini (2012, p. 1123), a responsabilidade civil do Estado é “a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão do comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1021), a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é:

A obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 786) define a responsabilidade extracontratual do Estado como a “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Marçal Justen Filho (2015, p. 1384), por sua vez, propõe que a responsabilidade civil do Estado “consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.

Em síntese, conclui-se que a responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação estatal em reparar e/ou compensar³⁶ terceiros³⁷ em virtude de danos decorrentes de comportamentos unilaterais comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos³⁸ ou ilícitos, que lhe sejam imputáveis.

3.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E AS TEORIAS.

Conforme preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 2011), a concepção de responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é, hoje, curial no Direito Público, pois “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”. No entanto, nem sempre foi assim.

Odoné Serrano Junior (2001, p. 113) indica três etapas na construção da responsabilidade estatal: “1) de irresponsabilidade; 2) civilista; 3) publicista”. Na mesma linha segue Diógenes Gasparini (2012, p. 1124), que apresenta a mencionada evolução de maneira mais detalhada:

Em termos de evolução da obrigatoriedade que o Estado tem de recompor o patrimônio diminuído em razão de seus atos, a Administração Pública viveu fases distintas, indo da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral.

Como forma de demonstrar a evolução da responsabilização estatal e as teorias que a fundamentaram, apresentar-se-á adiante um rápido panorama da construção teórica acerca do tema.

³⁶ De acordo com Marçal Justen Filho (2015, p. 1384), a reparação consiste no dever de executar prestações destinadas a compensar danos. Via de regra, ele se manifesta por meio de indenização por perdas e danos, mas em muitos casos o pagamento de forma pecuniária não é suficiente, razão pela qual há outras possibilidades dessa compensação, como, por exemplo, a obrigação de fazer.

³⁷ Para Marçal Justen Filho (2015, p. 1384), “impõe-se a responsabilidade de indenizar qualquer pessoa lesada. O vocábulo ‘terceiro’ indica não apenas as pessoas jurídicas privadas, mas também pessoas administrativas. Também compreende tanto as pessoas físicas não integrantes da Administração como os próprios agentes estatais eventualmente lesados”.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1024) assevera que a responsabilidade estatal poderá estar presente também nos casos que há uma atividade lícita, “orientada para certo fim não necessariamente entrecrocante com o direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito”.

3.2.1 Teoria da irresponsabilidade.

A respeito da Teoria da irresponsabilidade que vigorou no início em todos os Estados, especialmente nos Absolutistas, Diógenes Gasparini (2012, p. 1125) assim preceituou:

Nestes, negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem fosse. Era expressado pelas fórmulas: *'Le roi ne peut mal faire'* e *'The King can do no wrong'*, ou, em nossa língua: 'O Rei não pode fazer mal' e 'O rei não erra'.

Em que pese referida teoria propusesse a irresponsabilidade estatal em face dos atos por ele praticados, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1029) adverte que isso não significava “completa desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado”. O autor fundamenta sua conclusão a partir de exemplos como os casos em que a responsabilização era admitida em leis específicas que a previssem explicitamente; os danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como aqueles causados pelas coletividades públicas locais. Outra mitigação da irresponsabilidade do Estado era a possibilidade de responsabilização pessoal do “funcionário” que praticou o ato lesivo.

Ainda em relação à teoria da irresponsabilidade do Estado, Romeu Felipe Bacellar Filho (2006, p. 301) reconhece a importância da doutrina na alteração das legislações e no aperfeiçoamento da jurisprudência, na medida em que demonstraram que a ausência de responsabilidade representava a negação do próprio Direito. A partir dessa evolução histórica, essa teoria não encontrou mais respaldo na concepção moderna.

3.2.2 Teoria da Responsabilidade com culpa.

No século XIX, sob influência do liberalismo, a ideia da irresponsabilidade estatal foi definitivamente abandonada, passando-se a admitir a possibilidade de responsabilização, apoiada na ideia de culpa, inerente aos princípios do Direito Civil. Esse marco ficou conhecido como a teoria civilista da culpa ou então denominada de responsabilidade subjetiva do Estado.

De acordo com essa teoria, o Estado é responsável e deverá indenizar “sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou o dolo ao Estado” (GASPARINI, 2012, p. 1126).

Além da comprovação da culpa ou dolo do agente público em provocar aquele dano, ainda era necessário diferenciar dois tipos de atividade estatal: os atos de império e os atos de gestão. A respeito dessa questão, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 573) assevera da seguinte maneira:

Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao que passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilidade, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Entretanto essa diferenciação entre atos de gestão e atos de império representavam a grande objeção a essa teoria, em razão da impossibilidade de divisão da personalidade do Estado e também da dificuldade em enquadrar “como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços” (DI PIETRO, 2015, p. 788).

Além disso, a solução civilista da responsabilidade decorrente da culpa, embora representasse avanços quando comparada à irresponsabilidade, não satisfazia os interesses da justiça. Nas palavras de Diógenes Gasparini (2012, p. 1126) “exigia muitos dos administrados, pois o lesado tinha de demonstrar, além do dano, que ele fora causado pelo Estado e a atuação culposa ou dolosa do agente estatal”.

Em virtude dessas incompatibilidades da responsabilização com viés civilista em relação ao Estado, procurou-se uma solução segundo os princípios do direito público. Assim surgiu a teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa.

3.2.3 Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço.

O marco para o surgimento³⁹ das teorias a respeito da responsabilidade do Estado regidas pelo direito público foi a teoria da culpa administrativa, também conhecida como culpa anônima ou falta do serviço, e que encontrou em Paul Duez seu principal expoente.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2011, p. 699), a teoria da culpa administrativa:

Representa o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

A partir dos ensinamentos de Paul Duez chegou-se a conclusão de que referida falta de serviço poderia se manifestar por meio de três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço e/ou retardamento do serviço. Uma vez caracterizada qualquer dessas modalidades surgia a presunção de culpa administrativa e a consequente obrigação de indenização (MEIRELLES, 2011, p. 699).

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 574) afirma que, para fazer jus ao direito à reparação dos danos provocados pela culpa administrativa, o lesado deveria comprovar que o fato danoso decorria do mau funcionamento do serviço e, que em razão disso, o Estado teria atuado culposamente. Justamente pelo fato do ônus da prova competir ao lesado, o que lhe impôs muitas dificuldades, essa teoria ainda não foi considerada como o modelo ideal (MEIRELLES, 2011, p. 699).

³⁹ A respeito do surgimento de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 788) atribui a “jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnés Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado o conflito das atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”.

A partir daí surgem as teorias vinculadas à ideia de responsabilidade objetiva do Estado.

3.2.4 Teoria da responsabilidade objetiva.

Na medida em que a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço apresentou dificuldades para a efetivação da reparação dos danos provocados pelo Estado a terceiros, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas circunstâncias, a teoria do risco, que serviu de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado (DI PIETRO, 2015, p. 789).

A teoria do risco, também denominada como teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa, teoria da responsabilidade patrimonial objetiva, teoria do risco administrativo ou teoria objetiva, propõe que “a obrigação de o Estado indenizar o dano surge, tão só, do ato lesivo de que ele, Estado, foi o causador. Não se exige a culpa do agente público nem a culpa do serviço.” (GASPARINI, 2012, p. 1128).

Segundo leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 789), a ideia de culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. A autora ainda indica quais são os pressupostos para a responsabilização estatal de forma objetiva:

Constituem pressupostos de responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente públicos e o dano.

Mediante análise da referida proposta, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 574) chega a seguinte conclusão:

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta de serviço etc.

Ainda no que tange à responsabilidade objetiva do Estado, Hely Lopes Meirelles elenca duas modalidades delas oriundas: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

3.2.4.1 Teoria do risco administrativo.

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 699) aduz que a teoria do risco administrativo “faz surgir a obrigação de indenizar o dano do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração” e, para isso, basta a lesão, sem o concurso do lesado

De acordo com o autor, dita teoria está fundamentada nos seguintes preceitos:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, impondo-lhe um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela fazenda pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946 (MEIRELLES, 2011, p. 699).

Consoante se depreende das lições acima transcritas, percebe-se que a teoria do risco administrativo parte do pressuposto de que o risco das atividades do Estado deveria ser compartilhado por todos os membros daquela sociedade, razão pela qual o dever de indenizar individualmente um terceiro lesado deverá ser partilhado, por meio do erário, que é fomentado pelos tributos pagos pelos cidadãos. Esse é o modelo de responsabilização ideal, na opinião de Hely Lopes Meirelles, justamente por representar uma perfeita justiça distributiva. Finalmente, é importante assinalar que esta é a teoria acolhida pela Constituição Federal de 1988, conforme se demonstrado adiante.

3.2.4.2 Teoria do risco integral.

Acerca da teoria do risco integral ninguém melhor para defini-la do que Hely Lopes Meirelles (2011, p. 700), segundo o qual:

É a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí

por que foi acoimada de 'brutal', pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.

Em outras palavras, a teoria do risco integral propõe que o Estado seja responsabilizado por todos os atos que ocasionem danos a terceiro, mesmo que este tenha concorrido para tal evento. Até por essa razão, dita teoria não encontrou guarida nos ordenamentos jurídicos, dentre os quais no brasileiro.

Depois de apresentadas sucintamente as teorias relacionadas à responsabilização estatal e suas respectivas evoluções, na sequência tratar-se-á da forma pela qual a temática foi tratada no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que se refere à normatização consagrada no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

No Brasil, a partir da Constituição de 1946 é que a teoria da responsabilidade objetiva passou a ser adotada. Dispõe o artigo 194 daquela Carta que:

as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem danos a terceiros". Em seguida o parágrafo único daquele dispositivo constitucional assevera que "cabem-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes (DI PIETRO, 2015, p. 792).

As demais Constituições Federais que a ela sucederam também acolheram a linha da responsabilidade estatal objetiva, inclusive a Constituição Federal de 1988, que assim prescreve, no §6º do seu artigo 37:

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.

Importante que se diga que a Constituição vigente adotou a responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, não chegando ao extremo proposto pela teoria do risco integral (MEIRELLES, 2011, p. 702), com exceção à previsão contida no art. 21, XXIII, "d", da Constituição Federal, que estabelece a irrestrita responsabilidade estatal por danos nucleares.

A partir do texto constitucional é permitido extrair algumas conclusões a respeito da responsabilidade estatal por ele imposta. Mediante análise do §6º do art. 37 da Constituição Federal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 792) assinala que nele estão contidas duas regras: a responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público.

Conforme bem resume José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 582), “a marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência de culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva”.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter optado pela responsabilidade estatal objetiva, para que o dever de reparação surja, há necessidade do cumprimento de determinados pressupostos.

3.3.1 Pressupostos para aplicação da Responsabilidade objetiva do Estado.

Consoante acima assinalado, para que haja a referida responsabilização estatal, é imprescindível a presença de três elementos: dano material ou moral sofrido por alguém; uma ação ou omissão imputável ao Estado; um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1391).

3.3.1.1 Dano material ou moral sofrido por alguém.

Pressuposto fundamental para a configuração da responsabilidade do Estado é a efetiva ocorrência de um dano sofrido por um terceiro em decorrência da conduta estatal. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 582), não há que se falar em responsabilidade sem que a conduta haja provocado um dano, de forma que, “se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.

Esse dano poderá ser material ou moral. De acordo com Marçal Justen Filho (2015, p. 1395), “o dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, causando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade”. Já o dano moral

“é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia”.

3.3.1.2 Ação ou omissão imputável ao Estado

Outro elemento necessário para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado é uma conduta estatal, seja comissiva ou omissiva, que produza efeitos em face de um terceiro (JUSTEN FILHO, 2015, p.1392).

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 582) denomina esse pressuposto como fato administrativo, o que considera como “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”. Para o autor, “ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in elegendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando)”.

A partir das lições doutrinárias acima apresentadas, percebe-se que a responsabilidade objetiva do Estado não depende apenas da atuação direta de um agente estatal no exercício das suas atribuições, mas também pela má escolha ou em decorrência da má fiscalização.

Essa proposta trazida por José dos Santos Carvalho Filho será de grande valia para o presente estudo, especificamente em relação a eventual possibilidade de responsabilização estatal em relação às parcerias com as organizações sociais, conforme adiante se demonstrará.

3.3.1.3 O nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.

O ultimo pressuposto para que a responsabilidade estatal seja possível diz respeito à relação de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 582), “significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa”.

O nexo de causalidade é imprescindível para que não se responsabilize indevidamente o Estado quando o “resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato de terceiro ou pertinente ao mundo

natural”, hipóteses em não há qualquer dever de reparação estatal (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1392).

Ressaltando a importância do nexo de causalidade entre o fato administrativo e o evento danoso, José dos Santos Carvalho Filho (2015, 583) traz as seguintes considerações:

O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. O exame supérfluo e apressado dos fatos causadores de danos a indivíduos tem levado alguns interpretes à equivocada conclusão de responsabilidade civil. Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um fato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato.

Esses são, portanto, os pressupostos considerados pela doutrina, a partir da interpretação do texto constitucional, como imprescindíveis para que haja a responsabilidade objetiva do Estado.

3.3.2 Características da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade

Em que pese os pressupostos para responsabilidade do Estado anteriormente mencionados sejam plenamente aceitos, Marçal Justen Filho⁴⁰ (2015, p. 1396) sustenta que a teoria objetiva é insuficiente para fundamentar a responsabilização estatal, especialmente quando se trata das hipóteses de omissão, “que gera para seus defensores a necessidade adotar concepções distintas para a responsabilidade civil do Estado por ação e por omissão”.

No mesmo sentido, Celso Antônio de Bandeira de Mello (2015, p. 1039) propõe que, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito, haja uma separação de três situações distintas⁴¹:

- (a) Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado;
- (b) Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese da ‘falta de serviço’, nas modalidades em que o ‘serviço não funcionou’ ou ‘funcionou tardiamente’ ou, ainda, funcionou de modo eficaz de obstar à lesão. Excluiu-se apenas o

⁴⁰ Para Marçal Justen Filho (2015, p. 1396) o mais apropriado seria aludir a uma objetivação da culpa, onde “aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio”.

⁴¹ Em sentido contrário, Marçal Justen Filho (2015, p. 1042) entende que essa distinção não é devida.

caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora de lesão. Trata-se, aqui, apenas, de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) do dano;

(c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.

A partir da classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello serão feitas breves reflexões acerca da responsabilidade do Estado em relação aos atos comissivos, omissivos e aqueles dependentes de situação apenas propiciada pelo ente estatal.

3.3.2.1 Danos por ação do Estado.

No que toca às hipóteses nas quais o Estado gera o dano, produz o ato lesivo a terceiros, não existem muitas discussões, pois é evidente que a responsabilidade objetiva deve ser aplicada. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1039):

Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia.

O autor assevera que a ação comissiva do Estado, mesmo que lícita e em consonância com o interesse público, gera o dever de ressarcimento, quando se leva em consideração o princípio da isonomia, segundo o qual:

Estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem auferir os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1039)⁴².

⁴² Marçal Justen Filho diverge do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1398).

Na sequência, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1039) apresenta um quadro exemplificativo das situações que envolvem a prática de atos comissivos por parte do ente estatal e que poderão resultar na sua responsabilização:

O quadro e exemplificação abaixo tipificam as diferentes situações:

a) Por comportamentos lícitos:

a.1) Atos jurídicos – como, por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranquilidade, salubridades públicas e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietários de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal.

a.2) Atos materiais – como, por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis.

b) Por comportamentos ilícitos:

b.1) Atos jurídicos – como, v.g., a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista.

b.2) Atos materiais – o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas.

Diante das lições acima mencionadas, chega-se a conclusão de que os atos praticados pelo Estado, sejam eles lícitos ou ilícitos, geram responsabilidade objetiva quando proporcionaram um dano a terceiro.

3.3.2.2 Danos por omissão do Estado

A questão relacionada à responsabilidade do Estado em decorrência de atos omissivos, ao contrário do que ocorre quanto aos comissivos, é controversa, conforme exposto por Tiago Cappi Janini (2016, p. 452). Tanto é que surgem 02 (duas) correntes doutrinárias: uma que defende a responsabilidade objetiva e outra que propõe a subjetiva⁴³.

Em relação aos danos originados por omissão do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1041) defende a aplicação da responsabilidade subjetiva, tendo em vista que, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja

⁴³ De acordo com Tiago Cappi Janini (2016, p. 453), “a jurisprudência dominante do STF e do STJ preconiza no sentido da aplicação da teoria subjetiva nos casos de responsabilidade civil do Estado por atos omissivos”. Na sequência, o autor alerta para a existência de casos cuja decisão foi pela responsabilidade objetiva, como, por exemplo, no AI 734.689 AgR-ED, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

obrigado a impedir o dano”. Em outras palavras, a possibilidade de responsabilização decorre do descumprimento de um dever legal.

Acerca da responsabilidade subjetiva em virtude da omissão estatal, o Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1041) faz as seguintes considerações:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva).

A corrente que defende a responsabilidade subjetiva do Estado estabelece que o ato omissivo decorre de um ato ilícito, o que, por consequência, deriva de condutas culposas ou dolosas, institutos relacionados à responsabilização subjetiva.

De maneira diversa estão aqueles que entendem que a responsabilidade do Estado deve ser objetiva independentemente se o ato é comissivo ou omissivo, de modo que não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo nos casos de omissão. Dentre os integrantes dessa corrente está José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 590):

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva; daí não se nos afigurar correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilidade sem culpa.

Discussões à parte, ambas as correntes concordam que o dever de reparar surge do descumprimento de um dever legal, ou seja, de um dever de agir estatal. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 798), “para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano”.

A autora ainda considera que “tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto”, onde deverá ser aplicado “o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano” (DI PIETRO, 2015, p. 798).

Intimamente vinculado à ideia da reserva do possível está o exemplo trazido por José dos Santos Carvalho (2015, p. 592) em relação a eventual possibilidade de responsabilização do Estado em face de omissão na prestação de serviços sociais:

Não há dúvidas de que o Estado é omissor no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carência nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º da CF). Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilidade política de seus dirigentes.

Nota-se, portanto, que a responsabilidade do Estado por omissão estatal surgirá tão somente em situações específicas nas quais o ente tinha o dever de agir, era possível sua atuação, mas, por negligência, imperícia ou imprudência dos seus agentes, não o fez.

3.3.2.3 Danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado.

Ainda conforme a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1046), estão aquelas situações em que o dano não é provocado por agente estatal, mas é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Em outras palavras, o autor define como sendo as “hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano”. Nesses casos, a responsabilidade deverá ser objetiva, pois se assemelham aos atos comissivos.

A proposta de responsabilização defendida pelo autor está relacionada ao risco:

A que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente,

por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos.

Em resumo, essa forma de responsabilidade objetiva do Estado está relacionada ao risco por ele próprio produzido, independentemente se a conduta danosa partiu, ou não, de um agente estatal.

3.3.3 As pessoas responsáveis de acordo com a Constituição Federal de 1988.

O art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988 prescreve que “as pessoas jurídicas direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, ou seja, dividiu em duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 578).

A respeito da responsabilidade objetiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 792) traz as seguintes considerações:

1. que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público);
2. que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente nos termos do direito constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação de serviço público;
3. que seja causado dano a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito; como o dispositivo constitucional fala em terceiros, é inaceitável o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Carlos Velloso, no sentido de que a responsabilidade só é objetiva se o dano for causado ao usuário do serviço público; se for causado a terceiro, a responsabilidade é subjetiva (RE-262.651, 2ª Turma, e RE-302.622-4, 2ª Turma); em julgado posterior, no entanto, o STF retomou o seu entendimento anterior, favorável à existência de responsabilidade objetiva decorrente de dano causado a terceiro, independentemente da qualidade de usuário de serviço público; não poderia ser outra a interpretação, tendo em vista que o dispositivo, ao falar em danos causados a terceiros, não distingue entre o usuário e o não usuário; em consequência, não pode o intérprete fazê-lo, sob pena,

inclusive, de derrogar o princípio da repartição dos encargos sociais e a ideia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado⁴⁴;

4. que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço;

5. que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

A partir das lições acima transcritas, chega-se, em síntese, à conclusão de que para o surgimento da responsabilidade objetiva é necessário as seguintes condições: *(i)* o ato lesivo deve ser praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou privado, desde que prestadora de serviço público; *(ii)* as entidades vinculadas à Administração Pública Indireta que exercem atividade econômica de natureza privada não respondem objetivamente; *(iii)* que o dano seja provocado por agente da pessoa jurídica, o que abrange todas as categorias, tais como agentes políticos, agentes administrativos ou particulares em colaboração com a Administração; *(iv)* o ato lesivo deve ser praticado pelo agente no exercício da sua função.

Fato é que a grande inovação apresentada pelo legislador constituinte em relação à responsabilidade objetiva diz respeito à inclusão das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 578), “se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados”.

Ainda de acordo com o autor (CARVALHO FILHO, 2015, p. 578), enquadram-se nessa categoria as seguintes pessoas jurídicas:

Pode-se, a princípio, considerar como classificadas nessa categoria as pessoas privadas da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado), quando se dedicam à prestação de serviços públicos, e os concessionários e os permissionários de serviços públicos, estes expressamente referidos no art. 175 da Constituição Federal, como é o caso das empresas de transporte coletivo, de fornecimento de água, de distribuição e fornecimento de energia elétrica e outras dessa natureza.

⁴⁴ José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 578) concorda com o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao propor que, para a responsabilização do Estado em decorrência de atos relacionados à prestação de serviço público, independe que o lesado seja usuário

Por outro lado, percebe-se que o §6º do art. 37 da Constituição Federal nada disse acerca da eventual possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva às entidades do Terceiro Setor, dentre as quais estão inseridas as organizações sociais, até porque estas surgiram em um momento posterior à promulgação do texto constitucional.

No entanto, será que essa omissão é motivo para afastar a responsabilização objetiva dessas entidades em face dos atos por elas praticados na execução do contrato de gestão que, repise-se, tem como objetivo a prestação de serviços sociais?

3.3.3.1 A responsabilidade objetiva das organizações sociais.

Em razão do silêncio constitucional em relação a eventual responsabilização objetiva das organizações sociais, o que se justifica pelo fato dessas instituições terem sido criadas pela Lei nº 9.637/98, ou seja, em momento posterior à Constituição de 1988, surgiram, na doutrina, 02 (dois) pontos de vista: aqueles que defendem a incidência da responsabilidade subjetiva e outros que entendem pela aplicação da responsabilidade objetiva, a partir da exegese do art. 37, §6 da Carta Constitucional.

Como expoente da primeira vertente surge José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 580), segundo o qual as organizações sociais devem responder subjetivamente pelos seus atos:

Em que pese a existência desses elementos de vinculação jurídica ao Estado, entendemos que sua responsabilidade é subjetiva e, conseqüentemente, regulada pelo Código Civil. É que esses entes não têm fins lucrativos e sua função é a de auxílio ao Poder Público para melhorar o resultado de certas atividades de interesse do público e do próprio Estado. Assim, não se nos afigura que esse tipo de parceria desinteressada e de cunho eminentemente social carregue o ônus da responsabilidade objetiva, quando, sem a parceria, estariam as referidas pessoas reconhecidamente sob a égide do Código Civil.

Sob outro ponto de vista estão aqueles que propõem a responsabilidade objetiva dessas entidades privadas. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 838), sobre as organizações sociais incide a regra contida no §6º do art. 37 da Constituição Federal:

Foi dito que as chamadas organizações sociais (disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637/98) prestam serviço público delegado por meio do contrato de gestão. Em consequência, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, com fundamento no referido dispositivo constitucional.

No mesmo sentido é o entendimento de Cristiana Fortini (2010, p. 869), para quem, em razão da natureza das atividades por elas desempenhadas “com destaque para a saúde e a educação, a regência publicista estaria a exigir que a responsabilidade de tal entidade fosse guiada pelo disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal”. Na sequência, a autora conclui que “caso os agentes das organizações sociais, nessa qualidade, venham a causar danos a terceiros, caberá às entidades responder de forma objetiva”.

Para finalizar, é importante mencionar as conclusões expostas por Carolina Zancaner Zockun (2010, p. 855):

Em suma, aquele que age substituindo o Estado em seus misteres constitucionalmente impostos, deverá ser responsabilizado da mesma forma que este seria se estivesse a prestar o serviço.

Diante do exposto, vê-se que a responsabilidade das organizações sociais é objetiva, no que tange aos atos comissivos, e subjetiva na omissão, recebendo, portanto, o mesmo tratamento dado ao Estado e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, frente aos danos que causarem a terceiros.

A análise feita por Carolina Zancaner Zockun merece ser acolhida porque, apesar das organizações sociais não estarem inseridas no rol de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público previsto no §6º do art. 37 da Constituição Federal, prestam, assim como as demais, atividades de relevante interesse social e intimamente vinculadas à consecução de direitos fundamentais. Não há razão, portanto, para isentá-las da responsabilidade objetiva prevista na ordem constitucional vigente somente pelo fato de que foram disciplinadas em um momento posterior.

Além disso, a autora, em completa consonância com o ordenamento jurídico pátrio relativo à responsabilidade civil do Estado, assinala que as organizações sociais, em face dos danos por elas praticados, responderão objetivamente no caso de atos comissivos e, subjetivamente, quando os danos tiverem como origem atos omissivos, o que inclui a má-prestação dos serviços sociais a elas atribuídos pelo contrato de gestão.

3.4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Uma vez observada a possibilidade de responsabilização das organizações sociais em face dos atos por elas praticados na execução do contrato de gestão, que, vale lembrar, tem como objeto a prestação de serviços sociais, surge outro questionamento de igual relevo: o Estado, a partir do momento em que celebra o contrato de gestão com essas entidades e, conseqüentemente delega a prestação de serviços sociais, fica desonerado de qualquer responsabilidade?

Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 123), por exemplo, defende a impossibilidade de qualquer responsabilização estatal, seja primária⁴⁵ ou subsidiária⁴⁶, em relação aos atos praticados pelas entidades do Terceiro Setor, o que inclui as organizações sociais, sob o argumento de que as atividades por elas desempenhadas não se amoldam ao conceito de serviço público.

Em visão contraposta, outros Autores entendem que o Estado poderá ser responsabilizado objetivamente nos casos de danos provocados pelas entidades parceiras, desde que de forma subsidiária, ou seja, quando a entidade privada não tiver condições de cumprir com sua obrigação de reparação.

Nessa linha de pensamento segue Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 841):

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação às entidades paraestatais e às entidades do terceiro setor, quando prestem serviço delegado, a qualquer título, pelo poder público: o Estado responde

⁴⁵ De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 592), a responsabilidade do Estado será primária “quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes. Assim, se um servidor, ou qualquer outro agente, estiver atuando em nome da União, do Estado, do Município, do Distrito Federal ou de uma autarquia ou fundação autárquica, o dano que causar será atribuído, primariamente, à pessoa jurídica a cujo quadro pertencer”.

⁴⁶ Já em relação à responsabilidade subsidiária, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 592) faz as seguintes considerações: “Como já vimos anteriormente, há muitas pessoas jurídicas que exercem sua atividade como efeito da relação jurídica que as vincula ao Poder Público, podendo ser variados os títulos jurídicos que fixam essa vinculação. Estão vinculadas ao Estado as pessoas de sua Administração Indireta, as pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionários e permissionários de serviços públicos) e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos por força de contratos administrativos. Em todos esses casos, a responsabilidade primária deve ser atribuída à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Mas, embora não se possa atribuir responsabilidade direta ao Estado, o certo é que também não será lícito eximi-lo inteiramente das conseqüências do ato lesivo. Sua responsabilidade, porém, será subsidiária, ou seja, somente nascerá quando o responsável primário não mais tiver forças para cumprir sua obrigação de reparar o dano”.

subsidiariamente pelos danos causados a terceiros, no caso de insolvência da entidade causadora do dano. Mas essa responsabilidade somente incide quando o dano foi causado em decorrência da prestação de serviço público e não em caso de outras atividades privadas próprias da entidade.

De igual maneira se posicionou José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 155):

Entretanto, parece-nos nesse ponto aplicável a mesma solução já comentada a propósito de obras e serviços contratados pelo Estado. Na eventualidade de o parceiro privado não lograr satisfazer o crédito do lesado, o Estado-parceiro terá responsabilidade subsidiária, eis que em última análise o parceiro privado não deixa de ser um de seus agentes.

Carolina Zancaner Zockun (2010, p. 855) defende a responsabilidade objetiva do Estado quando os danos causados a terceiros tenham como agente causador as organizações sociais.

A situação peculiar das organizações sociais não recai apenas sobre a sua responsabilidade que, como dito, ao contrário das demais entidades do Terceiro Setor, é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Com efeito, enquanto o Estado não responde ante os danos causados pelas entidades do Terceiro Setor, o mesmo não ocorre frente às lesões surgidas em decorrência das atividades das organizações sociais.

Ainda de acordo com a referida autora (ZOCKUN, 2010, p.857), “Logo, apenas depois de esgotadas as forças da organização social é que o Estado responderia pelos danos causados por estas entidades”, ou seja, de forma subsidiária.

Acompanhando o posicionamento de que o Estado responde objetiva e subsidiariamente pelos danos ocasionados pelas organizações sociais, Lucia Valle Figueiredo (2008, p. 168) afirmou que, “No tocante à responsabilidade pelos atos dessas sociedades, não temos dúvidas em afirmar que é objetiva, respondendo o Estado subsidiariamente”.

Interessante e pormenorizada é a discussão travada por Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 162), que trabalha a questão da possibilidade de responsabilização estatal em relação às parcerias com as organizações sociais de acordo com as peculiaridades que caracterizam estas entidades.

Em um primeiro momento, o autor afasta a ideia de que o Estado deverá ser responsabilizado por danos provocados pelas entidades parceiras simplesmente pelo fato de que as organizações sociais possuem obrigatoriamente integrantes na

composição do Conselho de Administração, pois, independentemente disso, os atos são praticados pela pessoa jurídica e não pela física. Isso, por outro lado, não retira eventual responsabilidade pessoal dos integrantes daquele órgão pelo cometimento de atos ilícitos (ROCHA, 2003, p. 164).

Outra hipótese de responsabilidade estatal afastada por Sílvia Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 166) diz respeito aos danos provocados por bens, móveis ou imóveis, cuja permissão de uso foi deferida à organização social como forma de fomento. De acordo com o autor, “a permissão de uso desses bens implica transferência da posse direta e transferência do dever de guarda”, o que atrai para a entidade privada eventual dever de ressarcimento.

Quanto aos atos praticados pelos servidores públicos cedidos às organizações sociais, a visão de Sílvia Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 164) é diferente. Na opinião do autor, como a cessão não encerra o vínculo do agente com o ente estatal, o dever de vigilância persiste, razão pela qual a responsabilidade do Estado perante terceiros é aplicável, ainda que o ato tenha sido praticado em atendimento às instruções da entidade privada.

De igual maneira, o jurista propõe a responsabilidade do Estado quando restar comprovada a omissão estatal no dever de fiscalizar as atividades prestadas pela organização social, em completa afronta ao disposto no art. 8º da Lei nº 9.637/98 (ROCHA, 2003, p. 165). Essa, aliás, é a hipótese de responsabilização mais plausível, levando-se em consideração que o Estado é reconhecidamente um péssimo fiscalizador, especialmente no que se refere àqueles serviços delegados à iniciativa privada.

Em resumo, Sílvia Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 166), chega às seguintes conclusões:

Portanto, os fatos relacionados às atividades das organizações sociais e que podem ensejar à responsabilização do Estado, a nosso ver, são: o ato praticado por agente público cedido à organização social e a omissão da Administração Pública em fiscalizar as atividades da organização social. O fundamento da responsabilidade não seria o mesmo para todas as situações. Assim, o Estado responderia objetivamente por prejuízos causados a terceiros pelas organizações sociais quando aqueles decorressem de atos ou omissões praticados por agentes do Estado que foram cedidos às organizações sociais. O Estado responderia subjetivamente por prejuízos causados a terceiros por maus serviços prestados pelas organizações sociais quando demonstrado que a omissão em fiscalizar as organizações sociais contribuiu para a ocorrência dos danos.

Conforme se depreende dos ensinamentos acima transcritos, o autor fundamenta a possibilidade da responsabilização estatal justamente nas peculiaridades que envolvem a figura das organizações sociais. Seguindo essa linha de raciocínio, o Estado responderia objetivamente quando o ato fosse praticado por servidor público cedido e, subjetivamente, pelos danos decorrentes de omissão na fiscalização da execução do objeto do contrato de gestão.

De qualquer maneira, essa responsabilidade seria subsidiária, ou seja, surgiria apenas quando a entidade privada não tenha condições de arcar com a reparação. Nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 166):

Cremos que a responsabilidade do Estado, como regra, é subsidiária, isto é, o Estado somente pode ser chamado a concorrer para o ressarcimento dos prejuízos depois de esgotado o patrimônio das organizações sociais. Não há por que responsabilizar o Estado diretamente por tais danos, uma vez que as organizações sociais são alheias à sua estrutura orgânica central; não integram sequer a Administração indireta; não prestam serviços públicos, e são pessoais de direito privado.

Levando-se em consideração todos os posicionamentos doutrinários acima indicados, em especial as reflexões propostas por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, fica claro que a responsabilidade do Estado deverá ser objetiva quando o ato lesivo foi praticado por agente público cedido pelo ente estatal e subjetiva por prejuízos causados a terceiros por maus serviços prestados pelas organizações sociais, quando possível a comprovação de que a omissão na fiscalização contribuiu para o dano. Em ambos os casos, a responsabilidade estatal será subsidiária, ou seja, apenas quando esgotadas todas as possibilidades de ressarcimento junto à organização social.

3.4.1 As causas de exclusão da responsabilidade do Estado.

Em que pese a possibilidade de responsabilização estatal em virtude dos danos provocados pelas organizações sociais, é importante destacar que há hipóteses nas quais o dever de reparação do Estado é afastado, em decorrência de circunstâncias “que rompem o nexo de causalidade entre o comportamento do Estado e o prejuízo experimentado pelo particular” (ROCHA, 2003, p. 167). São as conhecidas causas excludentes de responsabilidade, quais sejam, o caso fortuito, a

força maior e a culpa da vítima. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 795) ainda indica a culpa concorrente da vítima como causa atenuante.

3.4.1.1 O caso fortuito e a força maior.

Corriqueiramente ambos os institutos são confundidos, o que não merece prosperar em virtude das suas peculiaridades. No entanto, como seus efeitos são similares em relação à exclusão da responsabilidade civil objetiva do Estado, o caso fortuito e a força maior serão abordados de forma conjunta.

Nas palavras de Silvio Luís Ferreira da Rocha (2013, p. 167), “a força maior pode ser definida como o acontecimento imprevisível advindo de forças alheias ao homem, como a Natureza, uma tempestade, um terremoto, um raio”. Já o caso fortuito “seria um acontecimento imprevisível ou irresistível provocado por ato humano, como o roubo”.

A respeito dessas causas excludentes de responsabilidade estatal, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 168) faz as seguintes considerações:

Nas hipóteses de responsabilidade objetiva o Estado exonera-se da obrigação de indenizar se não houve nexos de causalidade entre seu comportamento comissivo ou omissivo e o evento danoso. Assim, a força maior pode afastar o dever do Estado de indenizar, porque ela rompe o nexos de causalidade entre o comportamento e o dano.

Da mesma forma, no nosso modo de ver, o caso fortuito pode também afastar a obrigação do Estado de indenizar quando rompe o nexos de causalidade entre o comportamento e o dano nos casos em que o evento esteja compreendido no âmbito da atuação do Estado⁴⁷.

Por outro lado, vale mencionar que nem sempre esse nexos de causalidade é afastado nas hipóteses de força maior ou caso fortuito. Em determinadas situações nas quais o Estado foi omissivo na prestação de determinado serviço e isto contribuiu para o evento danoso, poderá surgir a responsabilização estatal, que dessa vez não será objetiva, mas sim subjetiva, em decorrência da aplicação da teoria da culpa do serviço público (DI PIETRO, 2015, p. 795).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 795), para ilustrar essa hipótese de responsabilização estatal mesmo diante de casos de força maior, exemplifica com o caso em que uma tempestade provoca danos em uma determinada cidade, situação

⁴⁷ Nesse ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 795) emite opinião dissonante, segundo a qual o caso fortuito não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado.

na qual “o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido insuficiente para impedir a enchente”.

Portanto, nesses casos, em que há força maior ou caso fortuito, as organizações sociais e, por consequência, o Estado, não responderão por eventuais danos provocados a terceiros, mesmo que eles tenham ocorrido em algum bem público cedido à entidade privada, por exemplo. De outro modo, surge o dever de reparação civil quando ficar constatada eventual omissão na conservação da estrutura daquele bem público.

3.4.1.2 A culpa do lesado.

Outra possibilidade de exclusão da responsabilidade estatal diz respeito à culpa da vítima. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 795), “quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a vítima”.

Diante do exposto fica nítido que o Estado não poderá ser responsabilizado quando o ato lesivo ocorreu mediante culpa exclusiva da vítima e que, nas hipóteses em que haja culpa concorrente, o dever de reparação deverá ser atenuado, o que, resultará, por consequência, na redução do *quantum* indenizatório.

Da mesma maneira como nos demais casos de responsabilidade do Estado, a questão da culpa exclusiva ou concorrente da vítima também é aplicada em relação à responsabilização estatal decorrente de atos praticados pelas organizações sociais.

3.5. A REPARAÇÃO DO DANO.

Caso configurada a responsabilidade estatal em face dos atos praticados pela organização social parceira, surge o dever de reparação do Estado, ainda que de maneira subsidiária, o que se materializa na figura da indenização⁴⁸.

⁴⁸ Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 600), “a indenização é montante pecuniário que traduz a reparação do dano. Corresponde à compensação pelo prejuízo oriundo do ato lesivo”.

Acerca do dever de indenização por parte do Estado quando configurada sua responsabilidade em relação aos danos ocasionados pelas organizações sociais, Silvio Luís Ferreira da Rocha traz as seguintes considerações:

Caso seja apurada a responsabilidade do Estado por atividades das organizações sociais nas circunstâncias acima indicadas, surge o dever de indenizar os danos sofridos por terceiros. O dano indenizável deve atender a certos requisitos. Ele deve ser certo, isto é, real, ainda que futuro, e deve ter lesionado um direito. O dano indenizável é o dano que corresponda à lesão a um direito da vítima.

Os danos compreendem, no caso, os prejuízos materiais sofridos e as expectativas legítimas de rendas não auferidas em razão do evento, além da indenização cabível por danos morais.

De acordo com José Carvalho dos Santos Filho (2015, p. 601), a indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo a equivaler ao prejuízo ocorrido, acrescentado das despesas que foi obrigado a contrair e ao que deixou de ganhar e, quando for o caso, com a incidência de juros de mora e correção monetária. O autor também assevera que “tendo havido morte, incide a regra do art. 948 do Código Civil, que fixa os fatores suscetíveis de serem indenizados. Por outro lado, ocorrendo lesões corporais ou redução da capacidade de trabalho, aplicam-se os arts. 949 e 950 do mesmo Código”.

Portanto, a partir das lições doutrinárias acima transcritas, denota-se que a indenização a ser adimplida pelo Estado, quando configurado seu dever de reparação, deverá abranger todos os danos sofridos pelo terceiro em decorrência do ato praticado pela entidade parceira, o que inclui todos os prejuízos materiais, morais e as expectativas legítimas de renda que deixou de auferir. Nas hipóteses em que haja a morte do lesado, o Estado, subsidiariamente, deverá prestar todo tipo de auxílio à família da vítima. Enquanto isso, nos casos de lesões corporais, arcará com o tratamento, lucros cessantes e eventual pagamento pensão.

3.5.1 Os meios de reparação.

De acordo com classificação elaborada por Diógenes Gasparini (2012, p. 1133), a vítima da ação danosa poderá pleitear a indenização de duas maneiras: processo administrativo ou judicial.

3.5.1.1 Processo administrativo.

A pretensão administrativa de indenização, ou, como denomina Diógenes Gasparini (2012, p. 1134), pedido amigável de indenização, “processa-se perante a Administração Pública responsável pelo agente público causador do dano e, obviamente, pela indenização”.

Acerca do pedido administrativo de indenização, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 601) faz a seguinte análise, baseado nos ensinamentos de Diógenes Gasparini:

Na via administrativa, o lesado pode formular seu pedido indenizatório ao órgão competente da pessoa jurídica civilmente responsável, formando-se, então, processo administrativo no qual poderão manifestar-se os interessados, produzir-se provas e chegar-se a um resultado final sobre o pedido. Se houver acordo quanto ao montante indenizatório, é viável o pagamento de uma só vez ou parceladamente, tudo de acordo com a autocomposição das partes interessadas.

Ainda no que toca ao eventual acordo celebrado entre o Estado e a vítima do dano, Diógenes Gasparini (2012, p. 1134) aduz que, por se tratar de direitos disponíveis, as partes podem convencionar que o pagamento da indenização seja de uma vez só, de maneira parcelada, por meio da cessão de bens que satisfaçam o crédito e até mesmo mediante a restauração de bem eventualmente atingido pelo dano.

3.5.1.2 Processo judicial.

Outra alternativa deferida ao lesado para efetivação de seu direito à reparação pelo dano provocado pela organização social, e sobre o qual o Estado poderá ser responsabilizado, consiste na proposição de ação judicial, que independe de prévia negativa administrativa.

A respeito da possibilidade de ajuizamento de medida judicial, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 601) assim se manifestou:

Não havendo acordo, ao lesado caberá propor a adequada ação judicial de indenização, que seguirá o procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme a hipótese (arts. 272 e 275, CPC/1973; art. 318, novo CPC: apenas o procedimento comum, já que desapareceu a dicotomia ordinário e sumário). O foro da ação vai depender da natureza da pessoa jurídica: se for a União, empresa pública ou entidade autárquica federal, a competência

é da Justiça Federal (art. 109, I, CF); se for de outra natureza, competente será a Justiça Estadual, caso em que deverá ser examinado o que dispuser o Código de Organização Judiciária local. Observe-se, ainda que, dependendo do valor pleiteado, pode a ação ser proposta nos Juizados Especiais Federais ou nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, onde já estiverem instalados.

Diante das lições acima transcritas, depreende-se que o lesado deverá ajuizar uma ação, que seguirá o rito comum previsto no art. 318 do Código de Processo Civil, e cuja competência dependerá da natureza da pessoa jurídica. No caso das parcerias com as organizações sociais previstas na Lei nº 9.637/98, levando-se em consideração que os contratos de gestão são celebrados no âmbito da União, a Justiça Federal será competente para o julgamento das ações de indenização.

Por outro lado, nas hipóteses em que o dano decorra de uma parceria firmada por outro ente da federação, conforme as leis estaduais e municipais que eventualmente tenham disciplinado os contratos de gestão com organizações sociais, a análise da pretensão será realizada pela respectiva Justiça Estadual.

Outro aspecto importante de se destacar diz respeito ao fato de que a peça inicial deverá cumprir aos requisitos estabelecidos no art. 319 do Código de Processo Civil e, diante da possibilidade de responsabilidade subsidiária do Estado, deverá indicar no polo passivo da lide tanto a organização social quanto o ente estatal, consoante entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹.

Uma vez preenchidos todos os requisitos acima mencionados, Diógenes Gasparini (2012, p. 1135) defende que “provados os fatos, no que respeita ao dano efetivamente suportado pela vítima, e o nexo de causalidade entre o evento lesivo e o dano, está garantido o êxito da demanda, salvo se o Estado demonstrar que a

⁴⁹ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA ESTADUAL. AUTARQUIA RESPONSÁVEL PELA CONSERVAÇÃO DAS ESTRADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.

1. A jurisprudência do STJ considera que, muito embora a autarquia seja responsável pela preservação das estradas estaduais, e pelos danos causados a terceiros em decorrência de sua má-conservação, o Estado possui responsabilidade subsidiária. Assim, possui esta legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Confirmam-se os precedentes: AgRg no AREsp 203.785/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 03/06/2014; AgRg no AREsp 539.057/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09/10/2014; REsp 1137950/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 30/03/2010; AgRg no REsp 875.604/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/06/2009.

(...)

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1595141/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 05/09/2016)

culpa pelo dano é da vítima ou se não foi ele o causador do dano (caso fortuito, força maior)”.

Em relação ao pagamento efetivo da indenização, o autor entende que a indenização deverá ser paga em dinheiro e em uma única parcela, exceto quando acordado entre as partes. Assim, quando transitada em julgado a sentença, “procede-se à execução do crédito, observado o que estabelece o art. 100 e seus parágrafos da Constituição Federal, se for contra a Fazenda Pública ou autarquia” (GASPARINI, 2012, p. 1135).

Nesse aspecto é importante pontuar, que especificamente em relação à responsabilidade civil do Estado em decorrência dos atos praticados pelas organizações sociais, a execução da sentença deverá ser feita diretamente em face da entidade privada e, somente no caso de eventual inadimplemento, a pretensão se voltará contra o ente estatal, daí sim observado o regime dos precatórios.

3.5.2 A prescrição da pretensão de indenização.

No que concerne à prescrição da pretensão de ressarcimento por parte do terceiro lesado pelas organizações sociais, impende assinalar que “assim como ocorre com os direitos subjetivos em geral, não podem eles ser objeto da inércia do titular, sob pena de surgimento da prescrição da ação que tenha por fim a tutela desses direitos” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 601). Nesse aspecto, o mesmo autor faz uma interessante análise acerca da evolução do prazo prescricional em relação aos pedidos de reparação civil em face do Estado.

Inicialmente era inquestionável que a prescrição contra o Estado era quinquenal, consoante disciplinava o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Posteriormente, com a promulgação da Medida Provisória nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001, que inseriu o art. 1º-C na Lei nº 9.494/1997, passou-se a reconhecer que o mesmo prazo quinquenal também era aplicável às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que se justifica em face da equiparação trazida no §6º do art. 37 da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2015, p. 601).

No entanto, o Código Civil de 2002, dentre as várias alterações que promoveu nos prazos prescricionais, no seu art. 206, §3º, V, fixou o prazo de 03 (três) anos para o exercício da pretensão relativa à reparação civil. Essa

modificação, na opinião de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 602), representou alteração em relação ao prazo prescricional para a reparação civil de danos provocados pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes:

Como o texto se refere à reparação civil de forma genérica, será forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas como as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Desse modo, ficarão derogados os diplomas acima no que concerne à reparação civil. Contudo, as demais pretensões pessoais contra a Fazenda continuam sujeitas à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/1932.

O posicionamento acima externado foi objeto de divergência tanto na doutrina⁵⁰ quanto na jurisprudência, até que em 12 de dezembro de 2012 o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1251993/PR, consolidou o entendimento no sentido de que o prazo prescricional para ação de reparação de danos civis em face do Estado deverá ser quinquenal, nos termos da legislação especial, qual seja, aquela inserida no Decreto nº 20.910/1932. Nesse sentido, vale transcrever a ementa do mencionado Acórdão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do (...) (REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012)

Diante da consolidação do entendimento pelo Poder Judiciário, resta indiscutível que a prescrição da ação para reparação civil por ato das organizações sociais é de 05 (cinco) anos, prazo que se aplica tanto às pretensões manifestadas na via administrativa quanto na judicial.

⁵⁰ Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 811) defende a ideia de que o prazo prescricional permanece quinquenal. De igual maneira é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1086).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o surgimento dos Estados Modernos até os dias atuais, as sociedades ocidentais estão em constantes transformações, potencializadas pelos momentos de crise, seja ela política, econômica ou social. É justamente nessas situações que surgem as discussões mais ferrenhas acerca do modelo ideal de Estado, se é o Social, o Liberal ou outro intermediário, e também a respeito da melhor forma de organização da Administração Pública, patrimonial, burocrática ou gerencial.

Assim, sempre que determinado Estado passa por uma grave crise, aparecem os “reformistas”, com críticas ao modelo vigente e, ao mesmo tempo, com propostas que se apresentam como a solução para todos os males.

Esse fenômeno foi facilmente verificado ao longo do tempo em todos os países, inclusive no Brasil, que, por ter uma evolução tardia, norteia suas ações sob a influência dos modelos adotados pelos países centrais, sem, ao menos, levar em consideração suas próprias peculiaridades.

Assim ocorreu no início da década de 90, quando o Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, reconhecidamente com inspiração no Estado Social no que se refere a forte atuação estatal na prestação dos serviços essenciais, atravessou uma grave crise política e econômica, marcada pela crescente inflação.

Naquele momento, marcado pela globalização e o fortalecimento do neoliberalismo, passou-se a atribuir ao crescimento desmensurado do Estado na prestação de serviços e ao modelo burocrático da Administração Pública a responsabilidade pela ineficiência estatal nas suas atividades.

Daí surge a ideia de transformação do modelo de Administração Pública burocrática para o gerencial, que se nortearia sob as premissas de uma atuação estatal eficiente, com a redução dos custos e o aumento da qualidade na prestação dos serviços públicos, levando em consideração que o cidadão é um “cliente”.

A partir desses postulados, no governo do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, promoveu-se um estudo, capitaneado pelo Ministro Bresser Pereira, denominado de “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, cujo objetivo era promover a alteração do modelo burocrático para o gerencial.

Dentre as principais inovações trazidas por essa proposta estava a redução do aparato estatal, com a flexibilização da burocracia weberiana, o controle a posteriori dos resultados obtidos a partir das metas previamente fixadas pelos órgãos, com a descentralização, desregulamentação e uma maior participação dos cidadãos e da iniciativa privada, a quem competiria prestar serviços de interesse públicos por meio do fomento estatal.

É bom que se diga que apesar da reforma administrativa acima referida ter apresentado institutos e ideias interessantes, na prática seu sucesso é questionável, o que se conclui mediante a simples constatação de que a tão almejada eficiência da Administração Pública, de modo geral, não foi alcançada, tanto é que são constantes as críticas e as propostas para uma nova reforma.

Aliás, os questionamentos por parte da doutrina administrativista apareceram logo no começo do projeto, pois o reputavam como inconstitucional, especialmente em razão de uma suposta intenção de fuga ao regime jurídico de direito público, representada pela privatização de empresas públicas e sociedades de economia mista. Mesmo assim o Plano Diretor foi levado adiante, aprovado e promulgado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

Um dos pontos mais controversos da reforma administrativa diz respeito às organizações sociais, cujo modelo foi inspirado no modelo idealizado por Margareth Thatcher na Grã-Bretanha, segundo o qual, entidades privadas sem fins lucrativos, vinculadas à sociedade civil, desde que cumpridos certos requisitos legais, poderiam celebrar um contrato de gestão para a prestação de serviços sociais não exclusivos do Estado, tais como saúde, educação, etc., mediante o recebimento de fomento estatal.

Como forma de implementar esse instituto, houve a promulgação da Lei nº 9.637/98, que, entre outras medidas: previu os requisitos legais para a qualificação dessas entidades como organizações sociais; a forma de organização do Conselho de Administração; disciplinou o contrato de gestão; as formas de fiscalização e execução do contrato de gestão; estabeleceu as formas de fomento estatal; previu o processo de desqualificação.

Vale registrar que, da mesma maneira que ocorreu com a reforma administrativa em si, a Lei nº 9.637/98 também sofreu diversos e consistentes questionamentos em relação a sua constitucionalidade, especialmente porque

concedeu às organizações sociais a prestação de serviços sociais de titularidade do Estado e intimamente ligados aos direitos e garantias constitucionais.

Além disso, apontou-se para a violação da ordem constitucional em relação à dispensa de licitação para a qualificação e a escolha da entidade parceira; às formas de fomento deferidas às organizações sociais, em ofensa ao dever de licitar e ao concurso público; às formas de fiscalização, etc. Essas supostas incompatibilidades com o comando constitucional decorrem do fato de que esse modelo de parceria foi importado do direito “alienígena”, sem a observância do regime jurídico brasileiro.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou os apontamentos relacionados à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 no julgamento da ADI nº 1923 e decidiu pela parcial procedência da ação tão somente para determinar que o diploma normativo seja interpretado conforme a Constituição Federal. Em outras palavras, nossa Corte Suprema preferiu uma solução “republicana” para os vícios contidos na Lei das organizações sociais.

Somados aos dispositivos legais discutíveis, observou-se que a Lei nº 9.637/98 nada disse a respeito da eventual responsabilidade das organizações sociais pelos danos por elas provocados a terceiros na execução do contrato de gestão, muito menos se o Estado também poderia ser responsabilizado.

Essa lacuna legislativa, aliada ao silêncio da Constituição Federal de 1988 no seu art. 37, §6º, que, em razão de ter sido promulgada em momento anterior à Lei das organizações sociais, nada dispõe a respeito, faz nascer uma dúvida de fundamental importância, ainda mais quando se leva em consideração que, de modo geral, as organizações sociais se mostraram ineficientes: o Estado pode simplesmente delegar as atividades relacionadas aos serviços sociais às entidades parceiras e, com isso, se desonerar de qualquer responsabilidade, o que inclui eventual dever de reparação por danos provocados a terceiro?

Como resposta à indagação acima trazida e à luz do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, conclui-se que o ente estatal deverá ser responsabilizado objetivamente quando o ato danoso for praticado diretamente por servidor público cedido à organização social e, subjetivamente, nos casos em que restar evidenciado a sua omissão no dever de fiscalizar. Em ambas as situações o dever de arcar com a reparação será subsidiário, ou seja, apenas quando a entidade parceira não tiver condições de adimplir com a obrigação.

Uma vez observadas as hipóteses excludentes e/ou atenuantes de responsabilidade, o pedido de ressarcimento deverá ser realizado por meio de processo administrativo ou judicial. Neste ultimo caso, comprovadas todas as condições de ação, o pedido deverá ser julgado procedente, com a consequente determinação para o pagamento da indenização. Caso a responsabilidade recaia sobre o Estado, em virtude do não pagamento por parte da organização social, a execução seguirá o regime de precatórios. Finalmente, é importante mencionar que o prazo prescricional para ajuizamento do pedido de indenização pelo lesado é de 05 (cinco) anos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente, **Direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, organizações sociais, agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e outras modalidades de prestação de serviços públicos**. São Paulo: Ltr, 2000.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARGÜELO, Katie Silene Cáceres. **O Ícaro da modernidade**: direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: _____. (org.). **Privatización y liberalización de servicios**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 19-35

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005

_____, SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito à informação e aplicação da lei nº 12.527/11 às organizações sociais. In: _____, HACHEM, Daniel Wunder (coords.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidades: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao professor Jorge Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Reflexões sobre o direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma visão a partir da doutrina e da Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro Setor: desafios e perspectivas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

BEMQUERER, Marcos. **O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BENJAMIN DE LIMA, José. Concessão de serviços públicos e a reforma do Estado. In: **ARGUMENTA**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 3- Jacarezinho, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. Vol. 1: 674 p

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>.

_____, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. 74 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2)

_____, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista do serviço público**, Brasília, v. 120, p. 7-40, jan./abril. 1996.

_____. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo estado. In: _____; SPINK, Peter Kevin (org.) **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 136-157.

COSTA, Ilton Garcia da. Apresentação. In: _____; SANTIN, Valter Foletto. **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

_____; GOFMAN, Bruno. As Parcerias com as Organizações Sociais e a Fiscalização por parte do Ministério Público. In: _____; Rogério Cangussu Dantas Cachichi; Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. (Org.). **Paz, Direito e Fraternidade**. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2016, v. 1, p. 224-242.

CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. In: **ARGUMENTA: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ)**, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 3- Jacarezinho, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Responsabilidade civil das entidades paraestatais. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 824-842.

FERNANDES, Luciana de Medeiros, **Reforma do Estado e Terceiro Setor**, Curitiba: Juruá Editora, 2009.

FERRARI, Paola Nery, FERRARI, Regina Maria Nery, **Controle das Organizações Sociais**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____, Regina Maria Nery. O papel dos Tribunais de Contas em face das Reformas Constitucionais – Controle dos Contratos de Gestão. In: **ARGUMENTA: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ)**, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 1- Jacarezinho, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos Danos Causados a Terceiro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 824-842.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor**, *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, n. 6, 2006.

FREITAS, Juarez. Regime peculiar das Organizações Sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal. In: **Revista de direito administrativo**, Renovar, Rio de Janeiro, v. 214, p. 99-106, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. In: **ARGUMENTA**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 2 - Jacarezinho, 2002.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Responsabilidade da administração pública pelo desfazimento da licitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JANINI, Tiago Cappi. Responsabilidade civil do Estado nas epidemias de dengue. In: **Revista Jurídica – Unicuritiba**, Curitiba, v. 42, p. 429-461, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil – desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (org.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, v., p. 163-194.

_____. Serviços públicos e desenvolvimento: uma crítica ao modelo de Parcerias Público-Privadas no setor social. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). (Org.). **Estado, direito e políticas públicas?** Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 1ed. Curitiba: Íthala, 2014, v. , p. 63-82.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. rev, atual e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. atual, São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1079.

MENEM, Carlos; Roberto Dromi. **El Estado Hoy: Integración, participación e solidaridad**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil**: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, Organizações sociais. In: DALLARI, Adilson de Abreu, VALDER DO NASCIMENTO, Carlos, MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). **Tratado de direito administrativo**. v.2, São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e organizações sociais. In: JUSTINO, Gustavo Henrique Justino de. (coord.). **Terceiro Setor – Empresas e Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 87-109.

SANNA, Fernanda Amorim. O preconceito do Sistema das Subvenções na Sistemática dos Convênios e Termos de Parceria. In: SPARAPANI, Priscila, ADRI, Renata Porto. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Terceiro Setor – Empresas e Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-307.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. A obrigação do Estado de indenizar os danos decorrentes do mau funcionamento dos serviços judiciários. In: **ARGUMENTA**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 1- Jacarezinho, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirização e regulação**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. Estímulos positivos. In: JUSTINO, Gustavo Henrique Justino de. (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e privado. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAMURA, Takayuki; VASCONCELLOS, Mercia Miranda; GIACOIA, Gilberto. Estudo da constitucionalidade da terceirização da saúde por meio do Decreto nº 8.040 de 8 de julho de 2013. In: _____; SANTIN, Valter Foletto. **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Terceiro Setor**: entre a liberdade e o controle. Editora jusPODIVM: Salvador, 2013.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

_____. Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidades do “Terceiro Setor”. In: FORTINI, Cristiana (coord.) **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZOCKUN, Caroline Zancaner. Da responsabilidade do Estado frente aos danos causados pelas Organizações Sociais. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 844-857.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ANEXO

Presidência da República**Casa Civil****Subchefia para Assuntos Jurídicos****LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.**

[Conversão da MPv nº 1.648-7, de 1998](#)

Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

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

CAPÍTULO I
DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Seção I

Da Qualificação

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

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

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

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

ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

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

Seção II

Do Conselho de Administração

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

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

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

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

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

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

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

Seção III

Do Contrato de Gestão

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

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

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

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

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

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

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

Seção IV

Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

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

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

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

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

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

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

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

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

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

Seção V

Do Fomento às Atividades Sociais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de

gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

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

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

Seção VI Da Desqualificação

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

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

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

CAPÍTULO II DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

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

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

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

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

- I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;
- II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;
- III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico -

CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

~~Art. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente do disposto no [inciso II do art. 37](#) e no [inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#), assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009\)](#)~~

~~Parágrafo único. As disposições do **caput** aplicam-se aos servidores que se encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009\)](#)~~

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

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

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

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

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

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Paulo Paiva

José Israel Vargas

Luiz Carlos Bresser Pereira

Clovis de Barros Carvalho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 18.5.1998 e [retificado no DOU 25.5.1998](#)

ANEXO I

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS	ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA	REGISTRO CARTORIAL
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus	Primeiro Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Cidade de Campinas - SP, nº de ordem 169367, averbado na inscrição nº 10.814, Livro A-36, Fls 01.
Fundação Roquette Pinto	Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP	Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Av. Pres. Roosevelt, 126, Rio de Janeiro - RJ, apontado sob o nº de ordem 624205 do protocolo do Livro A nº 54, registrado sob o nº de ordem 161374 do Livro A nº 39

		do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.
--	--	--

ANEXO II

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS	QUADRO EM EXTINÇÃO
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq
Fundação Roquette Pinto	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado