

CONTRATOS DE GESTÃO CELEBRADOS PELO PODER PÚBLICO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

Lília Flores de Araújo Bastos

INTRODUÇÃO

Em 1995, no Brasil, foi editado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Esse documento político propunha a adoção de uma administração pública gerencial, baseada no controle por resultados e na busca pela maior eficiência na prestação dos serviços públicos para a população.

No contexto supramencionado, e com o objetivo de tornar efetiva a proposta de mudança trazida pelo Plano Diretor, foram editadas a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, e diversas leis que trouxeram, para o ordenamento jurídico brasileiro, novos institutos de Direito Administrativo.

Entre as novas figuras criadas em decorrência da reforma gerencial de 1995, merecem atenção o contrato de gestão e as organizações sociais, introduzidas no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Por isso, o tema escolhido para esta monografia: contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

O exame do tema ora proposto justifica-se pelo fato de que o contrato de gestão é um instituto que gera bastante polêmica, uma vez que recebe diversas críticas de respeitável doutrina nacional. Tais críticas apresentam-se, em um sentido, pela incompatibilidade do contrato de gestão com o ordenamento jurídico brasileiro, quando celebrado com órgãos da administração direta e indireta, à luz do disposto no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal. Em outro sentido, em sendo celebrado esse tipo de contrato com organizações sociais, as críticas parecem ainda mais fervorosas, apontando para inconstitucionalidades presentes na Lei n. 9.637/98.

* Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Profª Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira.

Mostra-se necessária a análise detalhada do instituto do contrato de gestão, uma vez que, a par das críticas existentes, o poder público tem celebrado tais contratos com organizações sociais, o que acarreta na destinação, para pessoas jurídicas de direito privado, de recursos orçamentários e de bens públicos, além da cessão de servidores públicos.

No presente estudo, o primeiro problema que há de ser solucionado é a conceituação do que vem a ser os contratos de gestão que podem ser celebrados pelo poder público com as organizações sociais, de acordo com o previsto na Lei n. 9.637/98. Há que se definir, também, se tais contratos de gestão são compatíveis com ordenamento jurídico brasileiro.

Com o intuito de se buscarem respostas para os problemas mencionados, esta monografia possui o objetivo de analisar a previsão legal dos contratos de gestão que podem ser firmados pelo poder público com as organizações sociais, conforme o estabelecido na Lei n. 9.637/98. Utilizar-se-ão, como procedimentos instrumentais, a pesquisa bibliográfica e a análise de caso na busca do exame dos seguintes aspectos:

a) Organizações sociais e contrato de gestão no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado;

b) Contrato de gestão previsto na Lei n. 9.637/98 e contrato de gestão previsto no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal brasileira de 1988, acrescentado por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98;

c) Institutos semelhantes ao contrato de gestão presentes no ordenamento jurídico da França;

d) Discussões doutrinárias a respeito de inconstitucionalidades presentes na Lei n. 9.637/98 no que se refere ao contrato de gestão; e

e) A título de estudo de caso, exame do contrato de gestão celebrado entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade (ICS), associação civil qualificada como organização social. O indicado contrato de gestão possuía como finalidade implantar, implementar, manter e desenvolver as ações do Programa Saúde da Família do Distrito Federal.

Esta monografia foi organizada em cinco capítulos. Em cada um dos capítulos, dar-se-á enfoque para um dos aspectos supramencionados.

Destarte, no primeiro capítulo, serão feitas considerações a respeito do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, durante o primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, fazendo colocações acerca da administração pública burocrática e da administração pública gerencial. Objetiva-

se situar, no momento histórico brasileiro, o advento da Lei n. 9.637/98, que dispõe sobre as organizações sociais e prevê a realização com elas de contratos de gestão, e o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, que acrescentou o § 8º ao artigo 37 da Constituição Federal de 1988, trazendo para o texto constitucional a figura do contrato de gestão.

O segundo capítulo realizará a comparação dos contratos de gestão a serem celebrados com as organizações sociais, conforme previsão da Lei n. 9.637/98, com os contratos de gestão a serem celebrados com órgãos e entidades da administração direta e indireta, de acordo com a previsão do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, acrescentado por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98. Nesse capítulo, serão traçadas as semelhanças e as diferenças desses dois tipos de contrato de gestão por intermédio da análise de posições da doutrina a respeito do tema.

Já o terceiro capítulo fará uma análise de direito comparado, de modo a verificar se institutos do Direito Administrativo francês influenciaram no surgimento dos contratos de gestão no direito brasileiro.

O objeto do quarto capítulo será o exame da inconstitucionalidade do contrato de gestão a ser celebrado com organizações sociais, o que será feito por intermédio da análise dos argumentos desenvolvidos pela doutrina e pelos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1943-1 e n. 1923-5, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, proceder-se-á ao estudo de inconstitucionalidades presentes na Lei n. 9.637/98 no que se refere ao contrato de gestão, tendo em vista aspectos como a não-realização de licitação para a celebração de contratos de gestão do poder público com as organizações sociais. Far-se-á, ainda, o exame da inconstitucionalidade da alteração feita na Lei n. 8.666/93, por intermédio da Lei n. 9.648/98, a qual acrescentou o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.

O quinto capítulo destinar-se-á à realização de um estudo de caso, qual seja, o do Programa Saúde da Família do Distrito Federal. Para tanto, primeiramente, far-se-á uma análise da legislação do Distrito Federal que regulamenta a qualificação de entidades de direito privado como organizações sociais. Em seguida, será examinado o contrato de gestão celebrado entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade, o qual possuía como finalidade implantar, implementar, manter e desenvolver as ações do Programa Saúde da Família. Dando continuidade, serão analisadas as irregularidades na execução do aludido contrato de gestão, constatadas pelo Grupo-Tarefa instituído pelo Ministro de Estado da Saúde, por intermédio da Portaria n. 145/2002, com o objetivo de realizar ampla auditoria na Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Finalmente, na conclusão, será feita uma breve recuperação do assunto analisado em cada capítulo e a verificação se os objetivos traçados para o trabalho foram alcançados.

Os contratos de gestão celebrados pelo poder público com as organizações sociais sustentam-se, em última análise, na idéia de que o Estado não é mais capaz de prestar serviços públicos para a população com a qualidade e a eficiência desejadas. Esses contratos surgem, então, como uma solução para buscar o melhor atendimento das necessidades das pessoas.

Novos institutos criados para superar a insuficiência do Estado na prestação de serviços públicos, no entanto, sempre devem ser analisados com cuidado. E essa análise cuidadosa deve envolver dois aspectos: o aspecto teórico, de justificativa e fundamentação do instituto, e o aspecto prático, de observação dos problemas encontrados na sua execução. Isso porque, sabe-se, nem sempre a prática consegue alcançar o resultado teoricamente pretendido, e, muitas vezes, o que impede esse alcance é a falta de preparo ou mesmo a falha humana.

Pretende-se estudar os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro diante dos dois aspectos propostos: o teórico e o prático. A motivação da estrutura deste trabalho fundamenta-se em duas idéias básicas: antes de se criticar determinado instituto é necessário conhecê-lo, de preferência, conhecê-lo bem; e de nada adianta uma boa previsão teórica de um instituto se as pessoas que devem aplicá-lo não estão preparadas para fazê-lo ou, agindo de má-fé, utilizam-no de forma a alcançar vantagens ilícitas.

Destarte, ao lado de se verificar se os contratos de gestão realizados pelo poder público com as organizações sociais são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, há que se questionar se, de fato, eles estão possibilitando a prestação de serviços à população com a eficiência desejada.

Certa dos desafios que o estudo do tema proposto traz para quem se dispõe a realizá-lo, não se pretende, com esta monografia, esgotá-lo. Pretende-se, em verdade, apenas dar uma singela contribuição para o debate acadêmico a respeito dele, juntando teoria e prática para uma visão mais completa a respeito dos contratos de gestão firmados pelo poder público com as organizações sociais.

1 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E CONTRATO DE GESTÃO NO PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

1.1 PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO: MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SETORES DO APARELHO DO ESTADO

Em 1998 foi aprovada a Emenda Constitucional n. 19, datada de 4 de junho daquele ano, denominada como a emenda da reforma administrativa. Mas a reforma da administração pública implementada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso não se limitou à alteração do texto da Constituição Federal, englobando, em verdade, uma série de atos políticos e legislativos. Entre esses últimos estão incluídos diversos diplomas normativos de cunho infraconstitucional, editados antes e depois da Emenda Constitucional n. 19/98, podendo ser destacada a Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação das entidades como organizações sociais e prevê a realização com elas de contratos de gestão, sobre a criação do Programa Nacional de Publicização, sobre a extinção dos órgãos e das entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e sobre outras providências.

Com o intuito de se compreenderem os institutos jurídicos criados com a reforma administrativa iniciada em 1995, mostra-se fundamental uma análise do documento político que a desencadeou, qual seja, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi elaborado em 1995, durante o primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Foi fruto do trabalho desenvolvido pela Câmara da Reforma do Estado, no recém-criado Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), liderado pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. É um documento político no qual constam os motivos que justificam a reforma da administração pública, os princípios que devem nortear essa reforma e os passos para efetivá-la.

O ex-Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, professor de Economia Política na Fundação Getúlio Vargas, foi o grande teórico e realizador daquela que ele denomina a “reforma gerencial da administração pública” ou “reforma gerencial de 1995”¹. Também pode ser apontado como o grande defensor dessa reforma, posição essa que fica bastante clara pela sua produção intelectual a respeito do tema (artigos publicados e livros editados).

¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995*. 1999.

A análise do material produzido pelo ex-Ministro Bresser-Pereira facilita em muito o entendimento das bases teóricas que justificaram a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e a conseqüente reforma administrativa realizada no Brasil a partir de 1995. Eventuais críticas a essa reforma precisam passar, necessariamente, pelo momento anterior de compreensão dela.

Em 1995, o Presidente Fernando Henrique Cardoso transformou a Secretaria da Administração Federal da Presidência da República (SAF) no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) e nomeou Luiz Carlos Bresser-Pereira como Ministro desse recém-criado ministério. No entendimento do Ministro nomeado, a criação do Mare, com essa denominação que recebera, já era um desafio para aquele que fosse nomeado Ministro e para sua equipe: enfrentar a “reforma da administração pública a partir da perspectiva ampla da reforma do Estado”².

O Ministro nomeado explica-nos que já possuía algumas idéias sobre uma nova administração pública (que denominaria de gerencial) pela leitura do livro *Reinventando o Governo*, de Osborne e Gaebler. Mas ele entendeu necessário aprofundar seus conhecimentos a respeito do tema, o que fez viajando para a Inglaterra no início do governo e se informando sobre a bibliografia lá existente a respeito da denominada nova gestão pública. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e a Emenda Constitucional n. 19/98 teriam sido elaborados sob grande influência da reforma que estava ocorrendo no Reino Unido, identificada como a transição de um modelo burocrático da administração pública para um modelo gerencial³.

Segundo Bresser-Pereira (2000), no capitalismo, só podem ser identificadas duas reformas administrativas: a reforma burocrática e a reforma do serviço civil. Só há reforma administrativa quando existe uma mudança institucional, necessariamente seguida por um longo período de implantação. Portanto, não há que se confundir a expressão reforma administrativa com mudanças de organograma da administração pública nem com mudanças ou aperfeiçoamentos na gestão.

A grande justificativa do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é a necessidade de mudança do modelo adotado para a administração pública no Brasil. O país estaria precisando superar o modelo burocrático e adotar o modelo gerencial. Essa necessidade dar-se-ia pelo esgotamento do modelo então adotado, uma vez que o Estado não estaria sendo mais eficiente na prestação dos serviços públicos e na satisfação das necessidades da população. Necessária, então, a redefinição do papel do Estado.

² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial*. 2001.

³ *Idem, ibidem*.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado afirma a existência de três modelos básicos de administração pública, quais sejam: administração pública patrimonialista, administração pública burocrática e administração pública gerencial.

Na administração pública patrimonialista, há uma confusão entre o patrimônio público e o patrimônio do soberano, do príncipe. O aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano. A corrupção e o nepotismo estão presentes nesse tipo de administração, que foi superada com o advento da democracia e do capitalismo⁴. Esse tipo de administração não visa ao interesse público.

O surgimento da administração pública burocrática coincide com o surgimento do Estado Liberal, como reação ao nepotismo e à corrupção característicos da administração pública patrimonialista. O modelo de administração pública burocrática visa a combater os abusos, dando ênfase a procedimentos e a regulamentos administrativos rígidos e muitas vezes demorados. Suas características básicas, no entanto, geram inevitavelmente a ineficiência do Estado, que não consegue enxergar os cidadãos que recebem os serviços públicos como clientes. O defeito desse modelo só começa a ser visualizado a partir do momento em que os serviços do Estado são estendidos, não se limitando mais apenas à manutenção da ordem, à administração da justiça e à garantia dos contratos e da propriedade⁵.

Quando se verifica que o modelo da administração pública burocrática está superado por não atender mais às demandas sociais, por ser ineficiente, propõe-se, na segunda metade do século XX, um novo modelo: a administração pública gerencial (ou nova gestão pública). Nela, a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços públicos passam a ser metas inafastáveis e necessárias. Esse novo modelo surge como consequência da expansão das funções econômicas e sociais do Estado, do desenvolvimento tecnológico e da globalização mundial. É inspirado na administração de empresas; enxerga o cidadão como cliente de seus serviços e realiza o controle pelos resultados⁶. No modelo gerencial, o administrador público possui maior autonomia, maior liberdade para tomar decisões, não estando submetido a um exagerado controle burocrático⁷.

O Brasil, em 1995, necessitaria passar pela transição do modelo burocrático de administração pública para o modelo gerencial.

O ex-Ministro Bresser-Pereira⁸ identifica que o Estado brasileiro, no decorrer de sua história, no plano administrativo, pode ser caracterizado como:

⁴ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 7.

⁵ *Idem, ibidem.*

⁶ *Idem, ibidem.* pp. 7-8.

⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma gerencial do Estado de 1995.* 2000.

⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

patrimonial ou patrimonial-mercantil até 1930; burocrático ou burocrático-industrial entre 1930 e 1985; e gerencial ou gerencial-pós-industrial a partir de 1985.

Ao modelo de administração pública patrimonial que vigeu no Brasil do Império até a Primeira República correspondeu, no plano político, um Estado oligárquico. Dominavam, no Estado brasileiro, as oligarquias rurais, representadas, sucessivamente, pelos senhores de engenho do Nordeste e coronéis de gado do sertão, depois pelos primeiros plantadores de café do Vale do Paraíba e, em uma última fase, pelos cafeicultores do oeste paulista. Além da oligarquia, a classe social dominante também era composta pela burguesia mercantil. O patrimonialismo é identificado na confusão que existe do patrimônio privado com o estatal, na falta de democracia (retratada pela farsa das eleições) e na grande distância educacional e social entre a elite dominante e o restante da população⁹.

Com a Revolução de 1930, assume o governo o Presidente Getúlio Vargas. Governando sob um regime inegavelmente autoritário, a partir de 1936, Vargas inicia a reforma burocrática brasileira, criando o Conselho Federal do Serviço Público Civil, transformado, em 1938, no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). A política administrativa adotada foi no sentido de valorizar a centralização e a hierarquia da burocracia clássica, com o intuito de promover a modernização e a industrialização do país¹⁰.

O modelo de administração pública burocrática predominou no Brasil até 1985. Mas, no decorrer desse tempo, foram sendo observadas falhas nesse modelo, o que acarretou em diversas reformas ou simples atos de governos que já apontavam para a futura adoção de um modelo de administração pública gerencial.

Bresser-Pereira¹¹ aponta-nos como um primeiro sinal da administração pública gerencial a criação da primeira autarquia, em 1938, o que indicava a necessidade de descentralização dos serviços públicos na administração pública indireta.

Mas é em 1967 que pode ser identificada uma reforma administrativa por intermédio da edição do Decreto-Lei n. 200, o qual propunha a substituição da administração pública burocrática por uma administração pública para o desenvolvimento (seria um prenúncio das reformas gerenciais). O indicado decreto-lei foi responsável por descentralizar a administração pública, na medida em que diferenciou a administração pública direta da indireta, deu autonomia de gestão às empresas estatais e às autarquias e fundações da administração pública

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ *Idem, ibidem.*

¹¹ *Idem, ibidem.*

indireta, fortaleceu e flexibilizou o sistema do mérito e tornou menos burocrático o sistema de compras do Estado¹².

Essa reforma desenvolvimentista foi promovida pela Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa, do Ministério do Planejamento, de 1967 até 1979. Porém a reforma proposta pelo Decreto-Lei n. 200/67 teve como conseqüências indesejáveis a contratação de empregados sem concurso público e o enfraquecimento do núcleo estratégico do Estado, uma vez que deixaram de ser realizados concursos e de se desenvolverem as carreiras de altos administradores¹³.

Com a transição de 1985, verificou-se, ao mesmo tempo, a descentralização no plano político e a concentração ou centralização no plano administrativo. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a administração pública, teria resgatado o modelo burocrático por intermédio de princípios que foram adotados. Nesse sentido:

A administração pública voltava a ser hierárquica e rígida, a distinção entre administração direta e indireta praticamente desaparecia. O regime jurídico dos funcionários passava a ser único na União e em cada nível da federação. As novas orientações da administração pública, que vinham sendo implantadas no país desde 1967, foram mais que ignoradas, destruídas, enquanto a burocracia aproveitava para estabelecer para si privilégios, como a aposentadoria com vencimentos plenos sem qualquer relação com o tempo e o valor das contribuições e a estabilidade adquirida quase que automaticamente a partir do concurso público. Um grande mérito, porém, teve a Constituição de 1988: exigiu concurso público para entrada no serviço público, assim reduzindo substancialmente o empreguismo que tradicionalmente caracterizou o Estado patrimonialista.¹⁴

Em 1986 foi extinto o Dasp e criada a SEDAP (Secretaria de Administração Pública da Presidência da República). Essa última foi extinta em janeiro de 1989, incorporada à Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Em março de 1990, foi criada a Secretaria da Administração Federal da Presidência da República (SAF) e recriado o Dasp. A SAF foi incorporada ao Ministério do Trabalho entre abril e dezembro de 1992 e voltou a ser Secretaria da Presidência em 1993.¹⁵

Esse retrocesso burocrático acarretou no desprestígio da administração pública brasileira.

Durante o Governo Collor, ter-se-ia confundido a reforma do Estado com a diminuição do tamanho do Estado, incluindo o corte de funcionários e a redução

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ *Idem, ibidem.*

dos salários do funcionalismo. A ideologia da administração pública burocrática teria sido mantida até o final do Governo Itamar Franco. Finalmente, segundo o ex-Ministro Bresser-Pereira, a necessidade da adoção do modelo da administração pública gerencial teria sido identificada de forma direta com o Governo Fernando Henrique Cardoso.¹⁶

De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, portanto, em 1995, o Brasil estava no momento histórico em que necessitava adotar um modelo de administração pública gerencial. No decorrer de sua história, foram adotados os modelos de administração pública patrimonialista e burocrática, não tendo sido nenhum dos dois satisfatórios. Seria necessário, então, adotar-se o terceiro modelo: a administração pública gerencial. Essa seria a única opção para superar a crise administrativa do Estado brasileiro, identificada com o aumento dos custos da máquina administrativa e com o grande aumento de ineficiência dos serviços públicos¹⁷.

Ainda Bresser-Pereira¹⁸ indica que a reforma da gestão pública, fenômeno que está ocorrendo em diversos países, não apenas no Brasil, é fruto de duas grandes forças do século XX: a globalização ou capitalismo global e a democracia.

Pela globalização, tendo o capitalismo se tornado uma realidade no cenário mundial, hoje, não há mais países inimigos. Todos combatem aspectos como o terrorismo e a criminalidade ao mesmo tempo em que todos competem entre si na busca de mercados. Essa competição entre os países passa a exigir que os Estados nacionais sejam eficientes, competentes e eficazes. Com o intuito de se alcançar a eficiência desejada, o modelo de administração pública gerencial, em que os agentes públicos possuem mais responsabilidade e autonomia, mostra-se mais adequado.

Acrescente-se que, no século XX, a democracia passou a ser a forma dominante de regime político. Isso reflete no aspecto de que a eficiência dos serviços públicos prestados passa a ser fato determinante de elegibilidade dos governantes.

A globalização e a democracia, juntas, passariam a exigir que se adotasse o modelo de administração pública gerencial.

A reforma gerencial de 1995, segundo Bresser-Pereira¹⁹, não significava a intenção de se reduzir o Estado a um Estado mínimo. Essa idéia estaria superada porque inevitavelmente fracassada. A reforma apresentava dois objetivos: a reconstrução do Estado e o fortalecimento do serviço público, de forma a poder adaptar o Estado ao capitalismo global e à democracia.

¹⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁷ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 12.

¹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma da gestão pública de 95: resposta ao capitalismo global e à democracia.* 2002.

¹⁹ *Idem, ibidem.*

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado propõe que, para se adotar um modelo de administração pública gerencial, é necessário se proceder a determinadas reformas nos setores do aparelho do Estado, que são quatro: o núcleo estratégico, o das atividades exclusivas, o dos serviços não-exclusivos e o de produção de bens e serviços para o mercado. De acordo com o Plano Diretor, cada um desses setores possui características próprias e deve sofrer algumas alterações de modo a se tornar possível a adoção de um modelo de administração pública gerencial.

O núcleo estratégico correspondendo ao governo, em sentido amplo, é o responsável por definir as leis e as políticas públicas e garantir seu cumprimento. Ou seja, é quem toma as decisões estratégicas²⁰. É formado pelo Presidente, pelos Ministros de Estado, pelo Parlamento, pelos Tribunais Superiores, pela cúpula dos servidores civis, pelas autoridades estaduais e das grandes cidades²¹.

O Plano Diretor propõe, para o núcleo estratégico, o aumento de sua efetividade, a modernização da administração burocrática e a adoção 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”²². Bresser-Pereira afirma que o núcleo estratégico precisa ser reforçado, sendo ocupado por servidores públicos altamente competentes, bem treinados e bem pagos²³.

O Plano Diretor da Reforma afirma que, no núcleo estratégico, a propriedade precisa ser necessariamente estatal²⁴.

O setor das atividades exclusivas compreende a prestação de serviços que só pode ser feita pelo Estado. Nesses serviços, o Estado exerce o seu poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar²⁵. São as atividades que garantem, diretamente, o cumprimento e o financiamento das leis e das políticas públicas. Integram esse setor as Forças Armadas, a polícia, a agência arrecadadora de impostos, as agências reguladoras, as agências de fomento e controle dos serviços sociais e da pesquisa científica e a agência de seguridade social básica²⁶.

Para o setor das atividades exclusivas, a reforma prevê: a transformação das autarquias e das fundações em agências autônomas, administradas por contrato de gestão; a adoção da administração pública gerencial, na qual é feito o controle

²⁰ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 24.

²¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2000.

²² PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 27.

²³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

²⁴ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 26.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 24.

²⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2000.

pelos resultados e o fortalecimento da participação popular para a definição e a avaliação de políticas públicas²⁷.

Assim como no núcleo estratégico, no setor das atividades exclusivas do Estado, a propriedade só pode ser estatal²⁸.

O terceiro setor é o dos serviços não-exclusivos do Estado, nos quais o Estado atua ao lado de outras organizações públicas não-estatais e organizações privadas. As instituições que atuam nesse setor não possuem o poder de Estado. Exercem, fundamentalmente, atividades sociais e científicas, não podendo buscar o lucro²⁹.

Tal setor seria reformado por intermédio da transferência dos serviços não-exclusivos do Estado para o setor público não-estatal por meio do programa de publicização, que transformaria as atuais fundações públicas em organizações sociais, as quais poderiam celebrar contratos de gestão com o poder público. Busca-se, com essa transferência, possibilitar maior autonomia e maior responsabilidade para os dirigentes das pessoas jurídicas responsáveis pela prestação desses serviços não-exclusivos, maior controle social, maior parceria com o Estado e maior eficiência e qualidade nos serviços prestados³⁰.

Para o terceiro setor, a propriedade a ser adotada seria a pública não-estatal: não é estatal porque nela não se exerce o poder de Estado, mas também não é privada porque se trata de um serviço subsidiado, financiado pelo poder público³¹. Por não implicarem o exercício do poder de Estado, não devem ser controladas pelo Estado, não precisando ficar submetidas aos limites da burocracia estatal, que, mesmo sendo reduzida pelo modelo gerencial, sempre existirá um pouco. Mas também não podem ser privadas, por se referirem a direitos humanos fundamentais.

No regime da propriedade pública não-estatal, são utilizadas organizações de direito privado com finalidades públicas e sem fins lucrativos. Bresser-Pereira explica a expressão propriedade pública não-estatal nos seguintes termos: é propriedade pública porque deve se “dedicar ao interesse público, que deve ser de todos e para todos, que não visa ao lucro”, e é propriedade não-estatal porque “não é parte do aparelho do Estado”³². O ex-Ministro ainda afirma que esse tipo de propriedade garante serviços sociais e científicos mais eficientes do que os realizados diretamente pelo Estado (porque dispensa controles burocráticos rígidos nessas

²⁷ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, pp. 27-28.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 26.

²⁹ *Idem, ibidem*, pp. 24-25.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 28.

³¹ *Idem, ibidem*, p. 26.

³² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

atividades que geralmente são competitivas, sendo possível a realização de controle por resultados) e mais confiáveis do que os realizados diretamente pela iniciativa privada (porque não se busca o lucro).

Finalmente há o setor da produção de bens e serviços para o mercado, que atinge as atividades econômicas que buscam o lucro, mas que ainda se encontram no aparelho do Estado³³.

Esse último setor seria atingido pela reforma do aparelho do Estado pela continuação do processo de privatização e pela implantação de contratos de gestão nas empresas que não possam ser privatizadas³⁴.

A propriedade a ser adotada para o setor da produção de bens e serviços para o mercado é, via de regra, a propriedade privada. A propriedade pública só se justificaria quando inexistissem capitais privados disponíveis ou quando existisse um monopólio natural³⁵.

Nos objetivos apresentados para os quatro setores do aparelho do Estado, o instituto do contrato de gestão mostra-se presente. Portanto, ele é um instituto amplo, possível de ser celebrado em mais de uma situação e com diversos tipos de entidades públicas ou privadas, mas sempre tendo em vista a realização de controle por resultados.

1.2 DIMENSÕES DA REFORMA GERENCIAL DE 1995

Tendo como base toda a fundamentação teórica e histórica que justificaria a reforma do aparelho do Estado, foi ela iniciada a partir da elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

O ex-Ministro Bresser-Pereira³⁶ indica-nos que a reforma gerencial de 1995 precisava ser realizada em três dimensões: a institucional, a cultural e da gestão. Essas dimensões também estão expressas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

A dimensão institucional foi a priorizada pelo Ministro Bresser-Pereira e sua equipe integrante do Mare, dentro da idéia de que “uma reforma é antes de mais nada uma mudança de instituições”³⁷.

³³ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 25.

³⁴ *Idem, ibidem.* p. 28.

³⁵ *Idem, ibidem.* p. 26.

³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

³⁷ *Idem, ibidem.*

No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado³⁸, a necessidade da reforma na dimensão institucional-legal é justificada sob o argumento de que a Constituição Federal de 1988 e o Direito Administrativo então vigentes privilegiavam o formalismo, o excesso de normas e a rigidez nos procedimentos, impedindo o controle social e dando ênfase a normas e processos em detrimento dos resultados. E, ainda, que a rigidez na estabilidade dos servidores públicos civis impedia que os quadros funcionais fossem adequados às necessidades do serviço e que fosse feita uma cobrança de produtividade a esses servidores.

Como consequência da reforma na dimensão institucional, foram aprovadas a Emenda Constitucional n. 19/98 (essa praticamente da forma como fora proposta pelo governo, apesar da demora para sua aprovação de cerca de três anos) e diversas leis infraconstitucionais fundamentais para a efetivação da reforma administrativa, como as que criaram as agências reguladoras, as agências executivas e as organizações sociais. A reforma da Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98, portanto, não se confunde com a reforma gerencial de 1995; é apenas parte dessa reforma. A aprovação dessas novas instituições, no entanto, indica-nos o ex-Ministro Bresser-Pereira, só foi possível após um debate nacional que pode ser identificado justamente como a dimensão cultural³⁹.

A dimensão cultural referia-se a criticar a cultura da administração pública burocrática então adotada, a criar na opinião pública e nos administradores a idéia de que o modelo de administração pública gerencial é melhor em diversos aspectos, inclusive porque mais eficiente.

Já a dimensão-gestão é o elemento central da técnica administrativa: “como fazer, com que métodos, de que modo, sob orientação de quais valores”⁴⁰. É a real implementação da reforma. O Plano Diretor indica que a gestão boa é a que define seus objetivos de forma clara, utiliza-se de concursos públicos e processo seletivos para selecionar os melhores elementos, treina seus funcionários, desenvolve sistemas de motivação, dá autonomia aos executores e cobra os resultados. Essas características da boa gestão estariam presentes na administração pública gerencial e ausentes na burocrática.

Como exposto, o ex-Ministro Bresser-Pereira, juntamente com sua equipe, concentrou-se em realizar a dimensão institucional. Mas, em artigo publicado na *Revista de Administração Pública*, em julho de 2000, considerou que a reforma obteve êxito nos três planos propostos.

Apesar de admitir que a reforma na dimensão-gestão está sendo iniciada, afirmando que “sua implantação demorará anos, mas bases sólidas foram lançadas”,

³⁸ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 15.

³⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

⁴⁰ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995, p. 22.

entende que pôde identificar o êxito da reforma nos planos cultural e institucional desde o final de 1997, uma vez que a “idéia da administração pública gerencial em substituição à burocrática havia-se tornado vitoriosa, e as principais instituições necessárias para sua implementação tinham sido aprovadas ou estavam em processo final de aprovação pelo Congresso”⁴¹. Na dimensão cultural, a idéia de implementar a administração pública gerencial não estaria limitada ao âmbito federal, e sim se estendendo para os Estados e Municípios⁴².

Outros aspectos, segundo o ex-Ministro, que indicam o sucesso da reforma gerencial de 1995 são: a aceitação da gestão pela qualidade total como principal estratégia de gerenciamento a ser adotada pelas organizações do estado; o apoio à reforma pela opinião pública, pelas elites políticas e pelos altos funcionários; a adoção pelos funcionários públicos das idéias e expressões introduzidas pela reforma. Bresser-Pereira atribui o sucesso da reforma administrativa ao fato de estarem presentes, *in casu*, quatro fatores: necessidade (a reforma estava respondendo a uma demanda social); concepção e desenho (o conteúdo das novas instituições deve corresponder aos objetivos pretendidos); persuasão democrática da opinião pública (por intermédio de um debate nacional, no qual a imprensa teve importante participação); e estabelecimento de alianças estratégicas (destacam-se as alianças com os empresários, os prefeitos e os governadores)⁴³.

Ainda na opinião do ex-Ministro, a fusão do Mare com o Ministério do Planejamento, em janeiro de 1999, no início do segundo Governo Fernando Henrique, criando o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, foi fundamental para que a reforma administrativa pudesse continuar a ser efetivamente implementada, apesar de tal Ministério ter se limitado à implementação dos projetos do Plano Plurianual⁴⁴.

No entanto, como em toda democracia, as críticas à reforma administrativa, ao lado do otimismo do ex-Ministro Bresser-Pereira, também não tardaram. Interessante o posicionamento de Luiz Alberto dos Santos, advogado e então assessor da liderança do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados. De forma direta, afirma que a Emenda Constitucional n. 19/98 acarreta mudança radical no paradigma constitucional da administração pública brasileira, “jogando por terra princípios e regras que foram construídos, na Carta de 1988, com o propósito de moralizar e profissionalizar a função pública e a administração estatal em nosso país”⁴⁵. Afirma, ainda, que a intenção da reforma administrativa e da emenda

⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2000.

⁴² *Idem, ibidem*, 2002.

⁴³ *Idem, ibidem*, 1999.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, 2001.

⁴⁵ SANTOS, Luiz Alberto dos. Reforma administrativa: efeitos imediatos e alternativos para sua efetivação. 1998a.

constitucional que a integrou foi “transferir ao servidor público o ônus do déficit público e transformá-lo no bode expiatório da modernização neopatrimonialista”.⁴⁶

Luiz Alberto dos Santos ainda faz críticas severas à inserção, na Constituição, do teto de remuneração dos servidores públicos, nacional e unificado, baseado na remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que acarretaria aumento salarial nas três esferas de governo. Também critica a inserção na Constituição da possibilidade de os servidores públicos serem colocados em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço, o que não depende de lei e, portanto, pode ser instrumento de arbitrariedades. Indica, ainda, que uma série de dispositivos inseridos na Constituição por intermédio de Emenda Constitucional n. 19/98 necessita de regulamentação, não trazendo, de imediato, as conseqüências positivas que o governo prega. Entre os dispositivos que necessitam de regulamentação, indica a possibilidade de celebração de contratos de gestão no âmbito da administração pública. Conclui que a Emenda Constitucional n. 19/98 trata-se de um conjunto de medidas que trará insegurança e instabilidade para todos que possuem uma relação profissional com o Estado⁴⁷.

Mas, apesar das críticas, o fato é que, como resultado da dimensão institucional da reforma gerencial, houve a aprovação da Emenda Constitucional n. 19/98 e de diversos textos legais que criaram e disciplinaram as instituições necessárias para a implementação da reforma. Os contratos de gestão foram um desses institutos que ganharam força e destaque com a realização da dimensão institucional da reforma gerencial de 1995.

1.3 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O TERCEIRO SETOR

É dentro do contexto do terceiro setor que surgem as organizações sociais e a possibilidade de elas celebrarem contratos de gestão com o poder público.

A Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, é o texto normativo que qualifica as entidades como organizações sociais e cria o Programa Nacional de Publicização, entre outras providências.

Na verdade, a Lei n. 9.637/98 foi fruto da conversão em lei da Medida Provisória n. 1.591, de setembro de 1997. Essa medida provisória é que, originariamente, teria lançado o Programa Nacional de Publicização, o qual autoriza a qualificação de entidades de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações

⁴⁶ *Idem, ibidem.*

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

sociais, passando elas a terem a possibilidade de celebrar contratos de gestão com o poder público e, conseqüentemente, receber dotação orçamentária e outros benefícios.

Há críticas, no entanto, quanto à adequação de ter sido editada uma medida provisória para lançar o Programa Nacional de Publicização.

Luiz Alberto dos Santos, em Nota Técnica, destaca a impropriedade da edição da Medida Provisória n. 1.591/97. Segundo ele, não estariam presentes os requisitos de urgência e relevância para a utilização da medida provisória no caso, uma vez que o Programa Nacional de Publicização e a conseqüente criação das organizações sociais foram anunciados há mais de dois anos da edição da medida provisória, em 1995, quando da edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁴⁸. Ele entende que as organizações sociais são uma fraude à Constituição, por se destinarem a dar maior flexibilidade para prestadoras de serviços públicos no aspecto da gestão de recursos humanos, materiais e orçamentários. Elas podem contratar pessoal sem concurso público, realizar compras sem licitação e gerir recursos públicos sem obedecer à lei orçamentária.

Mas, no que pese às críticas jurídicas feitas às organizações sociais, concretizadas no ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei n. 9.637/98 perante o Supremo Tribunal Federal, a lei que as criou ainda está em vigor e produzindo resultados concretos.

O ex-Ministro Bresser-Pereira⁴⁹ define as organizações sociais como sendo “organizações não-estatais autorizadas pelo Parlamento a receber dotação orçamentária”. A receita das organizações sociais é obtida integral ou parcialmente de recursos do Tesouro. Elas estão submetidas a um controle por resultados a partir do momento que celebram contratos de gestão com o poder público e, em conseqüência, recebem dele verba orçamentária.

Na análise das organizações sociais, é imperioso proceder-se a algumas incursões acerca do que vem a ser o terceiro setor.

A idéia central para o terceiro setor é a realização da publicização, ou seja, transferir para a propriedade pública não-estatal, para as organizações sociais, as atividades e os serviços não-exclusivos do Estado até então realizados pelas fundações públicas.

O terceiro setor pode ser identificado como um setor intermediário entre o espaço público, o Estado (primeiro setor), e o espaço privado, o mercado (segundo setor). Nele, há iniciativa empresarial e atuação direta da cidadania, mas de forma fiscalizada pelo Estado por intermédio da celebração de parcerias que acarretam

⁴⁸ SANTOS, Luiz Alberto dos. *O programa de publicização e as organizações sociais*. 1998b.

⁴⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

subsídio pelo poder público para o desenvolvimento das atividades e, conseqüentemente, algum controle pelo Estado (geralmente, controle por resultados).

José Eduardo Sabo Mendes conceitua o terceiro setor da seguinte forma:

Podemos, assim, conceituar o terceiro setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.⁵⁰

Zélio Maia⁵¹ entende que, no que se refere às organizações sociais, a política adotada deveria ser denominada de socialização, e não de publicização, afinal, o que se pretende é implementar uma prática e uma cultura na qual a sociedade participa diretamente da gerência da coisa pública, executando e fiscalizando as políticas públicas. A fiscalização deve ser feita pela sociedade, pelo poder público, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público e por outras instituições públicas.

Andres Pablo Falconer, no texto *A promessa do terceiro setor*, indica-nos que o setor empresarial possui grande importância para que seja possível a implementação do terceiro setor. Ganha destaque a idéia da cidadania empresarial, que expressa a responsabilidade social e ambiental das empresas. Ou seja, as empresas passam a investir em determinados setores sociais ou ambientais não com o intuito do lucro direto, mas sim com a intenção de formar uma imagem positiva da empresa e garantir mercados consumidores futuros. Três seriam as formas das empresas atuarem nesses setores de interesse coletivo: pela doação de recursos, pela operação direta de programas ou pela realização de parcerias com organizações da sociedade civil.

No entanto, a real implementação do terceiro setor parece ser bem mais difícil do que a sua criação teórica. As entidades que compõem o terceiro setor não têm desempenhado, satisfatoriamente, as funções que lhes estão sendo repassadas. Podem ser apontados os seguintes problemas que dificultam o desempenho satisfatório das funções do terceiro setor, segundo Andres Pablo Falconer: fragilidade organizacional; dependência de recursos financeiros governamentais e de agências internacionais; falta de recursos humanos capacitados; obstáculos para um bom relacionamento com o Estado.

Ainda de acordo com Falconer, o maior problema a ser enfrentado referir-se-ia à forma de gestão das organizações que integram o terceiro setor. Nesse ponto, os estudos realizados pela Administração são fundamentais e, necessariamente,

⁵⁰ MENDES, José Eduardo Sabo, in: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. 2003, p. 276.

⁵¹ MAIA, Zélio. *Organizações sociais: o terceiro setor e a modernização dos serviços públicos*. 2001a.

indicarão o caminho para que o setor desempenhe seu papel por meio da eficiência e da eficácia de resultados, de forma a superar os problemas que envolvem a falta de recursos humanos capacitados, o gerenciamento inadequado, a falta de dinheiro e a insuficiência de resultados.

Citando O'Neill, Falconer indica que as organizações do terceiro setor podem ser diferenciadas das demais organizações em oito aspectos, quais sejam:

a) Seu propósito primordial é a prestação de algum bem ou serviço, e não a obtenção de lucro;

b) Seus valores são direcionados ao seu propósito;

c) Os recursos de que dispõem são adquiridos por diversas fontes, o que exige variedade de conhecimento técnico: vendas de serviços, doações, financiamento do governo, investimentos patrimoniais e outros;

d) Não há igual clareza da existente no mercado quanto ao que representa um bom resultado e quais os melhores indicadores de eficiência e eficácia;

e) Possuem uma legislação própria, com particularidades;

f) Parte do trabalho é realizado por voluntários não-remunerados. Portanto, a qualificação dos trabalhadores e sua forma de remuneração são diferentes da realidade do mercado e do Estado;

g) Há maior proximidade entre o conselho da organização, que toma as decisões, e os trabalhadores;

h) Possuem maior complexidade organizacional do que uma organização empresarial quanto aos seguintes aspectos: tipo e variedade dos serviços prestados, relação com o público, dependência de fontes variadas de recursos e outros.

Segundo Falconer, são quatro os principais desafios que o terceiro setor precisa superar para que possa cumprir com seu papel: *stakeholder accountability* (é a transparência e a prestação de contas para todos os públicos que possuem interesses legítimos perante as organizações do terceiro setor); sustentabilidade (é a capacidade de captar recursos financeiros, materiais e humanos, de forma continuada, e utilizá-los com competência para que a organização alcance seus objetivos); qualidade de serviços (com a utilização eficiente dos recursos); e capacidade de articulação (não trabalhar isoladamente para a solução dos problemas, e sim em conjunto com diversos segmentos da sociedade, formando alianças, parcerias, redes e coalizões).

Paulo Modesto, no texto Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil, ensina-nos que as organizações sociais podem ser

examinadas sob dois ângulos: na perspectiva *ex parte principe*, como uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos; e na perspectiva *ex parte populi*, como uma forma de participação popular na gestão administrativa.

As organizações sociais integram o terceiro setor. Por isso, possuem a característica mista de, por um lado, terem liberdade de ação para atingirem os objetivos a que se propõem, e, por outro, sofrerem o controle do poder público e de instituições públicas. Essas pessoas jurídicas de direito privado relacionam-se com o Estado justamente pela qualificação de organização social que recebem do poder público e passam a ter um vínculo com ele a partir do momento que celebram contratos de gestão.

Atente-se que uma organização social não é um novo tipo de pessoa jurídica de direito privado que fora criada por intermédio da Lei n. 9.637/98, e sim uma qualificação, um título jurídico que o ente privado pode receber do poder público por possuir determinados requisitos presentes na legislação. Em possuindo esse título jurídico, a pessoa qualificada passa a ter uma série de vantagens, como benefícios tributários e, principalmente, a possibilidade de celebrar contrato de gestão com o poder público.

No contexto do terceiro setor, também são inseridas as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), que não se confundem com as organizações sociais, apesar de possuírem os aspectos comuns de serem qualificações fornecidas pelo poder público a pessoas jurídicas de direito privado que atendem a determinados requisitos legais e de poderem receber algum auxílio do Estado dentro da atividade de fomento. Oportuna a análise das principais características das organizações da sociedade civil de interesse público, traçando-se, em seguida, as diferenças mais marcantes destas diante das organizações sociais.

As Oscip foram criadas pela Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, a qual foi regulamentada pelo Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999.

Da leitura da Lei n. 9.790/99, observa-se que as organizações da sociedade civil de interesse público são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que recebem essa qualificação por intermédio de ato do Ministério da Justiça, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam a determinados requisitos legais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que as pessoas jurídicas de direito privado que recebem a qualificação de Oscip são “instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria”⁵².

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2002b, p. 422.

A lei estabelece que não há fins lucrativos quando a pessoa jurídica de direito privado não faz qualquer distribuição de excedentes operacionais, obtidos nas suas atividades, para seus sócios, associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores. Além disso, quaisquer excedentes patrimoniais devem ser aplicados integralmente na consecução do objeto social da pessoa jurídica de direito privado (artigo 1º, § 2º, da Lei n. 9.790/99). Para ser qualificada como Oscip, a pessoa jurídica de direito privado deve ter pelo menos uma das seguintes finalidades como objetivo social, dedicando-se a tais atividades (artigo 3º da Lei n. 9.790/99):

- a) Promoção da assistência social;
- b) Promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) Promoção gratuita da educação;
- d) Promoção gratuita da saúde;
- e) Promoção da segurança alimentar e nutricional;
- f) Defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- g) Promoção do voluntariado;
- h) Promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- i) Experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- j) Promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- k) Promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- l) Estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas.

Ainda é necessário, para receber a qualificação de Oscip, que o estatuto da pessoa jurídica de direito privado possua normas expressas a respeito dos aspectos enumerados no artigo 4º da Lei n. 9.790/99, dentre os quais destaca-se a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

É vedada a qualificação como Oscip das seguintes pessoas jurídicas de direito privado, mesmo que atendam às demais exigências legais (artigo 2º da Lei n. 9.790/99): sociedades comerciais; sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; instituições religiosas ou voltadas para

a disseminação de cultos, credos, práticas e visões devocionais e confessionais; organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; organizações sociais; cooperativas; fundações públicas; fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o artigo 192 da Constituição Federal.

A Oscip pode perder essa qualificação a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, sendo assegurados a ampla defesa e o contraditório (artigo 7º da Lei n. 9.790/99).

O poder público pode firmar termo de parceria com a pessoa jurídica de direito privado qualificada como Oscip. De acordo com o artigo 9º da Lei n. 9.790/99, o objetivo do termo de parceria é a formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público que estão enumeradas no artigo 3º da aludida lei. No termo de parceria, entre outras cláusulas, deve constar a previsão de metas e resultados a serem alcançados, e sua execução deve ser fiscalizada por órgão do poder público da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (artigos 10 e 11 da Lei n. 9.790/99). De acordo com o estabelecido no artigo 23 do Decreto n. 3.100/99, a escolha da Oscip para celebração do termo de parceria pode ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro.

A doutrina aponta diversos aspectos diferenciadores entre as organizações sociais e as Oscip.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro indica que a grande diferença observada reside no objetivo almejado pelo governo em cada caso. Com as organizações sociais, deseja-se que a prestação de determinados serviços públicos deixe de ser feita por entidades da administração pública, que devem ser extintas. Já com as Oscip, não há a intenção de se extinguirem entidades ou órgãos da administração pública. O Estado não deixa de ser responsável pela prestação de serviços públicos, havendo verdadeira parceria do poder público com a iniciativa privada, a qual, em conjunto com aquele, recebe facilidades para poder desempenhar atividades que atendem a necessidades coletivas⁵³. Aponta, ainda, que a lei das Oscip não

⁵³ *Idem, ibidem*, 2002b, p. 424.

especifica quais são as formas de fomento ou cooperação que podem existir entre o poder público e as indicadas pessoas jurídicas de direito privado, havendo apenas algumas referências a bens ou recursos de origem pública⁵⁴.

De acordo com o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo⁵⁵, as Oscip são totalmente diferentes das organizações sociais. Isso porque a qualificação como organização da sociedade civil de interesse público não é ato discricionário do poder público, devendo ser deferida sempre que a pessoa jurídica de direito privado atender às exigências legais. As Oscip celebram termos de parceria com o poder público, podem pedir sua própria desqualificação e não afastam o exercício das competências obrigatórias por parte do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁶ também comunga do entendimento da autora supramencionada de que as Oscip e as organizações sociais diferenciam-se porque a qualificação daquelas é vinculada e porque elas podem celebrar termos de parceria com o poder público. Acrescenta, no entanto, algumas outras diferenças. Assim: não há previsão de trespasse de servidores públicos para prestarem serviços nas Oscip; o poder público não participa de seus quadros diretivos; e o campo de atuação das Oscip é mais amplo do que o das organizações sociais, incluindo finalidades de benemerência social.

Já Hely Lopes Meirelles⁵⁷ enumera semelhanças e diferenças entre os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais e os termos de parceria firmados com as Oscip. São aspectos semelhantes de ambos: estabelecem um programa de trabalho, fixando objetivos, prazos de execução, critérios de avaliação e desempenho, limites para despesas e cronograma de liberação dos recursos financeiros previstos; e há previsão de responsabilização pela malversação do dinheiro público, com denúncia ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. Diferenciam-se, no entanto, porque a Lei n. 9.637/98 prevê a destinação de recursos orçamentários e de cessão especial de servidor e de bens públicos para as organizações sociais com as quais o poder público celebra contratos de gestão, enquanto a Lei n. 9.790/99 não possui tal previsão, estabelecendo apenas o repasse de recursos públicos quando da celebração de termo de parceria pelo poder público com determinada Oscip.

Mesmo tendo características em comum, não há que se confundirem as organizações sociais com as organizações da sociedade civil de interesse público. Ambas integram o terceiro setor e se submetem ao controle *a posteriori* das

⁵⁴ *Idem, ibidem*, 2002b, p. 423.

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2003, pp. 156-157.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2003, pp. 224-225.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 2003, p. 262.

metas e dos resultados propostos, respectivamente, nos contratos de gestão e nos termos de parceria que venham a celebrar com o poder público. Mas são regidas por leis diferentes que prevêm exigências distintas para a concessão das respectivas qualificações e conseqüências diversas no que se refere às formas possíveis de fomento pelo poder público das atividades desenvolvidas por cada uma dessas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos.

1.4 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DOS CONTRATOS DE GESTÃO: EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98 E LEI N. 9.637/98

Como analisado, é na realização da dimensão institucional da reforma gerencial de 1995 que surgem, no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, e a Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998 (que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e sobre a criação do Programa Nacional de Publicização, entre outros).

Também como já exposto, a reforma gerencial de 1995 não pode ser limitada à reforma feita na Carta Magna por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98. Essa emenda ao texto constitucional é apenas um aspecto da reforma, que, por si, é bem mais ampla e envolve, também, a edição de diversas leis que criam ou regulamentam institutos necessários para ela.

A figura do contrato de gestão aparece na Emenda Constitucional n. 19/98, com o acréscimo do § 8º ao artigo 37 da Carta Magna, e na Lei n. 9.637/98 como um contrato que pode ser firmado entre o poder público e as organizações sociais. No capítulo seguinte será analisada a diferença entre os contratos de gestão previstos na Constituição Federal e os previstos na lei das organizações sociais. Mas, no momento, fiquemos com a idéia de que o instituto do contrato de gestão possui previsão nesses dois dispositivos.

A Emenda Constitucional n. 19/98 foi ampla, trazendo uma série de modificações no texto constitucional concernentes a princípios e normas da administração pública.

A grande preocupação com a busca de resultados efetivos foi materializada, pela Emenda Constitucional n. 19/98, com a inclusão do princípio da eficiência de forma expressa no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. A eficiência passou a ser um dos princípios de observação obrigatória pela administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao lado dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, já existentes naquele dispositivo constitucional.

Paulo Modesto, no texto Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, contesta a afirmação de que o princípio da eficiência só teria ingressado no texto constitucional a partir da alteração feita no *caput* do artigo 37 por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98. Afirma que a Constituição de 1988, em seu texto original, já trazia a referência ao princípio da eficiência, tanto de forma implícita quanto de forma explícita. Exemplifica com o disposto no artigo 74, inciso II (os três poderes manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado), no artigo 70, *caput* (ao autorizar o Tribunal de Contas a avaliar a legitimidade e a economicidade da atuação administrativa em geral, auxiliando o Congresso Nacional na sua função de fiscalização) e no artigo 144, § 7º (a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades), todos da Constituição Federal.

Ainda de acordo com Paulo Modesto, a doutrina de Hely Lopes Meirelles já indicava o dever da eficiência entre os poderes e os deveres do administrador antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n. 19/98, assim como a jurisprudência já citava esse princípio em matéria administrativa. Entende que o princípio da eficiência pode ser percebido como componente da legalidade e que sempre há a obrigação de se realizar uma boa e eficiente gestão da coisa pública. Conclui que o princípio da eficiência, embora não seja uma inovação da Emenda Constitucional n. 19/98, precisa ser revigorado, pois a sua consideração pode levar a uma renovação de diversos institutos de direito público.

Concordando-se ou não com o entendimento de Paulo Modesto, o fato é que, hoje, a eficiência é princípio expresso no texto constitucional, que deve ser observado por toda a administração pública. E a grande proposta dos contratos de gestão é que, com o controle por resultados, a eficiência será mais facilmente alcançada.

Especificamente no que se refere ao contrato de gestão, a Emenda Constitucional n. 19/98, ao acrescentar o § 8º ao artigo 37 da Constituição, estabeleceu a possibilidade de o poder público celebrar contrato de gestão com administradores de órgãos e entidades da administração direta e indireta para ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira desses órgãos e entidades. Esse contrato de gestão deve ter por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou a entidade. Lei a ser editada a respeito do assunto deverá dispor sobre: prazo de duração do contrato; controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; e remuneração do pessoal.

Já os contratos de gestão a serem celebrados pelo poder público com as organizações sociais estão previstos no artigo 5º da Lei n. 9.637/98. De acordo com essa lei, o contrato de gestão é 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 relacionadas ao artigo 1º da lei.

O indicado artigo 1º estabelece que 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 à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos da Lei n. 9.637/98.

O ex-Ministro Bresser-Pereira define o contrato de gestão como sendo o “instrumento que o núcleo estratégico usa para controlar as atividades exclusivas realizadas por agências e as não-exclusivas atribuídas a organizações sociais”⁵⁸. Segundo ele, devem constar dos contratos de gestão a previsão de recursos humanos, materiais e financeiros com os quais poderão contar as agências ou as organizações sociais e a definição clara das metas e dos indicadores de desempenho, ou seja, dos resultados a serem alcançados pelas partes, em termos qualitativos e quantitativos.

Ainda de acordo com Bresser-Pereira⁵⁹, o controle das atividades que vierem a ser descentralizadas do Estado, realizando as idéias da reforma gerencial de 1995, deve ser feito não apenas por intermédio da avaliação dos resultados alcançados comparando-os com o disposto no contrato de gestão, mas também comparando esses resultados com os obtidos por outras agências ou organizações sociais semelhantes que, de certa forma, competem entre si. Dessa maneira é criada a idéia de quase-mercados.

A Escola Nacional de Administração Pública⁶⁰ afirma que o contrato de gestão surge como “um instrumento destinado a rever relações de controle ineficazes e de se obter uma maior responsabilização por parte de dirigentes na área pública, com relação a resultados a atingir”.

Há grande dificuldade no estudo dos contratos de gestão porque sua definição e seus requisitos são diferentes dependendo do texto normativo que se está analisando. Apesar de ser comum a idéia do controle por metas, por resultados, os contratos de gestão firmados com as organizações sociais, por exemplo, são

⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, 2001.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, 2000.

⁶⁰ ENAP. *O contrato de gestão no serviço público*. 1993, p. 5.

diferentes dos contratos de gestão firmados com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta.

Fruto direto da reforma gerencial implementada no Brasil a partir de 1995, os contratos de gestão merecem estudo cuidadoso e análise imparcial diante dos casos concretos, de forma a se verificar se esse novo instituto jurídico traz mais benefícios ou mais prejuízos para a sociedade brasileira.

2 CONTRATO DE GESTÃO NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 CONTRATOS DE GESTÃO NO BRASIL

O contrato de gestão ganha força no ordenamento jurídico brasileiro como conseqüência da realização da dimensão institucional da reforma gerencial de 1995. É nesse contexto que passa a existir a previsão legal de o poder público celebrar contratos de gestão com organizações sociais (Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998) e com órgãos e entidades da administração direta e indireta (artigo 37, § 8º, da Constituição Federal de 1988).

Importante que se destaque, no entanto, que, apesar de ter se fortalecido a partir da implementação da reforma gerencial de 1995, foram realizados contratos de gestão no Brasil antes mesmo do advento dos dispositivos constitucionais e legais acima mencionados.

Analisando o histórico normativo dos contratos de gestão no Brasil, Raquel Carvalho⁶¹ afirma que, neste caso, “as normas administrativas atropelaram o Direito Constitucional e o Direito Administrativo”. Que, antes de terem sido promulgadas leis e alterada a Constituição Federal, o instituto do contrato de gestão fora empregado em mais de uma oportunidade pela administração pública.

Na verdade, a partir de 1991 já foram celebrados contratos de gestão da União com a Petrobrás, com a Companhia Vale do Rio Doce e com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Esses contratos de gestão tinham como fundamento o Decreto n. 137, de 27 de maio daquele ano, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais⁶².

⁶¹ CARVALHO, Raquel. *Contrato de gestão e organização social*. 2003a.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2002a, pp. 204-205.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a celebração desses contratos era inconstitucional, uma vez que, por intermédio de contrato, acabou por se atribuir “autonomia a empresas estatais, liberando-as do cumprimento de normas legais”.⁶³

A autonomia às empresas estatais decorreu do disposto no artigo 8º, *caput*, e §§ 1º e 3º do Decreto n. 137/91 (revogado pelo Decreto n. 3.735, de 24 de janeiro de 2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e dá outras providências). Em síntese, as empresas estatais que objetivassem aumentar a sua eficiência e sua competitividade poderiam enviar propostas de contratos individuais de gestão ao Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE). Esses contratos de gestão seriam celebrados entre a União e a empresa estatal e deveriam conter cláusulas especificando objetivos, metas, indicadores de produtividade, prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato, critérios de avaliação de desempenho, condições para a revisão, renovação, suspensão e rescisão e penalidades aos administradores que descumprissem as resoluções do CCE ou as cláusulas contratuais.

O aumento da autonomia da empresa estatal ocorria porque, quando ela celebrava o contrato de gestão com a União, ficava isenta do sistema de autorização prévia pelo CCE das propostas relativas a preços e tarifas públicas, admissão e despesa de pessoal, elaboração, execução e revisão orçamentárias, contratação de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, inclusive refinanciamento, e outros assuntos que afetassem a política econômica. Destarte, não estando mais sujeita à apreciação do Comitê de Controle das Empresas Estatais quanto a esses aspectos enumerados, a empresa pública que celebrasse contrato de gestão com a União passava a ter maior autonomia.

Nos contratos celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce e com a Petrobrás, foi estabelecido que essas empresas estatais estariam submetidas apenas ao controle estabelecido nos respectivos contratos de gestão e Decretos autorizadores da celebração desses contratos, não se observando as formas de controle previstas em lei⁶⁴. No contrato celebrado com o Serviço Social Autônomo Pioneiras Sociais, visava-se a dar grande autonomia a essa entidade, cujo objetivo, de acordo com o artigo 1º da Lei n. 8.246, de 22 de outubro de 1991, era prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde em cooperação com o poder público⁶⁵.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 41.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, pp. 205-206.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 223.

Portanto, existiram contratos de gestão celebrados com o poder público antes do advento da Emenda Constitucional n. 19/98 e da Lei n. 9.637/98. Atente-se que, se hoje ainda se questiona sobre a constitucionalidade dos contratos de gestão, com mais força podia-se argumentar nesse mesmo sentido antes da previsão constitucional e legal desse tipo de contrato.

Importante que se destaque que a criação do instituto do contrato de gestão é justificada pela idéia de se buscar maior eficiência na prestação dos serviços públicos. Afinal, é a necessidade da eficiência que, em última análise, justifica a idéia de se adotar o modelo de administração gerencial: a busca pela eficiência é tão importante que justifica a realização do controle *a posteriori* pelos resultados obtidos, não se perdendo tempo com demoradas e complexas formas de controle que antecedem a prestação do serviço público.

A Emenda Constitucional n. 19/98, ao alterar o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, tornou a eficiência um dos princípios constitucionais expressos de observância obrigatória pela administração pública. O contrato de gestão, então, seria um dos instrumentos para se alcançar essa pretendida eficiência.

Hely Lopes Meirelles, destacando que o contrato de gestão tem sido identificado como um elemento estratégico para possibilitar a reforma do aparelho administrativo do Estado, afirma que a finalidade básica dele é “possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração indireta, a fim de permitir melhor controle de resultados”⁶⁶.

Destarte, são elementos intimamente ligados: o contrato de gestão, a busca pela eficiência e o controle de resultados. A idéia é que, com o contrato de gestão, alcançar-se-ia mais facilmente a eficiência desejada, o que seria verificado por intermédio do controle de resultados.

A dificuldade para o estudo do instituto dos contratos de gestão inicia-se quando se percebe, pela análise dos dispositivos normativos que regem a matéria, que a expressão contrato de gestão pode significar realidades e trazer conseqüências bem diversas, dependendo do ente com o qual está sendo celebrado e do seu fundamento legal ou constitucional.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar os contratos de gestão, enfrentando o tema de forma muito direta e didática, afirma:

92. Consoante já se averbou, não existe definição legal *genérica* para identificar o que se pretenda abranger sob tal *nomen juris*. E

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 259.

nem poderia haver, pois tal rótulo foi normativamente utilizado para referir duas realidades visceralmente distintas, a saber:

- a) pretensos “contratos” travados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado;
- b) contratos travados com pessoas alheias ao Estado (“organizações sociais”), que não guardam relação alguma com os anteriores.⁶⁷

Celso Antônio ainda afirma que o único ponto em comum entre os dois tipos de contrato de gestão mencionados é que ambos são formas de “buscar o cumprimento de certas metas administrativas de desempenho nelas prefixadas e cuja paulatina realização deverá ser avaliada periodicamente pelo contratante”⁶⁸. Continua afirmando que esse único ponto em comum não é suficiente para aparentá-los, uma vez que é rotina do poder público a busca pela realização de resultados (as metas) e o dever jurídico de fiscalizar o seu cumprimento.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁹, o contrato de gestão é uma forma de ajuste feito entre a administração pública direta e a administração pública indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado. Possui o mesmo entendimento de Celso Antônio ao afirmar que o objetivo do contrato de gestão é o estabelecimento de metas que devem ser alcançadas pela entidade contratada em troca de algum benefício outorgado pelo poder público, sempre em busca da eficiência. É feito o controle de resultados no contrato, estabelecido por tempo determinado, para se verificar se as metas estabelecidas foram cumpridas.

Mostra-se fundamental a comparação das previsões legais e constitucionais dos contratos de gestão que podem vir a ser celebrados com as organizações sociais e com os órgãos e as entidades da administração direta e indireta. Passar-se-á, destarte, ao exame do disposto no artigo 5º e seguintes da Lei n. 9.637/98 e no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal.

2.2 CONTRATO DE GESTÃO NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A Lei n. 9.637/98, que é o diploma normativo que rege as organizações sociais, dispõe sobre o contrato de gestão a ser firmado com essas pessoas jurídicas de direito privado nas suas Sessões III e IV.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 207.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 208.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002b, p. 289.

Extraí-se do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁷⁰ que a idéia para o setor dos serviços não-exclusivos (terceiro setor) é conferir maior autonomia administrativa e maior responsabilidade para os dirigentes das entidades que prestarem esses serviços, que são as organizações sociais. Também se objetiva para o terceiro setor uma maior participação social, dentro da idéia de que as organizações sociais serão controladas diretamente pelos seus conselhos de administração cujos membros pertencem à comunidade. Almeja-se, ainda, uma maior parceria entre o Estado, a organização social e a sociedade: o Estado financia a organização social que presta serviços para a sociedade, cabendo a essa última uma pequena participação no financiamento dos serviços prestados por intermédio da compra de serviços e de doações.

O artigo 5º da Lei n. 9.637/98 traz a definição legal do contrato de gestão que pode ser celebrado com as organizações sociais. Afirma que se entende por contrato de gestão, para efeitos daquela lei, 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 relacionadas ao artigo 1º da lei.

Uma primeira conclusão a que se chega é que o contrato de gestão previsto na Lei n. 9.637/98 só pode ser realizado entre o poder público e a pessoa jurídica de direito privado que recebeu a qualificação de organização social.

Como já foi mencionado, organização social não é um novo tipo de pessoa jurídica. É, em verdade, uma qualificação dada pelo Poder Executivo a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na Lei n. 9.637/98 (artigo 1º da Lei das Organizações Sociais).

Os requisitos específicos que uma pessoa jurídica de direito privado com as características mencionadas no artigo 1º precisa possuir para que possa se habilitar à qualificação como organização social estão previstos no artigo 2º da Lei n. 9.637/98 e são os seguintes:

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;

⁷⁰ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO, 1995, p. 28.

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 de 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 à 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.

Cumpridas as exigências legais, sendo a pessoa jurídica de direito privado qualificada como organização social, passa a ser possível a celebração de contrato de gestão dela com o poder público por intermédio de órgão ou entidade supervisora. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (artigo 11 da Lei n. 9.637/98).

Atente-se que o poder público não possui nenhuma obrigação de celebrar contrato de gestão com a organização social. É uma faculdade da administração pública essa celebração, que deve ser precedida da análise da conveniência e da oportunidade em cada caso concreto. Ou seja, é discricionariedade da administração pública a celebração ou não de contratos de gestão com as organizações sociais⁷¹.

⁷¹ CARVALHO, Raquel. *Op. cit.*, 2003a.

Estabelece o artigo 6º da Lei n. 9.637/98 que o contrato de gestão deve discriminar as atribuições, as responsabilidades e as obrigações do poder público e da organização social. Ele deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da organização social, ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada (parágrafo único do artigo 6º).

De acordo com o artigo 7º da Lei das Organizações Sociais, devem ser observados os seguintes princípios na elaboração do contrato de gestão:

- a) Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade;
- b) Especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, estipulação das metas a serem atingidas e respectivos prazos de execução, previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- c) Estipulação dos limites e dos 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.

As demais cláusulas dos contratos de gestão devem ser definidas pelos Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade, em cada contrato de gestão que venham a assinar (artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.637/98).

A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou pela entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (artigo 8º, *caput*, da Lei n. 9.637/98). É responsabilidade da organização social apresentar ao órgão ou à entidade do poder público supervisora 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 (artigo 8º, § 1º, da Lei n. 9.637/98).

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 (artigo 8º, § 2º, da Lei n. 9.637/98). Essa comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (artigo 8º, § 3º, da Lei n. 9.637/98).

O Tribunal de Contas da União deve ser cientificado pelos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão sempre que esses tomarem

conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social (artigo 9º da Lei n. 9.637/98).

A vantagem que as organizações sociais possuem é a possibilidade de celebração de contratos de gestão com o poder público. E a grande vantagem da celebração desses contratos de gestão é a possibilidade de as organizações sociais receberem, como meio para realização das metas contidas no aludido contrato, recursos orçamentários, bens públicos e servidores públicos cedidos, tudo de acordo com o estabelecido nos artigos 12 e 14 da Lei n. 9.637/98.

Estabelece o artigo 12 que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários para o cumprimento do contrato de gestão. Complementa o artigo 14, ao estabelecer que o Poder Executivo pode realizar cessão especial de servidor para as organizações sociais com ônus para a origem.

Quanto aos recursos orçamentários, estabelece o § 1º do artigo 12 da Lei n. 9.637/98 que 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. O § 2º desse mesmo artigo dispõe que 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.

No que se refere aos bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, podem ser eles bens móveis ou imóveis. Esses bens serão destinados às organizações sociais com dispensa de licitação por intermédio de permissão de uso, de acordo com cláusula expressa do contrato de gestão (artigo 12, § 3º, da Lei n. 9.637/98). Os bens móveis públicos permitidos para o uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, desde que haja prévia avaliação do bem e expressa autorização do poder público e desde que os novos bens integrem o patrimônio da União (artigo 13, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.637/98).

A cessão especial de servidor para as organizações sociais é faculdade do Poder Executivo, havendo ônus para a origem (artigo 14 da Lei n. 9.637/98).

A desqualificação da organização social é possível e será feita pelo Poder Executivo quando ficar constatado o descumprimento das cláusulas do contrato de gestão (artigo 16 da Lei n. 9.637/98). Essa desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, e importará em reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Nesse caso, os dirigentes da organização social respondem, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão (artigo 16, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.637/98).

Essas são as regras básicas para a celebração de contratos de gestão do poder público com as organizações sociais de acordo com o estabelecido na Lei n. 9.637/98. Necessário o exame de algumas considerações feitas pela doutrina acerca do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais, atentando-se para o fato de que não há entendimento pacífico quanto à natureza jurídica desse instituto.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os contratos de gestão celebrados entre o poder público e as organizações sociais nada mais são do que contratos administrativos. Deles não resulta qualquer ampliação de competência de entidades estatais, sendo simples “vínculos jurídicos travados com pessoa de direito privado alheia ao aparato estatal” que geram “um relacionamento de natureza contratual” entre ambos⁷².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também identifica os contratos de gestão como sendo espécie de contratos da administração. Adota a idéia de que a expressão contratos da administração abrange todos os contratos celebrados pela administração pública, sob o regime do direito público ou sob o regime do direito privado⁷³.

Segundo a aludida doutrinadora, os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais são uma nova forma de descentralização dos serviços públicos por colaboração. Ocorre a descentralização por colaboração quando o poder público, mantendo a titularidade de determinado serviço público, transfere a execução dele a uma pessoa jurídica de direito privado previamente existente, podendo essa transferência ser feita por intermédio de contrato ou de ato administrativo unilateral⁷⁴.

Por intermédio do contrato de gestão, é firmada parceria entre o poder público e as organizações sociais para a prestação de atividade de interesse público, objetivando alcançar a eficiência⁷⁵.

A parceria entre o poder público e o privado pode ser materializada por intermédio de diversos instrumentos, inclusive pelo contrato de gestão. Os objetivos da instituição dessa parceria são a diminuição do tamanho do aparelho do Estado, o fomento à iniciativa privada para ajudá-la a desempenhar atividades de interesse público e a adoção de instrumentos mais adequados para a busca da eficiência⁷⁶.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, 2003, p. 218.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002b, p. 239.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, 2002a, pp. 54-55 e 65-66.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, pp. 210 e 217.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 34.

Maria Sylvia entende ainda o contrato de gestão firmado com as organizações sociais como o instrumento que estabelece um vínculo jurídico entre a organização social e a administração pública. Nele, há a fixação das metas a serem alcançadas pela pessoa jurídica de direito privado, o que é possibilitado pelo fomento feito pelo poder público, por intermédio do repasse de recursos orçamentários e da cessão de bens públicos e de servidores públicos. Destaca a autora que o contrato de gestão celebrado com a organização social acarreta a restrição de sua autonomia, uma vez que essas entidades de direito privado passam a ter que se sujeitar às exigências contidas no contrato de gestão⁷⁷.

Por receberem fomento do poder público, as organizações sociais que celebram contratos de gestão estão sujeitas ao controle pela administração pública e pelo Tribunal de Contas. O regime que as rege é predominantemente de direito privado, parcialmente derogado por normas de direito público⁷⁸.

Bastante interessante é a classificação proposta por Odete Medauar⁷⁹. Entende que todos os contratos celebrados pela administração pública são incluídos em uma figura contratual, um módulo contratual. Para se compreender o significado de módulo contratual, é necessário que se resgate a idéia básica de contrato que existia na Grécia clássica e no Direito Romano antigo. Na Antiguidade Clássica, contrato era entendido como um intercâmbio de bens e prestações, regido pelo direito. Em um módulo contratual, existem vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diferentes.

Odete Medauar⁸⁰ propõe que o módulo contratual da administração possui três divisões: os contratos administrativos clássicos (regidos pelo direito público), os contratos regidos parcialmente pelo direito privado (ou contratos semipúblicos, nos quais a presença da administração pública impede a aplicação integral do direito privado) e as figuras contratuais recentes (regidas principalmente pelo direito público, mas com aspectos diferentes do regime aplicado aos contratos administrativos tradicionais). Os contratos de gestão, os convênios e consórcios, os protocolos, os contratos de gerência e o termo de parceria estão inseridos no grupo das figuras contratuais recentes.

As figuras contratuais recentes surgem da utilização de técnicas contratuais que decorrem de “consenso, acordo, cooperação, parceria entre Administração e particulares ou entre órgãos e entidades estatais”⁸¹. O contrato de gestão é uma dessas novas figuras contratuais, podendo ser celebrado com organizações sociais

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 214.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, pp. 211-212.

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 2003, p. 229.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 229.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 249.

(entes privados) ou com entes ou órgãos estatais. Em geral, a celebração de contrato de gestão acarreta em repasse de recursos para o ente estatal ou privado.

Apesar de analisar o contrato de gestão no item de sua obra que cuida dos principais contratos administrativos, Hely Lopes Meirelles afirma que não se trata de um contrato propriamente dito, por não haver, *in casu*, interesses contraditórios. Seria mais adequado denominá-lo de acordo operacional, uma vez que, por intermédio dele, o órgão superior da administração direta e os dirigentes da entidade contratada estabelecem, em conjunto, um programa de trabalho, no qual são fixados “objetivos a alcançar, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, limites para despesas, assim como o cronograma da liberação dos recursos financeiros previstos”⁸².

Observa-se dissenso da doutrina quanto à natureza jurídica do contrato de gestão celebrado com organizações sociais. Mas os doutrinadores clássicos que analisam o tema dos contratos de gestão da Lei n. 9.637/98, apesar de discordarem quanto à natureza jurídica desse instituto, parecem ser concordes quanto às características básicas dessa figura introduzida pela reforma gerencial de 1995. Também parecem concordar com a idéia de que esse é um instituto que possui sérias falhas jurídicas, traçando severas críticas a ele.

Com a celebração do contrato de gestão, forma-se uma parceria entre o poder público e a organização social: aquele fomenta a atividade, enquanto esta efetivamente presta o serviço para a população. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira⁸³ indica-nos que os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais trazem embutida a idéia de “formação de parceria para fomento e execução de atividades” nas atividades nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, sempre visando à descentralização de atividades no terceiro setor.

O fomento da atividade pelo poder público é feito por intermédio do repasse de verba orçamentária, da cessão de bens públicos e da cessão de servidores públicos para a organização social.

Do controle severo a que fica submetida (exercido pelo Tribunal de Contas, pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pela população destinatária do serviço prestado) e do necessário cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão, extrai-se que a organização social que celebra contrato de gestão com o poder público possui sua autonomia limitada, sua

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 259.

⁸³ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: O Estado, o serviço público e o servidor*. 1998, pp. 310-312.

atuação controlada. Em contrapartida, no entanto, os responsáveis pela organização social, observando os limites legais e contratuais, possuem maior autonomia do que possuiria o poder público se fosse prestar um serviço de igual teor.

A maior parte das críticas à Lei n. 9.637/98 e ao contrato de gestão nela previsto, elaboradas pela doutrina, refere-se a inconstitucionalidades identificadas nesse diploma legal, tema que será explorado no capítulo 4.

Celso Antônio Bandeira de Mello vislumbra uma série de inconstitucionalidades na Lei n. 9.637/98. Tais inconstitucionalidades vão desde a possibilidade de uma organização social celebrar contratos com o poder público sem passar por etapa prévia de verificação de qualquer habilitação técnica ou econômico-financeira até o repasse de verba orçamentária e bens públicos e cessão de servidores públicos a essas entidades sem processo licitatório⁸⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também não poupa críticas à Lei das Organizações Sociais, afirmando que são “inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão”⁸⁵. Que, por intermédio das organizações sociais e dos contratos de gestão, o legislador possui o objetivo claro de burlar o regime jurídico de direito público a que está submetida a administração pública, pois encobre como sendo privada uma situação que estaria sujeita ao direito público. Afirma ainda que as organizações sociais são entidades constituídas *ad hoc*, apenas para serem habilitadas como organizações sociais e continuarem realizando o que já faziam. E mais, que 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”⁸⁶.

As críticas elaboradas pela doutrina, exemplificadas pelo pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são bastante sérias e fundamentadas.

Passa-se a questionar se tanto o poder público quanto a população brasileira possuem condições para tornar efetivo um modelo de administração pública gerencial. Em não as possuindo, a celebração de contratos de gestão com organizações sociais é no mínimo perigosa, pois, como fruto desse contrato, há efetivamente a transferência de verbas orçamentárias, bens públicos e servidores públicos para pessoas jurídicas de direito privado. Se as organizações sociais não prestarem os serviços para a população de forma satisfatória, o prejuízo para o interesse público já está concretizado, afinal, mesmo que haja um controle *a*

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 221-224.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 215.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, pp. 215-216.

posteriori, verbas públicas já foram gastas, bens públicos já foram utilizados e servidores públicos já foram desviados de suas funções de origem.

2.3 CONTRATO DE GESTÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Emenda Constitucional 19/98 introduziu a figura do contrato de gestão no texto constitucional ao acrescentar o § 8º ao artigo 37 da Carta Magna, nos seguintes termos:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

Apesar de não constar no texto constitucional a expressão contrato de gestão, a maior parte da doutrina assim denomina a figura presente no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal. Diógenes Gasparini⁸⁷ denomina-o também de contrato acordo-programa.

O escopo desse contrato de gestão é o aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta que contratarem com o poder público. Já o objeto é a fixação de metas de desempenho para o órgão ou a entidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma:

O objetivo a ser alcançado pelos contratos de gestão é o de conceder maior autonomia à entidade da Administração Indireta ou ao órgão da Administração Direta de modo a permitir a consecução de metas a serem alcançadas no prazo definido no contrato; para esse fim, o contrato deve prever um controle de resultados que irá orientar a Administração Pública quanto à conveniência ou não de manter, rescindir ou alterar o contrato.⁸⁸

⁸⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2001, p. 597.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002b, p. 290.

Deve ser editada lei para regulamentar a matéria, a qual disporá sobre: o prazo de duração do contrato; os controles e os critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; e a remuneração do pessoal.

Raquel Carvalho⁸⁹ explica-nos que existem três posições na doutrina a respeito dessa lei a ser editada e da conseqüente aplicação imediata ou não do § 8º do artigo 37 da Constituição Federal.

A primeira posição, adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal é uma norma de eficácia limitada. Por isso, só incidirá de forma completa após o advento da lei cuja edição está prevista no dispositivo constitucional. Essa lei deve ser nacional, de autoria da União e deve regulamentar os graus, os limites e a forma de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta. Para cada contrato a ser celebrado, ainda seria necessária a edição de uma lei específica, fixando, para o caso concreto, o prazo de duração, o controle e os critérios de avaliação de desempenho, os direitos, as obrigações e a responsabilidade dos dirigentes e a remuneração do pessoal.

A segunda corrente entende que o § 8º do artigo 37 da Carta Magna possui eficácia plena e aplicação imediata na União e nos Estados que editaram legislações equivalentes à Lei n. 9.637/98. Basta um único texto legal disciplinando as normas sobre prazo de duração do contrato de gestão, controles, critérios de desempenho, obrigações e responsabilidades dos dirigentes e remuneração do pessoal.

A última corrente aceita ser cabível a aplicação da legislação administrativa já existente antes do advento da Emenda Constitucional n. 19/98, por ter sido recepcionada. O texto inserido pela emenda, então, possui aplicabilidade imediata. São utilizadas as regras previstas na Lei n. 8.666/93 no que se refere ao prazo do contrato, à remuneração do pessoal, aos critérios de desempenho e aos controles incidentes na espécie.

O contrato de gestão previsto no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal pode ser celebrado entre o poder público e os administradores dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta.

A doutrina costuma analisar esse contrato de gestão sob dois prismas diferentes de acordo com a outra parte do contrato além do poder público, ou seja, a administração indireta ou a administração direta. As críticas elaboradas a respeito desse instituto, que não são poucas, também costumam ter por ponto de partida essa diferença.

⁸⁹ CARVALHO, Raquel. *Op. cit.*, 2003a.

Passemos, então, a resumir o entendimento de alguns doutrinadores a respeito do contrato de gestão previsto na Constituição Federal, iniciando com as considerações feitas sobre a previsão desse contrato vir a ser firmado com a administração pública indireta.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁰ afirma que não há qualquer definição legal para os contratos de gestão celebrados entre o poder público e as entidades da administração indireta, uma vez que ainda não foi editada a lei a que se refere o § 8º do artigo 37 do texto constitucional. Hoje, eles são contratos juridicamente impossíveis ou inválidos, irrelevantes perante o direito, justamente pela falta de previsão legal, o que não impede que possam a vir a existir a partir do advento da lei regimentadora. Define-os como sendo “arremedos de contratos, encenação sem nenhum valor jurídico”⁹¹.

O indicado doutrinador explica que o objetivo desses contratos é aumentar a autonomia da autarquia ou fundação nos aspectos gerencial, administrativo e financeiro. Com maior autonomia, a entidade contratada deve cumprir o programa de atuação, no qual constam metas e critérios de avaliação, sempre buscando alcançar maior eficiência⁹².

Celso Antônio entende, no entanto, ser impossível a ampliação dessa autonomia, uma vez que ela está prevista em lei, não podendo ser alterada por disposição contratual, sob pena de se legislar mediante a celebração de contrato. A única interpretação aceitável seria entender que a lei que regulamentará a matéria estabelecerá, de forma expressa, quais os controles que podem ser suspensos no caso de celebração de contrato de gestão, o que acarretaria o aumento da autonomia das entidades contratantes⁹³.

Continuando seu raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁴ afirma não haver necessidade de celebração de contratos de gestão com pessoas jurídicas da administração indireta, uma vez que a administração direta já possui grande influência sobre essas pessoas a partir do momento em que, exercendo a supervisão, o Ministro de Estado competente pode nomear os dirigentes máximos dessas entidades ou indicar os que deverão ser eleitos (artigos 19 e 26 do Decreto-Lei n. 200/67). Bastava indicar aos dirigentes as metas a serem alcançadas e o respectivo prazo, condicionando a permanência deles nos seus cargos ao cumprimento dessas metas. Entende que as alterações possíveis são apenas as

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 207-208.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 209.

⁹² *Idem, ibidem*, pp. 209-210.

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 215.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 210-211.

de natureza administrativa, pois as disposições legais não podem ser alteradas mediante contrato.

Afirma, ainda, que não haveria um real contrato entre a administração pública direta e a indireta porque não há sanção para as duas partes no caso de descumprimento do contrato. No máximo, poderia haver entre ambos um “acordo de cavalheiros”, um “protocolo de intenções”. E, mesmo se aceitando que há um contrato, esse poderia ser alterado a qualquer tempo em nome da proteção do interesse público⁹⁵.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles⁹⁶, é possível a celebração de contrato de gestão com entidades da administração pública indireta dotadas de personalidade jurídica própria. Mas não haveria um verdadeiro contrato, uma vez que a administração direta pode fixar metas e prazos a serem cumpridos pelos dirigentes por ela escolhidos. A ampliação da autonomia, no entanto, só pode ser feita por intermédio de lei.

Lúcia Valle Figueiredo⁹⁷, analisando o regime jurídico desses contratos de gestão firmados com a administração indireta, entende que eles serão regidos pelo Direito Administrativo.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁸ contesta a natureza contratual do contrato de gestão celebrado entre o poder público e a entidade da administração indireta. Isso porque não existem, *in casu*, interesses opostos e contraditórios, uma vez que os interesses da administração pública, seja direta ou indireta, devem ser convergentes. Destarte, esses contratos de gestão possuem natureza mais próxima dos convênios. Ao celebrar contrato de gestão, a entidade da administração pública indireta visa a alcançar maior autonomia, objetivo esse que não pode ser separado dos limites estabelecidos na lei. Essa autonomia é alcançada pela liberação de certas formas de controle, desde que cumpram as metas estabelecidas no contrato⁹⁹.

No que se refere aos contratos de gestão a serem celebrados entre o poder público e órgãos da administração direta, as críticas da doutrina convergem em um mesmo ponto: na falta de personalidade jurídica desses órgãos, o que impede que eles celebrem contratos por meio de seus administradores.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁰ afirma a impossibilidade da celebração de contratos de gestão com órgãos da administração direta para

⁹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 211-212.

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes de. *Op. cit.*, p. 260.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 155.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 209.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, 2002b, p. 289.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 216-218.

ampliar-lhes a autonomia. Destaca que os órgãos não possuem autonomia, motivo pelo qual não podem ampliá-la. Eles também não possuem personalidade jurídica, pois são apenas repartições de competência dentro do Estado. Não podem celebrar contratos porque não são sujeitos de direitos e obrigações, porque o Estado não pode contratar consigo mesmo e porque o administrador público, agindo nessa qualidade, está agindo em nome do próprio Estado.

O aludido autor conclui nos seguintes termos:

Assim, tal dispositivo constitucional – no que concerne a contrato entre órgãos – haverá de ser considerado como não escrito e tido como um momento de supina infelicidade em nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura, pois não há acrobacia exegética que permita salvá-lo e lhe atribuir um sentido compatível com o que está na própria essência do Direito e das relações jurídicas.¹⁰¹

Hely Lopes Meirelles¹⁰² também entende ser difícil a celebração de contrato de gestão com a administração direta. Também argumenta que os órgãos não possuem personalidade jurídica nem vontade própria, sendo meros centros de competência para o desempenho de funções estatais. Além disso, não é possível a contratação dos administradores dos órgãos, pois tais agentes já são servidores públicos. Entende aceitável que se estabeleça um acordo de programas, na forma como vier a dispor a lei que regulamentará a matéria.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰³ também encontra dificuldade em aceitar a possibilidade de celebração de contratos de gestão entre o poder público e os órgãos da administração direta, uma vez que esses últimos não possuem personalidade jurídica, e sim atuam em nome da pessoa jurídica em que estão integrados. Nesse pretenso contrato, as duas partes contratantes estariam representando a mesma pessoa jurídica. Impossível é aceitar que a mesma pessoa jurídica possua interesses contrapostos, representados por diferentes órgãos que lhe pertencem. Conclui afirmando que os contratos de gestão celebrados com a administração pública direta são, no máximo, termos de compromissos assumidos por dirigentes dos órgãos. As metas a que esses dirigentes se propõem a alcançar, no entanto, já correspondem às obrigações a que está sujeito o órgão público.

A objeção à possibilidade de celebração de contrato de gestão com a própria administração direta chegou a ser manifestada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), no voto em separado da bancada desse partido, conforme nos indica Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira¹⁰⁴. No aludido voto, o PDT afirmava a existência de

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, pp. 217-218.

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes de. *Op. cit.*, p. 260.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 209.

¹⁰⁴ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Op. cit.*, 1998, pp. 317-318.

contradição conceitual nesse tipo de contrato, afinal os pretensos órgãos celebrantes não possuem autonomia por estarem subordinados ao titular do ministério, além de já serem uma parte que atua para a realização de políticas públicas. Esses órgãos possuem o mesmo objetivo que a administração pública que vier com eles a contratar.

Como foi observado, o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, ao trazer um novo instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, acarretou uma série de manifestações doutrinárias pela sua não-aceitação. As críticas formuladas pela doutrina são coerentes e fundamentadas.

Ora, a lei não possui letra morta e é justamente por isso que o contrato de gestão previsto no texto constitucional, juridicamente, não pode ser utilizado.

Data maxima venia, o constituinte reformador não foi técnico nas expressões que utilizou no texto do § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, o que acarretou no surgimento de uma série de impossibilidades jurídicas para a aplicação do contrato de gestão que criou.

2.4 PRINCIPAIS ASPECTOS DIFERENCIADORES E COMUNS DOS CONTRATOS DE GESTÃO PREVISTOS NA LEI N. 9.637/98 E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A partir das análises realizadas neste capítulo, percebe-se que o contrato de gestão previsto na Lei n. 9.637/98 não se confunde com o contrato de gestão introduzido no texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98. São dois institutos que, apesar de receberem o mesmo nome, não se confundem.

As diferenças de mais fácil percepção, extraídas a partir da análise dos textos legal e constitucional, residem no ente com o qual o poder público celebra o contrato de gestão e na consequência para a autonomia desse ente.

A Lei n. 9.637/98 traz a previsão de contratos de gestão a serem celebrados pelo poder público com pessoas jurídicas de direito privado que receberam a qualificação de organizações sociais. Nesses contratos são estabelecidas metas a serem alcançadas, o que é possibilitado pelo repasse a essas pessoas jurídicas de direito privado de verbas orçamentárias, bens públicos e servidores públicos. Em consequência, as organizações sociais possuem a sua autonomia restringida, pois passarão a ser submetidas a controles da sociedade, do poder público contratante e do Tribunal de Contas.

Em contrapartida, o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal estabelece a possibilidade de serem firmados contratos de gestão entre o poder público e os administradores de órgãos e entidades da administração direta e indireta. Também há o estabelecimento de metas de desempenho a serem alcançadas, mas o objetivo maior que as entidades ou os órgãos da administração pública direta ou indireta almejam é a ampliação da sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

Esses dois tipos de contratos de gestão, é claro, também possuem pontos em comum, uma vez que são frutos da reforma gerencial do Estado de 1995, residindo a justificativa teórica deles na busca pela maior eficiência.

Mas, infelizmente, também é ponto comum a existência de fortes críticas da doutrina especializada a respeito do contrato de gestão, tanto no previsto na Lei n. 9.637/98, quanto no contido no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. Essas críticas, quando analisadas, refletem a necessidade de extremo cuidado do administrador em aplicar esses institutos, uma vez que, nitidamente, possuem diversas incoerências e incompatibilidades jurídicas, ao mesmo tempo em que são instrumentos hábeis a gerar conseqüências graves para o erário público.

3 INFLUÊNCIA DE INSTITUTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS NO CONTRATO DE GESTÃO BRASILEIRO

3.1 ASPECTOS GERAIS DOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO NA FRANÇA

O movimento de reforma da administração pública é uma realidade mundial. Diversos países, assim como o Brasil, têm proposto novos institutos e novas formas de atuação do poder público com o objetivo de superar a crise do Estado e melhorar o desempenho do poder público na satisfação das necessidades da população.

A Escola Nacional de Administração Pública¹⁰⁵ ensina-nos que o Estado cresceu muito após o final da Segunda Guerra Mundial, passando a ter grande interferência nas áreas econômica e social. Foi a partir das crises do petróleo do século XX, que acarretaram em taxas elevadas de inflação e déficits das finanças públicas, que se começou a questionar qual deve ser a extensão da intervenção do Estado na economia. Ao mesmo tempo, o crescimento da sociedade gerou novas necessidades a serem satisfeitas pelo poder público, o que também acarretou no questionamento de qual deve ser o papel do Estado.

¹⁰⁵ ENAP, 1993, pp. 13-15.

A perda do dinamismo das principais economias mundiais, a partir da segunda metade dos anos 70, foi a responsável pela crise do Estado, que atingiu a economia, a política e a própria sociedade. Em consequência, observou-se o surgimento da discussão sobre a modernização do setor público, necessária para superar essa crise. A modernização da administração pública passou a ser verificada com ações que visavam, concomitantemente, a motivar os funcionários públicos, controlar os custos de intervenção e assegurar uma melhor qualidade dos serviços.

É bem verdade afirmar que a reforma gerencial adotada no Brasil a partir de 1995 sofreu influência das idéias predominantes e das ações desenvolvidas em diversos países com o intuito de superar a crise e modernizar o Estado. No que se refere especificamente ao contrato de gestão, instrumento importante para concretizar a mudança da administração pública burocrática para a administração pública gerencial, é comum se encontrar a afirmação de que a proposta de reforma da administração pública adotada na França, por intermédio de instrumentos de contratação, teria sido a grande fonte de inspiração para os teóricos da reforma gerencial brasileira de 1995.

Isso porque desde 1969 o Estado francês passou a celebrar diversos contratos que podem ser identificados como o berço ideológico do contrato de gestão previsto no Brasil.

Seguindo os ensinamentos de Carlos Eduardo Souza e Silva, Raquel Carvalho¹⁰⁶ indica que são três os elementos dos contratos de gestão na França que devem ser destacados: a carta de missão, o contrato e o sistema de acompanhamento. Esses instrumentos são identificados nos seguintes termos:

a) a “carta de missão”, documento político assinado pelo chefe do Executivo, em que o governo, como detentor de um mandato legítimo para seu programa de atendimento das necessidades da população, estabelece a missão institucional e a estratégia que orientará a ação da organização; b) o “contrato”, que impõe compromissos para o governo, relativamente à disponibilização dos meios necessários, e para o agente, mediante especificação de objetivos, ações necessárias para atingir as metas intermediárias e de resultado fixadas, bem como recursos a serem utilizados; c) o “sistema de acompanhamento”, que envolve a montagem do denominado “painel de bordo”, o qual viabiliza a avaliação periódica dos dados fundamentais do contrato de gestão propriamente dito, e que envolve um acompanhamento mais global da ação do conjunto de entidades encarregadas da execução das políticas governamentais de sua responsabilidade, devendo realizar-se em períodos mais espaçados.¹⁰⁷

¹⁰⁶ CARVALHO, Raquel. *Op. cit.*, 2003a.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem.*

Os instrumentos do contrato de gestão na França levariam à adoção da parceria e do acordo no lugar do autoritarismo da administração pública clássica. Além disso, trariam como aspectos positivos a possibilidade de se realizar uma programação de investimentos mais transparente e segura, a determinação de forma clara de objetivos relacionados à produtividade global, o favorecimento à continuidade administrativa, a adoção de indicadores de desempenho, a seriedade na gestão dos recursos, o aumento da produtividade e a valorização da opinião dos usuários dos serviços pela implantação de mecanismos de acompanhamento.¹⁰⁸

A Escola Nacional de Administração Pública¹⁰⁹ classifica em três grandes grupos os procedimentos de contratação realizados pelo governo francês pela busca da modernização do Estado. Assim, há os procedimentos de contratação entre o Estado e as empresas estatais, entre o governo central e as regiões e entre o governo central e os centros de responsabilidade. Esses procedimentos de contratação são acordos celebrados entre a administração pública direta (o Estado) e a administração pública indireta (as empresas estatais, as regiões e os centros de responsabilidade).

Mas Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁰, citando a obra de Laubadère, *Moderne e Delvolvé*, afirma que também podem ser identificados, no direito francês, contratos atípicos realizados entre o Estado e as entidades privadas. Nesse contexto, enumera os contratos de plano, os contratos de crescimento ou desenvolvimento, os contratos em matéria de preço, os contratos fiscais e outros.

Analisemos cada uma dessas hipóteses.

3.2 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO NA FRANÇA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Neste tópico, serão analisados os procedimentos de contratação realizados na França entre a administração pública direta e a administração pública indireta, que podem ser divididos em três grandes grupos: procedimentos de contratação entre o Estado e as empresas estatais, procedimentos de contratação entre o governo central e as regiões e procedimentos de contratação entre o governo central e os centros de responsabilidade.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ ENAP, 1993, pp. 47-65.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, pp. 203-204.

3.2.1 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO NA FRANÇA ENTRE O ESTADO E AS EMPRESAS ESTATAIS

Nos procedimentos de contratação na França realizados entre o Estado e as empresas estatais, é que são encontrados os contratos normalmente indicados pela doutrina como os grandes influenciadores dos contratos de gestão brasileiros. Nesse primeiro grupo estão incluídos os contratos de programa, os contratos de empresa, os contratos de plano e os contratos de objetivo¹¹¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹², ao examinar os quatro tipos de contratos acima mencionados, afirma a necessidade de se realçar que esses contratos surgem mais como um ajuste entre a administração direta e as empresas estatais, e não como uma forma de parceria entre o poder público e a iniciativa privada. De fato, essa também é a idéia transmitida pela Escola Nacional de Administração Pública.

Para que se compreendam esses contratos firmados entre o poder público e as empresas estatais francesas, importante que se entenda que as empresas estatais daquele país estão historicamente sujeitas ao modelo da tutela administrativa. Bastante ligadas às nacionalizações, as empresas estatais francesas estão submetidas ao controle do Estado no que se refere à gestão, que pode ser exercido de diversas formas: de forma direta, pelo poder de aprovação e pela verificação da aplicação dos meios postos à disposição das atividades; de forma indireta, pela exigência de certas condições (técnicas, financeiras e outras) para aprovação de determinadas operações e pelas diversas instâncias de consultas e de prescrições específicas sobre aspectos da gestão¹¹³.

Mas esse controle tradicional de gestão do Estado sobre as empresas estatais passou a dificultá-las na obtenção dos resultados desejados, passou a ser um entrave para que elas pudessem efetivamente competir no mercado. Para ingressarem no mercado, era necessário que as empresas estatais se comportassem, cada vez mais, como empresas privadas. Ao mesmo tempo em que as empresas estatais passaram a reivindicar menor controle estatal, o Estado tornava-se cada vez menos capaz de realizar controles satisfatórios, devido ao seu crescimento em tamanho e complexidade¹¹⁴.

A idéia de se adotarem procedimentos de contratação entre o Estado e as empresas estatais, em substituição ao tradicional controle estatal a que estavam submetidas, surgiu justamente das pessoas que eram responsáveis pela realização

¹¹¹ ENAP, 1993, pp. 51-56.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 200.

¹¹³ ENAP, 1993, p. 49.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 49-50.

desse controle, provavelmente por estarem observando, na prática, a sua inadequação e a sua ineficiência. As propostas nesse sentido surgiram a partir de 1967, com o Décimo Relatório da Comissão de Verificação das Empresas Públicas, de 23 de fevereiro daquele ano, e com o relatório do grupo de trabalho presidido por Simon Nora, de abril daquele ano. Em ambos, pregava-se a idéia de que o controle preventivo, da forma como era realizado, não era bom para as empresas e que elas precisavam se adequar ao mercado¹¹⁵.

A solução, segundo o relatório de Simon Nora, era ajustar as relações entre o Estado e as empresas estatais com base em aspectos como: respeito ao princípio de compensação dos encargos financeiros decorrentes de programas de interesse público que o Estado precisasse impor às empresas; estabelecimento de relações de compromisso orçamentário e financeiro plurianuais entre Estado e empresas; diminuição do controle e aumento da autonomia e da responsabilidade dos dirigentes e dos funcionários das empresas públicas¹¹⁶.

Nesse contexto, em 1969 (portanto apenas dois anos depois do relatório de Simon Nora), já foram assinados os primeiros contratos de programa com a empresa estatal responsável pelas ferrovias e com a empresa estatal de eletricidade da França. Em síntese, nesses contratos cabia ao Estado conceder financiamentos para investimentos, compensar alguns encargos sociais decorrentes do passado ou de atividades de serviços públicos e rever alguns controles. Em contrapartida, às empresas estatais cabia a procura pela modernização e pela determinação de custos e preços reais. Os contratos de programa acarretaram resultados positivos, como a maior liberdade tarifária, o esforço comercial, as racionalizações e a estabilização dos encargos do Estado. A celebração desses contratos, no entanto, foi praticamente suspensa em 1973 com a crise do petróleo¹¹⁷.

Citando Michel Durupty, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁸ afirma que o objetivo dos contratos de programa era permitir a recuperação financeira das empresas públicas deficitárias, restabelecendo o equilíbrio da gestão das empresas estatais. As empresas estatais teriam maior autonomia na sua gestão, passando o Estado a verificar se os objetivos determinados no contrato foram alcançados de forma satisfatória.

Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira¹¹⁹ afirma que os contratos de programa surgiram da necessidade de o Estado reduzir sua intervenção nas empresas estatais

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 50-51.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, pp. 51-52.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, pp. 200-201.

¹¹⁹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Op. cit.*, 1998, p. 322.

e de essas empresas terem maior liberdade tarifária e de serem flexibilizadas para a livre concorrência. A contratação resultava na definição de um quadro de objetivos a serem alcançados, o que eliminava a prática de dar subvenções.

O procedimento de realização de contratos entre o Estado e as empresas estatais foi retomado em 1978 com a celebração dos denominados contratos de empresa. Os contratos de empresa, diferentemente dos contratos de programa, definiam resultados gerais para cada um dos objetivos e a produtividade a ser alcançada em diferentes fatores de produção em virtude das condições econômicas externas¹²⁰. O objetivo desses contratos era modernizar as empresas públicas, possibilitar que as empresas industriais ou comerciais que não tinham possibilidade de competição passassem a competir no mercado¹²¹.

Os contratos de programa e os contratos de empresa não possuíam real natureza jurídica de contrato, sendo mais compromissos realizados entre o Estado e as empresas estatais. Por esse motivo, não era possível discuti-los judicialmente quando descumpridos. Possuíam em comum aspectos como a definição de diversos compromissos e o detalhamento dos programas de investimento; baseavam-se em referências de indicadores de produtividade de gestão ou de resultado; estabeleciam diferentes hipóteses de execução de acordo com a evolução da economia; previam procedimentos de revisão total ou parcial dos compromissos assumidos no caso de mudanças na economia ou na política nacional¹²².

A partir de 1982, com a ascensão do governo socialista de François Mitterrand, o modelo dos contratos de programa e de empresa foram modificados. Passou-se a celebrar contratos de plano, cuja grande diferença dos contratos anteriores era a universalização de um “procedimento de contratação para todas as empresas estatais que dependessem de alguma forma de apoio do Estado, independente da sua situação financeira”¹²³. Ou seja, houve uma padronização na contratação do Estado com as empresas estatais, prevendo a lei de 7 de janeiro de 1982 um procedimento interministerial fortemente institucionalizado e ligado ao Plano Nacional para os contratos de plano.

A Escola Nacional de Administração Pública indica os três pontos fundamentais nos quais se baseavam os contratos de plano:

- clarificar os recursos necessários para investimentos, a estratégia e os objetivos da empresa;

¹²⁰ ENAP, 1993, p. 52.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, pp. 200-201.

¹²² ENAP, 1993, pp. 52-53.

¹²³ *Idem, ibidem*, p. 53.

- garantir maior coerência entre a estratégia da empresa e as prioridades governamentais em matéria de pesquisa, emprego, formação, comércio exterior e sistema industrial; e

- programar os compromissos financeiros do Estado enquanto acionista.¹²⁴

Os contratos de plano preocupavam-se em estabelecer mais objetivos do que compromissos e buscavam evitar a instalação do controle administrativo tradicional nas empresas nacionalizadas em 1982. Tentava-se harmonizar a convivência entre o controle do Estado e a manutenção da autonomia de gestão das empresas, o controle financeiro fundamentado em resultados contábeis e o planejamento fundamentado nas orientações do Plano Nacional¹²⁵. Com a celebração desses contratos, o Estado visava a assegurar o desenvolvimento dos seus objetivos prioritários por intermédio das empresas públicas, que deveriam atuar no sentido de satisfação da estratégia industrial do Estado¹²⁶.

Mas os contratos de plano encontraram limites e dificuldades na prática, conforme enumerados pela Escola Nacional de Administração Pública:

- apesar de previstos legalmente para coincidir com o Plano Nacional, os primeiros contratos de plano foram assinados antes do IX Plano Nacional, com duração variável de três a cinco anos;

- a empresa assume compromissos para um período plurianual, enquanto o Estado só se engaja anualmente por meio do orçamento;

- certas questões importantes da vida das empresas não fazem parte dos contratos por razões estratégicas, como, por exemplo, projetos de compra ou venda de participações acionárias;

- a autonomia de gestão da empresa fica limitada por mudanças na política industrial do Estado, que pode, a qualquer tempo, invalidar, em parte ou totalmente, o contrato de plano;

- a lei que previu os contratos inicialmente pôs os interesses tecnológicos e de ordem social no mesmo nível dos financeiros. Depois de 1983, uma carta do Ministro da Indústria enfatizou a rentabilidade, colocando-a como principal critério para avaliação da ação das empresas;

¹²⁴ *Idem, ibidem*, pp. 53-54.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 54.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, 2002a, pp. 200-202.

- a despeito do nome “contrato”, o caráter jurídico contratual do procedimento continuou indefinido, pois o decreto de regulamentação da lei de 1982 não foi editado;
- embora previsto em lei, o contrato de plano não se aplica a todas as empresas. Algumas não fizeram contratos por razões específicas, como a variação do preço do petróleo e do dólar; outras, como bancos e organizações financeiras, foram dispensadas do procedimento;
- o alcance dos contratos de plano ficou limitado pela relatividade dos compromissos assumidos, particularmente pelas empresas participantes do setor concorrencial – os contratos, embora apresentem objetivos de rentabilidade industrial e financeira, raramente detalham os objetivos por ramos de atividade;
- os contratos de plano não mostram com clareza as imposições feitas pelo Estado, dando mais destaque ao que decorre do planejamento da empresa; e
- embora a lei tenha previsto a remessa anual de um relatório do governo ao Parlamento, situando a execução dos contratos, isso nunca aconteceu.¹²⁷

O último tipo de contrato que surgiu e passou a ser celebrado entre o Estado francês e as suas empresas estatais é o contrato de objetivos, adotado a partir de 1988. O contrato de objetivos é um documento anual que sintetiza os principais aspectos estratégicos e financeiros do plano estratégico da empresa. É um consenso entre o Estado e a empresa estatal alcançado com base nos seguintes documentos: um plano da empresa para três ou quatro anos, um plano de previsão financeira e um resumo estratégico do plano da empresa. O contrato precisa ser aprovado pelo conselho de administração da empresa, cabendo ao Ministério realizar um acompanhamento do procedimento e providenciar auditorias para esclarecimentos. Existe apenas para empresas submetidas à concorrência, o Estado não possui encargos orçamentários, e a empresa não realiza o pagamento de dividendos¹²⁸.

A Escola Nacional de Administração Pública¹²⁹ afirma que os contratos celebrados entre o Estado e as empresas estatais podem ser considerados bem sucedidos. Acarretaram vantagens tanto para o Estado quanto para as empresas estatais. No que se refere ao Estado, ele passou a conhecer melhor a situação dos grupos e das empresas, a ter uma visão mais setorial dos problemas e a coordenar

¹²⁷ ENAP, 1993, pp. 54-55.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, pp. 55-56.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 56.

melhor as diferentes tutelas. Quanto às empresas estatais, passaram a fazer um melhor planejamento e seus dirigentes passaram a ter mais autonomia de gestão.

O ponto negativo desses contratos é que eles não estabelecem o compromisso financeiro do Estado para médio prazo e não cuidam de algumas importantes questões da política industrial¹³⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³¹ afirma que os pontos comuns existentes entre os contratos de programa, de empresa, de plano e de objetivos são: a submissão das empresas estatais aos objetivos governamentais e o aumento da autonomia da empresa, uma vez que há a redução do controle por parte da administração pública.

3.2.2 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO NA FRANÇA ENTRE O GOVERNO CENTRAL E AS REGIÕES

O Estado francês buscou modificar o seu poder de tutela, simultaneamente, em relação às estatais e em relação à administração regional. Esse último aspecto da mudança ocorreu a partir de 1959, com a descentralização das decisões e a redução da tutela sobre os níveis regionais, o que se verificou definitivamente a partir de 1982, no governo de François Mitterand. Em 1982, o governo francês fez uma reforma no planejamento por intermédio da criação do plano regional e da introdução do procedimento contratual na área administrativa pela figura dos contratos de plano entre o Estado e as regiões¹³².

O contrato Estado-região estabelece uma parceria entre as duas partes contratantes de modo a alcançarem objetivos comuns, relacionados com a construção de obras e implantação de políticas ou programas. Essas obras podem ser obras regionais que necessitem do apoio do governo central ou obras do governo central que interessem à região¹³³.

São identificados dois momentos no que se refere ao procedimento que antecedia à assinatura do contrato de plano entre Estado (assina o prefeito da região, que é o representante do Estado na região) e região (assina o presidente do Conselho Regional, eleito pelos cidadãos da região).

Em um primeiro momento, no período entre 1984 e 1988, o Estado elaborava o mandado de negociação, que era uma lista de prioridades para inserir no contrato, formulada a partir de seus estudos e das orientações feitas pelos prefeitos das

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 56.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 202.

¹³² ENAP, 1993, p. 57.

¹³³ *Idem, ibidem*.

regiões. O mandado de negociação possuía duas partes: o mandado geral, que servia para todas as regiões, e o mandado particular, que trazia as particularidades para cada região. A região, com base em seu planejamento, também definia duas prioridades. Com o mandado de negociação e o planejamento da região, era elaborado um pré-projeto do contrato, a ser examinado pelo governo central. Seguiam-se as negociações entre o prefeito e o presidente do Conselho Regional até se chegar a um consenso e se proceder à assinatura do contrato¹³⁴.

Buscou-se simplificar esse procedimento prévio à assinatura do contrato, dando mais responsabilidade aos prefeitos de região, que passaram a discutir com o Estado as orientações para a preparação dos contratos de 1989 a 1993, resultando na elaboração de um mandado único, pelo Estado, para todas as regiões. Houve uma redução do campo contratual, mas foi mantida a possibilidade de serem realizadas contratações considerando as particularidades de cada região¹³⁵.

Nos contratos Estado-região, estabeleceu-se um procedimento de acompanhamento financeiro pela contabilidade de gestão. Por intermédio de um documento chamado painel de comandos (*tableau de bordou*), faz-se um acompanhamento dos trabalhos realizados nas principais etapas de realização física e financeira¹³⁶.

Neles, são feitos compromissos plurianuais, o que favorece a continuidade das políticas públicas e a coordenação das políticas orçamentárias dos parceiros. Aproxima os setores da administração e possibilita a realização de operações complexas¹³⁷.

A Escola Nacional de Administração Pública¹³⁸ aponta as desvantagens da celebração dos contratos Estado-região. Nesse sentido, pequenas operações ficam muito lentas, e a máquina administrativa perde agilidade devido à demora para a realização das montagens financeiras e às inúmeras reuniões necessárias para a definição do conteúdo do contrato. Além disso, são aspectos negativos a concorrência que surge entre as regiões, que passam a disputar as verbas postas à disposição pelo Estado, e a não-participação dos parceiros que também financiam as operações no processo de tomada de decisão¹³⁹.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 58.

¹³⁵ *Idem, ibidem*.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 58-59.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 59.

¹³⁸ *Idem, ibidem*.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

3.2.3 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO NA FRANÇA ENTRE O GOVERNO CENTRAL E OS CENTROS DE RESPONSABILIDADE

Em 1989, o então Primeiro-Ministro francês Michel Rocard introduziu, por intermédio de uma circular, a política de Renovação do Serviço Público na França, política essa que atingiu os órgãos e as administrações centrais do governo¹⁴⁰.

Anunciou-se, com a diretriz Rocard, a adoção de uma estratégia global de modernização na França, tendo em vista a constatação de que o Estado francês precisava mudar para atender às novas necessidades da sociedade. A idéia que se pregava era a de que, como não era possível aumentar os recursos disponíveis para financiar os objetivos de interesse geral que se multiplicavam, esses objetivos deveriam ser alcançados de forma diferente, mediante uma nova forma de atuação Estatal. Nos termos utilizados pela Enap, “quando é preciso fazer melhor com menos, deve-se conseguir fazê-lo de outra maneira”¹⁴¹.

Nesse contexto, merece destaque o Relatório Closets, fruto do trabalho da comissão constituída com aquele nome por determinação do Primeiro-Ministro Rocard com a missão de fazer um diagnóstico da situação do Estado francês e da sua administração. O Relatório Closets traz uma série de diretrizes para a modernização do Estado, que podem ser resumidas na idéia de que o Estado deve ser mais eficaz, oferecendo mais serviços de forma mais competitiva e interferindo menos no setor privado¹⁴².

O objetivo da política de Renovação do Serviço Público era melhorar a produtividade do serviço público, buscar uma melhor eficiência na atuação estatal. Isso seria alcançado por intermédio da utilização da tecnologia disponível e da valorização dos funcionários públicos¹⁴³.

Os funcionários públicos deveriam ter garantia de emprego (o que asseguraria sua neutralidade na realização da função pública), ser selecionados por concurso público (para assegurar a boa qualidade dos funcionários) e ser acompanhados de formação permanente. Passaria-se a garantir aos funcionários uma atuação mais participativa e um maior poder de decisão (e maior responsabilidade) nas áreas administrativa e orçamentária. Eles deveriam estabelecer um melhor diálogo entre os órgãos, realizar o trabalho de avaliação das políticas públicas de forma mais

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 61.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, pp. 21-22.

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 23.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 61.

independente em relação às administrações responsáveis e com fontes de informação, critérios de apreciação e métodos de trabalho bem definidos e refletir sobre a política de atendimento e serviço aos usuários¹⁴⁴.

A aplicação da política de Renovação do Serviço Público deveria ser feita pelo desenvolvimento de projetos de serviços pelos órgãos e pela criação dos centros de responsabilidade.

O projeto de serviço a ser desenvolvido pelos órgãos é uma reflexão, uma análise, feita pelos funcionários, parceiros e usuários com o intuito de se definirem objetivos e estratégias para buscar a melhoria dos serviços prestados e dos métodos internos de trabalho. Trata-se de uma avaliação a ser feita periodicamente, que exige, para ser implementada, um plano de comunicação e uma estratégia de acompanhamento para a mensuração dos resultados alcançados. As administrações centrais devem ser as grandes incentivadoras das administrações locais para a elaboração desse projeto¹⁴⁵.

O outro elemento apontado pela política de Renovação do Serviço Público é a criação dos centros de responsabilidade.

Os centros de responsabilidade são “órgãos que se beneficiam, através da realização de um contrato, de flexibilizações do controle administrativo sobre sua gestão, ao mesmo tempo em que se propõem a adotar determinados procedimentos e compromissos”¹⁴⁶. A condição prévia para um órgão se tornar um centro de responsabilidade é que ele tenha desenvolvido um projeto de serviço.

O órgão que desenvolveu um projeto de serviço será transformado em um centro de responsabilidade por intermédio da celebração de um contrato desse órgão com o Estado, com o ministério que lhe seja responsável. Esse contrato tem a duração de três anos. A grande vantagem da celebração desse contrato é a flexibilização do controle para o agora centro de responsabilidade. A flexibilização do controle é definida em cada caso por intermédio de uma convenção, com duração de três anos, feita entre o ministério responsável, o Ministério do Orçamento e o Ministério da Função Pública, dentro dos limites estabelecidos em uma circular governamental de janeiro de 1990¹⁴⁷.

A Escola Nacional de Administração Pública enumera quais são as flexibilizações de gestão que um centro de responsabilidade pode receber:

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, pp. 24 e 61.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, pp. 61-62.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 62.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 63.

- liberdade para o responsável de centro fazer deslocamentos internos;
- possibilidade de criar comissões administrativas paritárias locais;
- concessão de uma dotação global para pagamento de gratificações e trabalhos suplementares;
- liberdade para distribuição – com amplitude constante – dos horários de trabalho e sua globalização num quadro anual;
- concessão de uma dotação orçamentária global de funcionamento;
- supressão do controle financeiro prévio local;
- adaptação de regras e práticas internas do ministério responsável, tais como a elevação do nível de competência entre a administração central e o centro de responsabilidade, a diminuição de certos prazos, a aplicação de uma organização mais racional, assim como todas as facilidades complementares levando em conta as especificidades de cada órgão;
- em termos de créditos de equipamentos, alocação de dotações permitindo a realização de programas fixados no orçamento apresentado pelo centro; e
- liberdade para usar as economias feitas em relação ao orçamento anterior, principalmente para desenvolver serviços sociais (creches, cheques-viagem, entre outros) e melhorar as condições de trabalho ou de serviço e atendimento aos usuários.¹⁴⁸

O centro de responsabilidade, em contrapartida, precisa cumprir seus objetivos normais, desenvolver um projeto de serviço, melhorar suas ações, favorecer a informação dos funcionários e o diálogo interno e elaborar um plano plurianual de formação de pessoal¹⁴⁹.

A convenção também traz os detalhes do sistema de previsão e acompanhamento de trabalho, definido após aceitação, pelo ministério, da programação de objetivos e da elaboração do orçamento anual feito pelo centro. O ministério repassa ao centro os meios e a dotação necessária para o cumprimento dos objetivos propostos. É feita uma avaliação anual pelo centro e pelo ministério dos resultados obtidos, comparando-os com os objetivos fixados no contrato. Portanto, há um controle de gestão da aplicação dos recursos repassados para o centro de responsabilidade¹⁵⁰.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, pp. 63-64.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 64.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵¹ afirma ser extremamente discutível o caráter contratual desses contratos firmados entre o Estado e os centros de responsabilidade, uma vez que eles são órgãos do aparelho do Estado e, portanto, não possuem personalidade jurídica.

3.3 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO NA FRANÇA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E ENTIDADES PRIVADAS

Após analisar os contratos realizados na França entre a administração pública direta e a administração pública indireta, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵² indica-nos que podem ser extraídos do direito francês diversos contratos atípicos realizados entre o Estado e as entidades privadas. Esses ajustes corresponderiam a formas de intervenção do Estado no domínio econômico ou de fomento à iniciativa privada. Faz tal afirmação referindo-se à obra de Laubadère, *Moderne e Delvolvé*.

Os indicados autores informam a existência dos contratos de plano, dos contratos de crescimento ou de desenvolvimento, dos contratos em matéria de preço, dos contratos fiscais e outros. Os dois primeiros foram examinados por esses doutrinadores franceses sob o título de contratos discutíveis e os demais sob o título de falsos contratos.

Os contratos de plano são firmados entre o Estado e as regiões, as empresas ou outras pessoas jurídicas. Há obrigações recíprocas assumidas pelas partes, tendo o escopo de garantir a execução do Plano. Já eram firmados pelo Estado com pessoas jurídicas de direito privado antes de começarem a ser firmados com as empresas estatais. Possuem cláusulas tipicamente contratuais e disposições genéricas, dependendo, essas últimas, de acordos futuros entre as partes.

Já nos contratos de crescimento ou de desenvolvimento, há a fixação das condições necessárias para que o Estado auxilie a empresa. Em troca da ajuda estatal, a empresa deve se comprometer a realizar determinados programas.

Há, então, no ordenamento jurídico francês, o estabelecimento de contratos atípicos celebrados pelo Estado com pessoas jurídicas de direito privado, apesar de receberem maior destaque pela doutrina os contratos que o Estado celebra com as empresas estatais, com as regiões e com os centros de responsabilidade.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 204.

¹⁵² *Idem, ibidem*, pp. 203-204.

3.4 INFLUÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO DA FRANÇA NO CONTRATO DE GESTÃO BRASILEIRO

Como foi verificado, a França possui uma longa tradição de realização pelo Estado de contratos que podem ser chamados de atípicos. Resta-nos tentar concluir se esses contratos influenciaram, de alguma forma, os contratos de gestão previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Premissa básica para a análise que ora se realizará é a adoção do entendimento de que, apesar de receberem o mesmo nome, os contratos de gestão previstos na Lei n. 9.637/98 não se confundem com os contratos de gestão previstos no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal. Aquele é o contrato de gestão a ser firmado entre o poder público e as organizações sociais, enquanto este é o contrato de gestão a ser celebrado entre o poder público e os órgãos e as entidades da administração pública direta e indireta.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵³, apenas os contratos de gestão celebrados entre a administração direta e as pessoas da administração indireta, com fundamento no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, é que sofreram a influência de práticas administrativas francesas. Entende, no entanto, que esses contratos do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, atualmente, são impossíveis de serem realizados, uma vez que ainda não editada a lei que deve regulamentá-los. Essas práticas administrativas francesas, afirma, foram desencadeadas a partir do Relatório Nora, que previa a necessidade de se diminuir os controles administrativos sobre as estatais francesas de modo a que elas alcançassem maior eficiência.

Verifica-se que Celso Antônio está se referindo apenas a um dos grupos de contratos celebrados na França, qual seja, o grupo dos procedimentos de contratação realizados entre o Estado e as empresas estatais, que englobam os contratos de programa, os contratos de empresa, os contratos de plano e os contratos de objetivo, desencadeados a partir de 1969, como resultado do Relatório de Simon Nora.

Na França, os contratos de programa tinham o objetivo de permitir a recuperação financeira das empresas públicas deficitárias. Essas empresas passavam a ter maior autonomia na sua gestão, enquanto o Estado fazia uma verificação *a posteriori* dos resultados realizados em decorrência do contrato.

Seguiu-se a realização dos contratos de empresa, a partir de 1978, que visavam a modernizar as empresas públicas e possibilitar que as empresas industriais ou comerciais passassem a competir no mercado.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 209-210.

A partir de 1982, passaram a ser realizados os contratos de plano, que eram ligados ao Plano Nacional, por serem uma forma de o Estado tentar assegurar o desenvolvimento dos seus objetivos prioritários por intermédio das empresas públicas, que deveriam atuar no sentido de satisfação da estratégia industrial do Estado.

Já a partir de 1988, passaram a ser celebrados contratos de objetivos do Estado francês com as empresas públicas. Eles consistem em um documento anual que sintetiza os principais aspectos estratégicos e financeiros do plano estratégico da empresa.

De fato, parece ser grande a influência dos procedimentos de contratação realizados entre o Estado francês e as empresas estatais sobre os contratos de gestão a serem celebrados pelo poder público com entidades da administração indireta, de acordo com a previsão do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal brasileira.

Ora, nos contratos realizados entre o Estado francês e as empresas estatais, pretendia-se alterar a forma de controle da administração pública sobre essas empresas, que era preventivo. As empresas estatais precisavam de maior autonomia gerencial para que elas pudessem ser mais eficientes, mas sem deixarem de se submeter aos objetivos governamentais. Para isso, foram instituídas formas de controle por resultados. Nesse tipo de relação contratual, não se fala em contratar com pessoas jurídicas de direito privado. Preocupa-se em modificar as formas de atuação do Estado para que ele possa suprir as necessidades da população, mas não se repassa para a iniciativa privada a realização de qualquer serviço, não se realiza qualquer parceria entre entes públicos e privados.

Também de acordo com o previsto pelo § 8º do artigo 37 da Constituição Federal brasileira, o que se pretende, nesse tipo de contrato de gestão que venha a ser celebrado com entidades da administração indireta, é conferir-lhes maior autonomia gerencial, assim como orçamentária e financeira. É feito o controle por resultados, pela avaliação de desempenho. A busca pela eficiência é o fundamento desse dispositivo constitucional e de tantos outros introduzidos na Carta Magna por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98. Não se fala, da mesma forma, em transferência para a iniciativa privada dos serviços realizados pelo Estado.

Deve-se lembrar que ainda existiram, na França, os procedimentos de contratação entre o governo central e as regiões, entre o governo central e os centros de responsabilidade e entre o Estado e as entidades privadas.

Os procedimentos de contratação entre o governo central francês e as regiões trazem a figura dos contratos de plano entre o Estado e as regiões com o objetivo de descentralizar decisões e reduzir a tutela central sobre os níveis regionais. Esse tipo de contrato estabelece uma parceria entre as duas partes contratantes, de

modo a alcançarem objetivos comuns, relacionados com a construção de obras e implantação de políticas ou programas. O acompanhamento financeiro da execução do contrato é feito por intermédio da contabilidade de gestão.

Já as contratações entre o governo central e os centros de responsabilidade, visando a melhorar a eficiência na prestação de serviços públicos, acarretam a flexibilização do controle administrativo sobre a gestão desses centros, que se comprometem a realizar determinados compromissos. Antes de se tornar um centro de responsabilidade, o órgão precisa ter desenvolvido um projeto de serviço.

Mas, no que se refere aos contratos de gestão a serem realizados com as organizações sociais, de acordo com o previsto na Lei n. 9.637/98, é na idéia dos contratos atípicos realizados entre o Estado francês e as entidades privadas que se pode identificar uma influência das práticas administrativas realizadas na França.

Apesar de Celso Antônio ter negado a influência dos institutos do direito francês no contrato de gestão brasileiro a ser realizado com as organizações sociais, entendemos que mais razão assiste à Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁴ identifica, no direito francês, contratos realizados entre o Estado e as entidades privadas. Inclui, nesse grupo, os contratos de plano, os contratos de crescimento ou de desenvolvimento, os contratos em matéria de preço, os contratos fiscais e outros. Afirma que esses contratos correspondem a formas de intervenção do Estado no domínio econômico ou de fomento à iniciativa privada.

São, então, contratos firmados pelo Estado com pessoas jurídicas de direito privado não com o intuito de receber alguma contraprestação imediata, mas sim com o objetivo de intervir no domínio econômico ou de fomentar a iniciativa privada, buscando um resultado previamente estabelecido no próprio contrato.

Apesar de não ter sido identificado, no direito francês, um instituto que realmente corresponda de forma precisa aos contratos de gestão a serem celebrados com as organizações sociais no Brasil, a influência pode ser verificada.

Assim como ocorreu na França, no Brasil também houve o reconhecimento de que o modelo estatal até então adotado não era mais suficiente para suprir as necessidades da sociedade. Modificar a estrutura de prestação de serviços públicos era necessário sem o Estado perder o controle da realização desses serviços.

Com os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, o Estado brasileiro opta por adotar uma nova forma de prestação de alguns serviços públicos, como fruto do reconhecimento de sua incapacidade para fazê-lo diretamente. Esses serviços, no entanto, não passam a ser da titularidade da pessoa jurídica de direito

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, pp. 203-204.

privado que passará a realizá-lo. Continuam a ser controlados pelo Estado e por ele garantidos por intermédio do fomento das atividades.

As idéias básicas do contratualismo francês parecem estar presentes também nos contratos de gestão celebrados com organizações sociais: busca pela eficiência dos serviços prestados, fomento pelo Estado das atividades, controle realizado pelo Estado por intermédio da verificação de resultados.

A influência do direito francês não exige a adoção de institutos jurídicos iguais aos que existem naquele país, e sim a adoção das idéias básicas que acarretaram no surgimento desses institutos. Idéias essas que, necessariamente, ao serem transportadas para o ordenamento jurídico brasileiro, precisam ser bastante examinadas e adaptadas, tendo em vista as particularidades e as diferenças existentes entre o Direito Administrativo francês e o Direito Administrativo pátrio.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE GESTÃO A SER CELEBRADO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

4.1 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADAS CONTRA A LEI N. 9.637/98 E CONTRA O INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666/93

Ao criar a figura do contrato de gestão, a Lei n. 9.637/98 trouxe, para o ordenamento jurídico brasileiro, um instituto que desde logo foi bastante questionado pela doutrina. Passaram a ser apontadas diversas incompatibilidades entre a Lei das Organizações Sociais e a Constituição Federal, o que resultou em argumentos que pregam a inconstitucionalidade daquele texto normativo, inclusive no que se refere ao contrato de gestão nele previsto.

Diretamente relacionada ao contrato de gestão da Lei n. 9.637/98, a alteração feita na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, por intermédio da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, também passou a ser objeto de alegações de inconstitucionalidade pela doutrina nacional. Isso porque a Lei n. 9.648/98, ao acrescentar o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, passou a prever que a licitação também é dispensável para a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

As alegações de inconstitucionalidade acerca da Lei n. 9.637/98 e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 não ficaram limitadas aos ensinamentos dos

doutrinadores. Foram materializadas por intermédio do ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT e autuada em 1º de dezembro de 1998, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.943-1, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e autuada em 13 de janeiro de 1999. Para ambas, foi designado como Relator o Ministro Ilmar Galvão.

As petições iniciais dessas duas ações diretas de inconstitucionalidade são peças longas, detalhadas e fundamentadas, que acabam por concluir que a Lei n. 9.637/98 deve ser declarada inconstitucional *in totum*. AADI n. 1.923-5 ainda requer a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93.

Apesar de terem sido ajuizadas, respectivamente, em dezembro de 1998 e janeiro de 1999, a ADI n. 1.923-5 e a ADI n. 1.943-1 ainda não foram apreciadas pela Corte Constitucional brasileira. Em verdade, nem mesmo os pedidos de concessão de liminar formulados nas iniciais com o intuito de suspender de imediato os efeitos dos textos normativos questionados foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

No dia 24 de fevereiro de 2004, verificou-se que a situação dessas duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal era a seguinte:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT: Após o recebimento de informações prestadas pelo Congresso Nacional (em 1º-2-1999) e pela Presidência da República (em 9-2-1999), e depois de o julgamento ter sido adiado uma vez (em 24-6-1999), essa ADI foi submetida a julgamento pelo Plenário do STF em 5-8-1999. Naquela data, após o Ministro Ilmar Galvão (Relator) ter indeferido o pedido de medida liminar, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Nelson Jobim. Os autos foram então remetidos ao gabinete do Ministro Nelson Jobim em 10-8-1999 e desde então lá se encontram;

b) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.943-1, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: Após o recebimento das informações prestadas pelo Presidente da República (em 17-2-1999) e pelo Senado Federal (em 23-2-1999), os autos foram conclusos ao Relator em 23-2-1999. Apenas em 25-11-2002, o Relator proferiu despacho ordinatório aplicando ao feito o rito do artigo 12 da Lei n. 9.868/99, abrindo vistas sucessivas, pelo prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, tendo em vista a relevância da matéria discutida na ADI e o seu especial significado para a ordem social. A Advocacia-Geral da União apresentou

defesa em 4-12-2002, e o Procurador-Geral da República emitiu parecer no sentido da improcedência da ação em 3-1-2003. Em 20-2-2003, após o processo ter sido retirado de pauta em 19-2-2003 por indicação do Relator, o Ministro Ilmar Galvão proferiu despacho ordinatório determinando o sobrestamento do feito até o julgamento da medida cautelar da ADI n. 1.923-5, naquela data com o Ministro Nelson Jobim em virtude de pedido de vista. Esse processo, então, está sobrestado desde 27-2-2003, data em que foi publicado no Diário da Justiça o último despacho do Relator.

Em outras palavras, a ADI n. 1.943-1 está com seu andamento sobrestado desde 27-2-2003 e assim permanecerá até o julgamento da medida cautelar da ADI n. 1.923-5, cujos autos estão no gabinete do Ministro Nelson Jobim desde 10-8-1999, em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro, após o indeferimento do pedido da medida liminar pelo Relator, Ministro Ilmar Galvão.

Realmente, as duas ações diretas de inconstitucionalidade possuem exatamente o mesmo objeto, motivo pelo qual o sobrestamento daquela que foi ajuizada por último até o julgamento da primeira é plenamente coerente. Mas o que causa espanto é a demora da nossa Corte Constitucional em julgar a ADI n. 1.923-5. Afinal, até a data em que foi realizada a pesquisa no andamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5 (dia 24-2-2004), só se está discutindo o cabimento ou não da concessão da liminar requerida, e, para tanto, os autos do processo estão no gabinete do Ministro Nelson Jobim desde o dia 10-8-1999.

Ora, não é novidade, para qualquer operador do direito, a notícia de que o Judiciário brasileiro está deveras sobrecarregado com a quantidade de lides que são levadas à sua apreciação. Dessa realidade, o Supremo Tribunal Federal não escapa. Também é argumento incontestado o fato de que as decisões proferidas pelo STF exigem cuidadosa reflexão pelas sérias conseqüências que acarretam, principalmente em se tratando de ações diretas de inconstitucionalidade, uma vez que essas decisões em controle abstrato de constitucionalidade produzem efeitos *erga omnes*.

Mas, apesar de tudo, o fato é que, no caso da ADI n. 1.923-5, aguarda-se, desde agosto de 1999, portanto há mais de quatro anos, a posição de um Ministro para que o processo retorne para a pauta e, quem sabe, ainda ter a vista solicitada por outros Ministros antes de ser realizado seu julgamento.

O não-pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, até o momento, quanto à constitucionalidade ou não da Lei das Organizações Sociais e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos está trazendo repercussões no mundo fático que devem ser consideradas. Afinal, ao lado da indefinição no mundo jurídico

sobre a constitucionalidade das figuras criadas pela Lei n. 9.637/98, a administração pública federal e diversas administrações públicas estaduais têm qualificado pessoas jurídicas de direito privado como organizações sociais e têm celebrado contratos de gestão com elas, transferindo-lhes verbas orçamentárias e cedendo-lhes bens públicos e servidores públicos, tudo isso, geralmente, sem a realização de licitação.

E, então, surge a preocupação inevitável ao se imaginar que a transferência de elevado valor de verba orçamentária e de grande quantidade de bens públicos, que está sendo feita para as organizações sociais, sem a realização de licitação, na esfera federal, durante quase cinco anos, pode ter seus fundamentos legais (a Lei n. 9.637/98 e o artigo 24 inciso XXIV da Lei n. 8.666/93) declarados inconstitucionais a qualquer momento pelo Supremo Tribunal Federal, que certamente o fará (e precisa fazê-lo, por dever de ofício) se verificar a inconstitucionalidade desses textos legais. Inestimável é o prejuízo para o erário público e para a sociedade, ainda mais ao se verificar que diversos entes da federação estão adotando práticas iguais ou semelhantes às previstas para a esfera federal no que se refere a organizações sociais e contratos de gestão. Isso porque a Lei n. 9.637/98 não é uma lei nacional, podendo, os Estados e os Municípios que desejarem adotar institutos de parceria semelhantes, editar as suas próprias leis, utilizando a lei federal como paradigma.

Wagner Gonçalves¹⁵⁵, então Subprocurador-Geral da República e Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, ao emitir parecer sobre a terceirização e as parcerias na saúde pública, indica-nos os seguintes entes da federação que, ao editarem leis específicas, adotaram princípios e, muitas vezes, procedimentos semelhantes aos previstos na Lei n. 9.637/98 de forma a transferir para a iniciativa privada a prestação de serviços de saúde: município de São Paulo, Estado de Tocantins, Estado do Rio de Janeiro, Estado da Bahia, Estado de Roraima e Estado do Maranhão. Acrescentamos a essa lista, sem pretender esgotá-la, o Distrito Federal.

Inconteste é a necessidade de o Supremo Tribunal Federal definir se a Lei n. 9.637/98 e se o inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 são ou não inconstitucionais.

Diversos são os argumentos trazidos pela doutrina e colacionados nas iniciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.923-5 e 1.943-1 para pregar a inconstitucionalidade da Lei das Organizações Sociais, principalmente quando trata dos contratos de gestão a serem celebrados pelo poder público com essas pessoas jurídicas de direito privado. A análise desses argumentos será objeto do próximo tópico.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Wagner. *Parecer sobre a terceirização e parcerias na saúde pública*. 1998.

4.2 ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE REFERENTES À LEI N. 9.637/98 E AO ARTIGO 24 INCISO XXIV DA LEI N. 8.666/93

Proceder-se-á, neste tópico, à análise de alguns dos diversos argumentos colacionados pela doutrina, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista (na inicial da ADI n. 1.923-5) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (na inicial da ADI n. 1.943-1) acerca das inconstitucionalidades presentes na Lei das Organizações Sociais e no artigo 24 inciso XXIV da Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Importante ressaltar que, nas duas ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas, foi formulado pedido de declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 na sua integralidade. Isso porque, uma vez aceita a alegação de inconstitucionalidade dos artigos rechaçados de forma específica, restaria comprometida a totalidade do texto da lei impugnada pela conexão existente entre os artigos da mencionada lei.

Também nas duas ADIs foi formulado pedido de concessão de liminar da medida, de modo a ser suspensa liminarmente a totalidade da Lei n. 9.637/98. Na ADI n. 1.923-5 ainda foi formulado pedido da suspensão liminar do inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93.

4.2.1 FALTA DE CRITÉRIO OBJETIVO PARA SE PROCEDER À QUALIFICAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL

O artigo 1º da Lei n. 9.637/98 estabelece que 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 à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na aludida lei.

O artigo 2º, inciso I, da Lei das Organizações Sociais enumera os requisitos objetivos que devem estar presentes para que uma pessoa jurídica de direito privado possa receber a qualificação de organização social.

A inconstitucionalidade nesse procedimento de qualificação, no entanto, estaria presente no inciso II do artigo 2º da Lei n. 9.637/98, que estabelece a total discricionariedade do Poder Executivo para qualificar ou não como organização social a entidade de direito privado que se habilitar para tanto. Nos termos do

inciso II do artigo 2º, para que a pessoa jurídica de direito privado seja qualificada, é necessário que haja aprovação, quanto à conveniência e à oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou do titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A falta de um critério objetivo para que uma pessoa jurídica de direito privado receba a qualificação de organização social pelo poder público, deixando essa qualificação ao mero arbítrio de autoridades administrativas, fere o princípio do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, e o princípio da segurança jurídica dele derivado. Não estão suficientemente determinados os casos em que a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social precisa ser feita, o que dificulta a proteção dos cidadãos e o controle da legalidade dos atos.

Como a administração pública poderia ter fixado parâmetros objetivos para o administrador atuar nesse caso e não o fez, também restam ofendidos os princípios da legalidade administrativa, da moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade, todos previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

Ainda observa-se a ofensa ao princípio da isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal), uma vez que a falta de critério objetivo para a qualificação como organizações sociais acarreta distinção discriminatória entre pessoas jurídicas de direito privado.

No entendimento de Lúcia Valle Figueiredo¹⁵⁶ citando expressão utilizada por Caio Tácito, a discricionariedade que Ministros do Executivo possuem no sentido de qualificarem ou não uma pessoa jurídica de direito privado como organização social é um verdadeiro “cheque em branco”, uma violação ao princípio da isonomia que facilita a prática de corrupção e de protecionismo administrativo. A análise de conveniência e oportunidade na qualificação é situação contrária aos princípios do devido processo legal em sentido substantivo e o da igualdade.

4.2.2 FALTA DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PRÉVIA À CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE GESTÃO ENTRE O PODER PÚBLICO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A vantagem que possui uma organização social é a possibilidade de vir a celebrar contrato de gestão com o poder público. Por intermédio da celebração do

¹⁵⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 151.

contrato de gestão, forma-se parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º da Lei das Organizações Sociais (artigo 5º da Lei n. 9.637/98).

De acordo com o artigo 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.637/98, o contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou a entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, as responsabilidades e as obrigações do poder público e da organização social. Esse contrato deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Os princípios que deverão ser observados na elaboração do contrato de gestão são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade (artigo 7º, *caput*, da Lei n. 9.637/98). Também se devem observar os seguintes preceitos: especificação do programa de trabalho proposto pela organização social; estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução; previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; estipulação de limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidos pelos dirigentes e empregados das organizações sociais no exercício de suas funções. As demais cláusulas dos contratos de gestão de que são signatários devem ser definidas pelos Ministros de Estado ou pelas autoridades supervisoras da área de atuação da entidade (artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.637/98).

Por intermédio da Lei n. 9.648/98, foi acrescentado o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei n. 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da administração pública. Destarte, passou a ser dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Observa-se, nos artigos 5º, 6º e 7º da Lei n. 9.637/98 e no inciso XXIV, artigo 24 da Lei n. 8.666/93, ofensa ao princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal), uma vez que a lei autoriza que seja celebrado contrato de gestão entre o poder público e a organização social sem a realização de prévia licitação. A não-realização de licitação impede que seja dado tratamento igualitário a todas as organizações sociais que, em um determinado momento e atuando em uma determinada área, desejassem celebrar contrato de gestão com o poder público. Também se verifica a ofensa desses artigos da lei ao princípio da obrigatoriedade da licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Ainda se argumenta que os indicados artigos violam o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, que estabelece que é incumbência do poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos. É inconstitucional a transferência da prestação de serviços públicos para as organizações sociais por simples contrato de gestão, só sendo isso possível por intermédio das figuras da concessão e da permissão, devidamente precedidos de processo licitatório.

Atente-se que, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, a licitação só pode ser dispensada nos casos em que razões de fato ou de direito realmente justifiquem a necessidade de dispensa de licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁷, ao verificar que a grande intenção da Lei das Organizações Sociais é extinguir um ente público que presta determinados serviços e autorizar que sua atividade seja absorvida por uma entidade privada, junto com recursos materiais e humanos que pertenciam a esse ente público, conclui ser indispensável a realização de licitação. Afinal, a escolha da entidade que virá a celebrar contrato de gestão com o poder público deve ser precedida de algum procedimento que assegure o princípio da isonomia entre os interessados na celebração desse contrato. Esse procedimento deve ser a licitação.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁸ mostra indignação diante do fato de as organizações celebrarem contratos de gestão com o poder público sem a realização de prévia licitação. Afirma ser inconstitucional tal prática por não haver qualquer cautela na contratação, não se observando os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, não se protegendo o interesse público.

Para Raquel Carvalho¹⁵⁹, os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da economicidade impedem que se entenda autorizada a celebração de um contrato de gestão com organização social de forma direta, sem prévio certame licitatório. Já o princípio da indisponibilidade do poder público torna ilícitas quaisquer contratações realizadas sem prévia verificação se a organização social possui condições de cumprir as obrigações que lhe serão impostas pelo contrato de gestão, ou seja, se possui idoneidade patrimonial e financeira para celebrar o aludido contrato.

Raquel Carvalho¹⁶⁰ ainda traz a idéia de que, mesmo que não existam várias organizações sociais interessadas em celebrar contrato de gestão em um

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 216.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 218.

¹⁵⁹ CARVALHO, Raquel. *Op. cit.*, 2003a.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem.*

determinado momento, ainda não há justificativa para a exclusão do dever de licitar. Pois, sendo a competição inviável por não existir mais de uma organização social interessada em contratar, há hipótese de inexigibilidade de licitação nos termos do artigo 25 da Lei n. 8.666/93. Por outro lado, se durante o certame apenas uma organização social manifestar vontade de celebrar o aludido contrato, haverá licitação deserta, que configura hipótese de dispensa de licitação de acordo com o artigo 24, inciso V, da Lei n. 8.666/93.

4.2.3 FALTA DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PRÉVIA À DESTINAÇÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS E BENS PÚBLICOS PARA AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

O artigo 12 da Lei n. 9.637/98 estabelece que poderão ser destinados às organizações sociais que celebrarem contratos de gestão com o poder público recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento desse contrato. Seu § 3º disciplina que esses bens serão destinados às organizações sociais, dispensada a licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa no contrato de gestão.

Já o artigo 13, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.637/98 dispõem que 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, dependendo essa permuta de prévia avaliação do bem e expressa autorização do poder público.

O artigo 12, *caput* e § 3º, e o artigo 13, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.637/98 ofendem os princípios constitucionais da isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal), da impessoalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), da obrigatoriedade de licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal) e da obrigatoriedade de o poder público prestar serviços públicos, diretamente ou, realizando prévia licitação, por concessão ou permissão (artigo 175 da Constituição Federal). Afinal, estar-se-iam entregando bens e recursos públicos para uma entidade privada sem licitação, o que acarreta provável tratamento desigual e injustificado entre organizações sociais.

Ainda nesse sentido, o disposto no artigo 12, § 3º, da Lei das Organizações Sociais está desconsiderando a regra geral contida no artigo 2º da Lei n. 8.666/93, segundo a qual as permissões da administração pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação.

De acordo com o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶¹, a cessão de recursos orçamentários e bens públicos para as organizações sociais precisa ser precedida da realização de licitação, inclusive para que se possam verificar a idoneidade financeira e a qualificação técnica dessa pessoa jurídica de direito privado. Afinal, a verificação desses dois aspectos que configuram a habilitação prévia dos licitantes é exigida em qualquer contrato administrativo, não existindo justificativa para que não seja feita no caso das organizações sociais.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶² também entende ser inconstitucional a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado em organização e subseqüentes celebração de contrato de gestão e recebimento de verbas, bens e servidores públicos sem a demonstração de habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Essa demonstração é exigida para celebração de contratos simples da administração pública com particulares e com mais força deveria sê-lo para contratações que vão acarretar a transferência de verbas orçamentárias e bens públicos para pessoas jurídicas de direito privado. Com essa prática, estar-se-iam afastando os princípios constitucionais da licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal) e da isonomia (artigo 5º da Constituição Federal). A ausência de licitação só é possível nos casos em que haja indiscutíveis razões que justifiquem tal exceção.

4.2.4 PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO DE RECEITAS PÚBLICAS A ENTIDADES PRIVADAS

De acordo com o artigo 12, § 1º, da Lei n. 9.637/98, 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.

A inconstitucionalidade do artigo 12, § 1º, da Lei das Organizações Sociais reside na afronta aos artigos 167, inciso IV, e 218, § 5º, da Constituição Federal.

O artigo 167, inciso IV, da Carta Magna proíbe a vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções expressamente dispostas nesse mesmo inciso. Em conseqüência, haveria a proibição de vinculação de receita a entidade privada. No caso, haveria a proibição de vinculação de créditos previstos no orçamento para organizações sociais.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 216.

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 221-222.

Já o artigo 218, § 5º, da Constituição Federal estabelece que é facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Essa vinculação, destarte, é uma faculdade do Estado ou do Distrito Federal e só pode ocorrer para entidades públicas, não para pessoas jurídicas de direito privado, como são as organizações sociais.

4.2.5 IMPOSSIBILIDADE DE CESSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM ÔNUS PARA O ESTADO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA GESTÃO DE PESSOAL

A cessão de servidores públicos com ônus para o Estado é mais um aspecto que favorece as organizações sociais que celebram contrato de gestão com o poder público.

Nesse sentido, estabelece o artigo 12, § 2º, da Lei n. 9.637/98 que 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.

Também estabelece aquela lei, em seu artigo 14, *caput*, que é facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para origem. Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social (artigo 14, § 1º, da Lei n. 9.637/98). 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 (artigo 14, § 2º, da Lei n. 9.637/98). 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 (artigo 14, § 3º, da Lei n. 9.637/98).

A inconstitucionalidade do artigo 12, § 2º, e do artigo 14, *caput* e seus parágrafos, todos da Lei das Organizações Sociais, reside na impossibilidade de o poder público ceder servidores públicos para particulares, de acordo com o estabelecido no artigo 37, *caput* e seus incisos, no artigo 39 e no artigo 84, inciso II, todos da Constituição Federal.

O artigo 37 da Constituição Federal disciplina uma série de regras a serem aplicadas à administração pública, entre as quais as regras para a investidura em

cargos ou empregos públicos. O artigo 39 da Carta Magna, também cuidando dos servidores públicos, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. Da análise desses dispositivos constitucionais, extrai-se a conclusão de que o servidor público deve trabalhar dentro da administração pública, e não em uma pessoa jurídica de direito privado que recebeu a qualificação de organização social.

A ofensa ao artigo 84, inciso II, da Carta Magna, que estabelece que compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração pública federal, ocorre porque o servidor público que passa a trabalhar em uma organização social não está mais subordinado ao Presidente da República, quebrando-se o princípio hierárquico.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶³ entende que a possibilidade de servidores públicos serem cedidos para organizações sociais fere diversos princípios do direito e viola o direito dos servidores públicos aos vínculos de trabalho que possuem com a administração pública. Afinal, servidores públicos não podem ser obrigados a trabalhar em entidades privadas por terem prestado concurso para trabalhar em entidades estatais. Por outro lado, não se pode admitir que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

No que se refere à gestão de pessoal, a prática da aplicação da Lei n. 9.637/98 tem mostrado freqüentes violações ao princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e da obrigatoriedade de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal). Transferindo a realização de serviços públicos para as organizações sociais, o poder público burla a necessidade de realização de concursos para o provimento de cargos e empregos públicos. Segue-se a realização de escolha de pessoal, para trabalhar nas organizações sociais e ser remunerado por verba pública, sem qualquer critério objetivo e sem respeito ao princípio da impessoalidade.

A respeito da problemática da contratação de mão-de-obra feita pelas organizações sociais, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira¹⁶⁴ alerta-nos que só é possível a realização de locação de mão-de-obra de caráter temporário. Quando se visa à contratação permanente de pessoal, o único caminho possível é realizar a seleção por intermédio de concurso público. A idéia de proteção ao trabalhador e o princípio da moralidade administrativa não podem ser afastados pelo fato de se estar diante da realização de um contrato de gestão.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 224.

¹⁶⁴ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Op. cit.*, 1998, p. 335.

Ainda quanto à gestão de pessoal, segundo o disposto nos artigos 4º, inciso V, e 7º, inciso II, da Lei n. 9.637/98, é atribuição do conselho de administração da organização social fixar a remuneração dos membros da diretoria, e é no contrato de gestão que serão estipulados os limites e os critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e pelos empregados das organizações sociais no exercício de suas funções. Esses dois artigos da lei ofendem o disposto no artigo 169, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração pelos órgãos e pelas entidades da administração direta ou indireta e fundações instituídas e mantidas pelo poder público só pode ser feita se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender aos acréscimos e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Sobre esse último aspecto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alega que, como a organização social vai administrar dinheiro público, “não tem sentido a total ausência, na lei, de limitações salariais aos empregados dessas entidades”¹⁶⁵. As limitações a que os servidores públicos estão sujeitos (como a sujeição a concurso público, o teto salarial, a proibição de acumulação de cargos e outras) não existem quando esse servidor passa a trabalhar em organização social. Esse aspecto é contraditório com a proposta da reforma administrativa de contenção de despesas com o quadro de pessoal.

4.2.6 IMPOSSIBILIDADE DE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EDITAREM REGULAMENTO PRÓPRIO COM PROCEDIMENTOS PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS

O artigo 17 da Lei n. 9.637/98 disciplina que a organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do poder público.

A inconstitucionalidade do dispositivo legal supramencionado reside na contrariedade dele em frente do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que estabelece ser competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e para as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Destarte, não poderiam as organizações sociais editar os seus próprios regulamentos para contratação, sendo essa matéria de competência legislativa

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 216.

privativa da União. Não poderiam as organizações sociais sequer serem regidas, nas licitações e nos contratos, por outra lei que não a Lei n. 8.666/93, uma vez que o parágrafo único do artigo 1º desse dispositivo legal estabelece que se subordinam ao regime dessa lei as “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

4.2.7 IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO TRANSFERIR PARA A INICIATIVA PRIVADA ATRIBUIÇÕES DE SUA COMPETÊNCIA

Da análise do artigo 1º da Lei n. 9.637/98, observa-se que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, qualificadas pelo Poder Executivo, com atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

De acordo com o artigo 20 da Lei das Organizações Sociais, será criado o Programa Nacional de Publicização, mediante decreto do Poder Executivo, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União que atuem nas atividades referidas no artigo 1º da Lei n. 9.637/98 por organizações sociais, qualificadas na forma da lei. As diretrizes a serem observadas são: ênfase no atendimento do cidadão-cliente; ênfase nos resultados qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; controle social das ações de forma transparente.

Observa-se, então, que o objetivo é, por intermédio da implementação do Programa Nacional de Publicização, transferir para a iniciativa privada, para as organizações sociais, a prestação dos serviços nas áreas ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, mesmo que esses serviços já estivessem sendo prestados por autarquias ou fundações públicas da União. Não haveria uma parceria entre os setores público e privado, e sim uma verdadeira substituição de entes públicos por entes privados para a prestação de serviços públicos nas áreas indicadas.

A inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 em sua integralidade residiria na impossibilidade de o poder público transferir totalmente para a iniciativa privada a prestação de serviços públicos que são de sua responsabilidade. Em realizando tal transferência, o Estado passaria a ter vantagens que são inerentes à forma de propriedade privada, ganhando em agilidade, entre as quais a não-sujeição às normas

que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na administração pública.

Destarte, a Lei das Organizações Sociais como um todo estaria violando os artigos 196, 205, 215, 216, §§ 1º e 2º, 218, § 1º, e 225 da Constituição Federal, que cuidam, respectivamente, da saúde, da educação, da cultura, do desenvolvimento científico, da pesquisa e capacitação tecnológica e da proteção e preservação do meio ambiente.

O artigo 196 da Carta Magna estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já de acordo com o artigo 205 do texto constitucional, a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Os artigos 215 e 216 da Constituição Federal cuidam da cultura. De acordo com o artigo 215, o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Já o § 1º do artigo 216 estabelece que o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. O § 2º desse mesmo artigo dispõe que cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

O artigo 218, *caput*, da Constituição Federal estabelece que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. De acordo com seu § 1º, a pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

O artigo 225 da Carta Magna dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ou seja, das cinco áreas em que as organizações sociais, por força de lei, podem desenvolver suas atividades (ensino, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), em todas

elas, por expressa disposição constitucional, é dever do Estado a proteção dos direitos dos cidadãos a elas relacionados. É bem verdade que os particulares podem participar dessas atividades de forma complementar, mas sempre com a utilização de bens, recursos e pessoal da iniciativa privada. Essa atividade da iniciativa privada não pode perder o caráter de complementaridade e não pode ser realizada por intermédio do mero recebimento de bens, recursos e servidores públicos, ou seja, pela simples transferência de recursos materiais e humanos que já estavam sendo empregados pelo poder público para a prestação desse mesmo serviço público.

A tentativa de se transferirem para a iniciativa privada deveres inerentes ao Estado caracteriza a inconstitucionalidade do todo da Lei n. 9.637/98. Essa afirmação ganha mais força ao se perceber que, pela Lei das Organizações Sociais, estão sendo transferidos para a iniciativa privada serviços que já existem, que já são prestados pelo poder público. Pode-se mesmo falar que esse seria um processo de privatização dos serviços públicos por intermédio da transferência de prestação desses serviços para as organizações sociais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁶ afirma que, no caso de a organização social absorver atividade de entidade federal extinta no âmbito da área da saúde, passa a haver a prestação de serviço público pela organização social, e não exercício de atividade de natureza privada com o incentivo do poder público. Por esse motivo, no desenvolvimento de sua atividade, a organização social estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem o serviço público. Pode ser encontrado um óbice constitucional para a transferência da prestação de serviços públicos pelas organizações sociais, uma vez que a Constituição Federal prevê os serviços sociais como dever do Estado e, em consequência, como serviço público.

Para a aludida autora, a intenção do legislador ordinário, ao editar a Lei n. 9.637/98 é “instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública”, é “mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público”¹⁶⁷. Isso porque os mesmos servidores, com o mesmo material disponível, passam a prestar os mesmos serviços para a população, agora por intermédio de uma pessoa jurídica de direito privado (a organização social).

Também Lúcia Valle Figueiredo¹⁶⁸ não poupa críticas à idéia que justifica o Programa Nacional de Publicização. Para ela, há manifesta inconstitucionalidade nesse procedimento, uma vez que o Estado pretende, em verdade, retirar de sua responsabilidade suas funções essenciais e transferi-las para pessoas jurídicas de direito privado, que atuarão utilizando recursos do Estado.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, pp. 214-215

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 215.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 152.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁹, os serviços que, de acordo com a Lei n. 9.637/98 podem ser prestados pelas organizações sociais, de acordo com a Constituição, são deveres do Estado, portanto insuscetíveis de serem transferidos para qualquer ente. O Estado não pode se eximir de prestar os serviços que são indicados na Constituição Federal como seu dever.

Especificamente no que se refere à transferência para a iniciativa privada dos serviços de saúde, é interessante a análise de alguns aspectos colacionados no parecer sobre terceirizações e parcerias na saúde pública, emitido, em 1998, por Wagner Gonçalves, então Subprocurador-Geral da República e Procurador Federal dos Direitos do Cidadão.

Citando os procedimentos de transferência para a iniciativa privada de serviços de saúde que estavam se efetivando em diversos entes federados (município de São Paulo e Estados de Tocantins, Rio de Janeiro, Bahia, Roraima e Maranhão), Wagner Gonçalves enumera os seguintes pontos convergentes que existem nessas terceirizações:

- 1º - todas cedem a capacidade instalada em saúde do Estado (na totalidade ou em parte) para que um terceiro, em nome do próprio Estado, execute os serviços de saúde pública;
- 2º - há cessão de prédios, móveis e equipamentos públicos;
- 3º - são repassados recursos públicos próprios do Estado e/ou Sistema Único de Saúde;
- 4º - as contratações ou os convênios, na maior parte, são feitos sem licitação. Em alguns casos, cooperativas de médicos foram criadas especialmente para assumir os serviços públicos de saúde (ex. Município de São Paulo e o Estado de Roraima);
- 5º - em alguns casos (na maioria) o pessoal também é cedido pelo Estado, sendo nítida a intenção, como no Estado da Bahia, de transferir, para as entidades conveniadas ou contratadas ou organizações sociais, a responsabilidade pelo pessoal;
- 6º - em todos os contratos ou convênios conhecidos não são exigidas garantias reais ou fidejussórias para a execução dos referidos ajustes;
- 7º - libera-se a empresa ou a entidade terceirizada de realizar licitação para compra de material e execução de contratos;
- 8º - todas alegam que o Estado terá o controle e a fiscalização, chegando um Estado (o de Tocantins) a afirmar que tem a gestão da saúde naquela Unidade Federada, “tendo somente transferido a gerência de unidades hospitalares”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 223-224.

¹⁷⁰ GONÇALVES. Wagner. *Op. cit.*, 1998.

Analisando o Sistema Único de Saúde (SUS) como previsto na Constituição Federal e na Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, Wagner Gonçalves¹⁷¹ afirma que essas terceirizações na área da saúde são inconstitucionais e ilegais. Argumenta que, de acordo com o artigo 196 da Carta Magna e com o artigo 2º da Lei n. 8.080/90, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Por ser responsabilidade estatal, é facultado à iniciativa privada prestar os serviços de saúde, o que pode vir a fazer apenas de forma complementar à atuação estatal. Ou seja, o Estado deve prestar os serviços de saúde diretamente, mas, apenas quando a capacidade instalada de suas unidades hospitalares for insuficiente, é que esses serviços podem ser prestados pela capacidade instalada de entes privados, que podem ou não ter fins lucrativos.

Com a terceirização dos serviços de saúde, Wagner Gonçalves¹⁷² afirma que está ocorrendo o oposto do que a Constituição Federal e a Lei n. 8.080/90 estabelecem. Não está havendo aumento da capacidade instalada do Estado, e sim simples transferência dessa capacidade para a iniciativa privada (para as organizações sociais), as quais passam a receber recursos públicos que são geridos como se fossem recursos particulares.

Entende Wagner Gonçalves¹⁷³ que, sob a alegação de busca pela eficácia, a intenção da Lei n. 9.637/98 é privatizar os serviços públicos, implantar o regime de direito privado na administração pública, ignorando o princípio da legalidade e violando o Estado de Direito. Especificamente quanto aos serviços de saúde, o objetivo é retirar do Estado o dever de sua prestação e transferi-lo para a iniciativa privada, para as organizações sociais. Esse objetivo ofende o disposto no texto constitucional e na Lei n. 8.080/90.

Conclui Wagner Gonçalves¹⁷⁴ que o Ministério Público Federal, por intermédio dos Procuradores da Cidadania, devem atuar em defesa do Sistema Único de Saúde da forma como foi concebido na Constituição Federal e na Lei n. 8.080/90, adotando as providências cabíveis nas esferas administrativa e judicial com o intuito de:

1º - coibir a terceirização ou a transferência dos hospitais e unidades hospitalares públicos para a iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos;

2º - arguir a ilegalidade e a inconstitucionalidade de tais transferências, tanto no seu aspecto macro (ação civil pública contra a lei estadual, por exemplo) como nas questões pontuais (falta de licitação e outros aspectos do contrato ou convênio).¹⁷⁵

¹⁷¹ *Idem, ibidem.*

¹⁷² *Idem, ibidem.*

¹⁷³ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁵ *Idem, ibidem.*

4.2.8 INSUBMISSÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS AOS CONTROLES EXTERNO E INTERNO

De acordo com o disposto no artigo 4º, inciso X, da Lei n. 9.637/98, é atribuição privativa do conselho de administração da organização social fiscalizar o cumprimento das diretrizes e das metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade com o auxílio de auditoria externa.

Com essa atribuição privativa do conselho de administração, a Lei das Organizações Sociais estaria tentando afastar o controle realizado por órgãos internos e externos, ofendendo o disposto nos artigos 70, 71 e 74 da Constituição Federal.

O artigo 70 da Carta Magna estabelece a competência do Congresso Nacional, mediante controle externo, e do sistema de controle interno de cada poder para a realização de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas. O artigo 71 dispõe que o controle externo, de competência do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Já o artigo 74 prevê que os três Poderes manterão, de forma integrada, sistema de controle interno.

Os mecanismos de controle previstos na Constituição Federal não podem ser afastados mesmo no caso das organizações sociais, que são pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que elas recebem verbas públicas e se deve verificar a legalidade na aplicação delas. Aliás, nesse sentido, a redação dada ao parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal é totalmente esclarecedora: prestará contas 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, assumia obrigações de natureza pecuniária.

É verdade que a grande justificativa dos contratos de gestão é a realização de um controle *a posteriori*, verificando os resultados obtidos diante das metas traçadas. Mas o controle externo realizado pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas jamais poderá ser afastado, uma vez que as organizações sociais que celebram contratos de gestão recebem verbas e bens públicos. Grande problema pode se encontrar na forma de realização do controle por resultados, por não haver uma estrutura legalmente prevista para tanto.

A Escola Nacional de Administração Pública¹⁷⁶ ensina-nos que o órgão central de controle interno, auditoria e contabilidade pública do Poder Executivo é

¹⁷⁶ ENAP, 1993, pp. 83-84.

a Secretaria Central de Controle Interno do Ministério da Fazenda, órgão que está diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda. Como órgãos setoriais, há as Secretarias de Controle Interno (CISSETs, localizadas nos Ministérios e na Presidência da República) e, como órgãos seccionais, as Unidades Regionais de Controle Interno (no Distrito Federal e nas capitais dos Estados-sede de Região Fiscal), as Unidades Estaduais de Controle Interno (nas capitais dos demais Estados) e as Unidades de Controle Interno das autarquias, das fundações e de outras entidades da administração pública federal indireta.

Analisando, então, o sistema de controle interno do Executivo, apenas no que se refere à administração pública direta e indireta, a Enap¹⁷⁷ afirma que ele possui estrutura apenas para fiscalizar a legalidade e a conformidade dos atos administrativos e a utilização de recursos públicos. Não realiza, no entanto, a fiscalização no sentido de verificar se foi alcançada determinada eficiência pretendida pela realização de metas, planos e resultados. Em outras palavras, o sistema de controle interno atualmente existente não realiza o controle *a posteriori* de resultados que justifica a celebração de eventuais contratos de gestão.

Questionamentos surgem, inevitavelmente, sobre qual o órgão que possui estrutura e conhecimento suficientes para realizar o controle por resultados diante de contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, que são pessoas jurídicas de direito privado. Na prática, observa-se que, quando muito, as organizações sociais que celebram contratos de gestão são submetidas a controle externo pelo Tribunal de Contas, seja da União ou dos Estados ou do Distrito Federal.

4.3 REFLEXÕES ACERCA DAS INCONSTITUCIONALIDADES IDENTIFICADAS NO CONTRATO DE GESTÃO PREVISTO NA LEI N. 9.637/98

Verificou-se que numerosos são os argumentos que pregam a inconstitucionalidade da Lei das Organizações Sociais. Diversos desses argumentos estão diretamente relacionados com os contratos de gestão a serem celebrados entre o poder público e as organizações sociais. A alteração realizada na Lei n. 8.666/93, com o acréscimo do inciso XXIV ao seu artigo 24, está diretamente relacionada com essa figura jurídica instituída pela reforma gerencial de 1995 e também é objeto de arguição de inconstitucionalidade.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, pp. 85-86.

Resumindo as idéias desenvolvidas pela doutrina e presentes nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.923-5 e 1.943-1, especificamente no que se refere à formação dos contratos de gestão previstos na Lei das Organizações Sociais e às suas conseqüências, pode-se indicar que eles possuem vício de inconstitucionalidade na sua previsão legal pelos seguintes aspectos:

a) A não-realização de licitação pelo poder público antes de definir qual a organização social com a qual vai celebrar o contrato de gestão, por esta ser uma hipótese de licitação dispensável, ofende os princípios constitucionais da isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal), da obrigatoriedade da realização de licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal), da impessoalidade e da moralidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e da economicidade. Também ofende o disposto no artigo 175 da Carta Magna, que estabelece ser incumbência do poder público a prestação de serviços públicos, diretamente ou por intermédio de concessão ou permissão (sempre precedidas de licitação). Essa prática acaba por não proteger o interesse público, pois não se verifica se a organização social contratada possui reais condições (idoneidade patrimonial e financeira) de cumprir as responsabilidades que o contrato de gestão lhe transfere;

b) A não-realização de licitação pelo poder público antes de ceder verbas orçamentárias e bens públicos para organizações sociais que tenham celebrado contrato de gestão com o poder público também ofende os princípios constitucionais da isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal), da obrigatoriedade da realização de licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal), da impessoalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e da obrigatoriedade de o poder público prestar serviços públicos diretamente ou realizando prévia licitação, por concessão ou permissão (artigo 175 da Constituição Federal). Necessária a realização de prévia licitação antes do repasse de verbas e bens públicos para pessoas jurídicas de direito privado para que se verifiquem a idoneidade financeira e a qualificação técnica da organização social, pois a habilitação prévia de contratados é exigida em qualquer contrato administrativo, mesmo nos de pequeno valor;

c) A vinculação de verbas orçamentárias a organizações sociais que celebraram contratos de gestão com o poder público não observa o princípio constitucional da proibição de vinculação de receitas públicas a entidades privadas, de acordo com os artigos 167, inciso IV, e 218, § 5º, ambos da Carta Magna;

d) A cessão de servidores públicos para trabalharem em pessoas jurídicas de direito privado (as organizações sociais) em virtude de celebração de contrato de gestão é contrária às idéias que são extraídas do artigo 37, *caput* e seus incisos, do

artigo 39 e do artigo 84, inciso II, todos da Constituição Federal. Os servidores públicos devem trabalhar dentro da administração pública e submetidos a um regime de subordinação ao Presidente da República (princípio hierárquico), e não em pessoas jurídicas de direito privado. Tal cessão de servidores públicos também afronta o direito que o servidor possui de ter vínculo de trabalho com a administração pública;

e) A gestão do pessoal (servidores públicos) que trabalha nas organizações sociais fere os princípios da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e da obrigatoriedade de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal). Também está em contradição com o previsto no artigo 169, § 1º, da Constituição Federal, pois a remuneração dos membros da diretoria da organização social, sendo competência do conselho de administração daquela entidade, não observa a regra constitucional segundo a qual a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração pelos órgãos e pelas entidades da administração direta ou indireta e fundações instituídas e mantidas pelo poder público só pode ser feita se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender aos acréscimos e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

f) A possibilidade de a organização social editar regulamento próprio, após a celebração de contrato de gestão, contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços e para compras com emprego de recursos provenientes do poder público, ofende o artigo 22, inciso XXVII, da Carta Magna, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação;

g) Pela celebração do contrato de gestão, há a transferência para o terceiro setor (composto por pessoas jurídicas de direito privado que atuam em colaboração com o poder público) da prestação de serviços públicos referentes a determinadas matérias que constitucionalmente são estabelecidas como sendo deveres do Estado. Há ofensa aos artigos 196, 205, 215, 216, §§ 1º e 2º, 218, § 1º, e 225 da Constituição Federal, que cuidam, respectivamente, da saúde, da educação, da cultura, do desenvolvimento científico, da pesquisa e capacitação tecnológica e da proteção e preservação do meio ambiente. As organizações sociais poderiam participar dessas atividades de forma complementar, utilizando verbas, bens e empregados próprios, mas nunca de forma substitutiva à atuação estatal;

h) A previsão da Lei das Organizações Sociais no sentido de que é competência do conselho de administração 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, é contrária às previsões

constitucionais de sujeição aos controles interno e externo (esse último realizado pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União), de acordo com os artigos 70, 71 e 74 da Carta Magna.

É certo que a questão sobre a inconstitucionalidade ou não dos contratos de gestão a serem celebrados com as organizações sociais só restará definida após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Mas, apesar disso, atrevemo-nos a entender ser bastante difícil superar as alegações de inconstitucionalidade desenvolvidas sobre esse instituto.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os seguintes requisitos mínimos deveriam ser observados para que as organizações sociais, e conseqüentemente os contratos de gestão com elas celebrados, observassem os princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que servem para protegê-lo:

- a. exigência de licitação para escolha da entidade;
- b. comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c. demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d. submissão aos princípios da licitação;
- e. imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f. prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato de ela administrar patrimônio público.¹⁷⁸

Bastante forte e fundamentado, então, é o entendimento de que os contratos de gestão previstos na Lei n. 9.637/98 são inconstitucionais.

Mas encontramos um entendimento que pugna pela constitucionalidade das organizações sociais e dos seus contratos de gestão. É o de Zélio Maia¹⁷⁹, que afirma que o Supremo Tribunal Federal apresenta a tendência de declarar a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98, questionada na ADI n. 1.923-5, até porque “percebe-se que o guardião da Constituição tem evoluído em busca de construir uma Constituição que vise a alcançar os mais altaneiros fins do Estado”.

Zélio Maia¹⁸⁰ entende que o contrato de gestão a ser celebrado com a iniciativa privada (com as organizações sociais) possui fundamento constitucional por pretender

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2002a, p. 216.

¹⁷⁹ MAIA, Zélio. O contrato de gestão e a Administração Pública. 2001b.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem.*

alcançar o princípio constitucional da eficiência. Afirma que, no que se refere ao artigo 37 da Carta Magna, as regras constitucionais devem ser uma forma de se alcançarem os princípios constitucionais previstos nesse mesmo artigo, entre os quais o da eficiência. Por esse motivo, “a regra constitucional da licitação não pode violar o princípio da eficiência, daí a previsão legal de exceções”. Conclui que não há qualquer argumento referente à inconstitucionalidade do contrato de gestão que possa subsistir, sendo tal figura plenamente compatível com o texto constitucional.

Data maxima venia daqueles que entendem de forma diversa, o que poderá incluir o próprio Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se a inconstitucionalidade dos contratos de gestão da forma como estão previstos na Lei n. 9.637/98.

Ora, é sabido que mesmo os princípios de estatura constitucional não são absolutos. Diante de um conflito aparente de normas constitucionais, deve-se aplicar a proporcionalidade e realizar uma interpretação que não prejudique nenhuma das normas envolvidas.

Os deveres constitucionais do Estado não podem ser transferidos para particulares, pois esses deveres lhes foram definidos pelo poder constituinte originário. Uma lei ordinária não tem força para alterá-los e simplesmente transferir a execução de serviços identificados com esses deveres a pessoas jurídicas de direito privado. Afinal, uma lei ordinária não reforma a Constituição Federal.

A atuação do poder público em parceria com pessoas jurídicas de direito privado, mesmo com aquelas que compõem o terceiro setor, em tese, pode ser boa para a sociedade. Mas se está falando em parceria e não em transferência de responsabilidade. A simples celebração de contrato de gestão do poder público com organização social não retira do Estado o dever constitucional de suprir as necessidades da população nas áreas expressamente indicadas na Carta Magna.

Em se superando esse primeiro grande entrave à celebração dos contratos de gestão do poder público com as organizações sociais, observa-se que é plenamente possível, por exemplo, compatibilizar-se o princípio da eficiência com a prévia realização de licitação para celebração desse tipo de contrato. Basta que haja um planejamento e que a administração pública realize o certame licitatório de forma regular, seguindo as regras legais, sem cometer erros que possibilitem a anulação de todo o procedimento e sem atuar propositadamente de forma morosa.

A licitação prévia ao repasse de verbas orçamentárias (caso se supere a proibição constitucional de se vincularem receitas públicas a entidades privadas) e bens públicos para qualquer ente privado, tenha ele objetivo de lucro ou não, não é preciosismo, e sim a única forma até então conhecida de se verificar se

determinada pessoa jurídica de direito privado possui condições técnicas e financeiras de realizar aquilo que o poder público deseja e precisa. Objetiva-se, antes de qualquer coisa, proteger o patrimônio público e os interesses da sociedade. Afinal, depois de ocorrida a má utilização de verbas orçamentárias e de bens públicos, mesmo que haja algum tipo de sanção aos responsáveis, dificilmente se conseguirá recuperar o prejuízo causado para o erário público e para a população, que fatalmente terá se sujeitado a receber um serviço público de qualidade bastante inferior, já que o único que lhe fora oferecido.

No mesmo sentido, as organizações sociais, para aplicarem o patrimônio público que recebem, devem seguir as regras vigentes e editadas por competência privativa da União, e não editar regras e procedimentos próprios. Caso se aceitasse essa última possibilidade, correr-se-ia o risco de cada organização social ter regras diferentes editadas certamente de acordo com os interesses daqueles que fossem seus dirigentes em determinada época. Haveria grande insegurança jurídica.

A falta de realização de concurso público para seleção de pessoal que será pago com verbas públicas, já que essas pessoas trabalharão na iniciativa privada, é uma prática que tem sido realizada com bastante facilidade pelas organizações sociais. Essa prática vem diretamente relacionada com a imoralidade e com a pessoalidade na escolha daqueles que irão trabalhar na prestação de determinado serviço público em prejuízo da seleção pela competência, pelo preparo e pela capacidade intelectual dos candidatos. Com isso, o poder público se desvincula da necessidade de realizar concurso público para prover cargos e empregos públicos.

Já a cessão de servidores públicos para organizações sociais ofende o próprio direito de escolha daqueles que se submeteram à realização de um concurso público. Ao optarem pela carreira pública, escolheram por trabalhar em entes públicos, e não em pessoas jurídicas de direito privado.

A alteração de remuneração dos membros da diretoria da organização social, não estando vinculada à necessidade de prévia e suficiente previsão orçamentária, além de flagrante injustiça com servidores públicos que tenham ingressado no serviço público mediante o mesmo processo seletivo, mas que não sejam membros de diretoria de organização social e ainda estejam trabalhando em pessoas jurídicas de direito público, é uma total irresponsabilidade. Afinal, quem paga a remuneração daqueles que trabalham nas organizações sociais é o erário, pelo repasse de verbas orçamentárias. Em havendo aumento e não havendo verba orçamentária para tanto, das duas uma: ou as pessoas que trabalharam ficam sem receber a remuneração que lhes foi estabelecida ou vai se desviar verba que deveria ser aplicada em outra área. Qualquer uma das duas soluções é plenamente inaceitável.

Talvez o maior problema de todos seja como realizar um controle efetivo diante da prestação de serviços públicos feita pelas organizações sociais. O controle externo, quanto à legalidade dos atos, é feito, de forma inequívoca, pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas.

Mas quem fará o controle quanto às metas, quanto aos resultados, que justificam a própria existência dos contratos de gestão? Pela previsão da Lei n. 9.637/98, essa é uma das competências do conselho de administração da organização social. Há uma lacuna quando se questiona quem vai verificar, de forma isenta, se a sociedade realmente está satisfeita com os serviços que lhe estão sendo prestados, se esses serviços estão realmente bons. Afinal, a grande parte da população brasileira que fatalmente será a usuária desses serviços é a parcela da sociedade que possui baixa renda e pequena ou nenhuma instrução. É a parcela da sociedade brasileira que, certamente, sequer tem conhecimento do que vem a ser controle de resultados, muito menos como deve e que pode realizá-lo.

Diante de tantos problemas para se aceitar o contrato de gestão previsto na Lei n. 9.637/98, Celso Antônio Bandeira de Mello, depois de analisar diversos aspectos de inconstitucionalidade que cercam o aludido texto legal, em uma postura bastante direta, afirma:

110. Isto posto, não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou que venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15-5-98, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas em ações populares (Lei 4.717, de 29-6-65) e a que os responsáveis por tais atos de benemerência com recursos públicos, tanto quanto os beneficiários deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada lei).¹⁸¹

Também, após realizar análise sobre a figura do contrato de gestão, Lúcia Valle Figueiredo lança um desabafo no mínimo preocupante diante da reforma administrativa que acarretou o nascimento do aludido contrato:

O tempo e a História, principalmente esta última, darão o testemunho dessa onda reformista açodada que tanto sacrifício trouxe à classe trabalhadora, que tanto prejudicou o crescimento da indústria nacional, que tanto despojou o Estado de bens públicos pela privatização, sem que a dívida nacional – quer interna, quer externa – diminuísse.¹⁸²

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 224.

¹⁸² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 156.

Porém, apesar de todas as vozes respeitáveis que clamam pela declaração de inconstitucionalidade dos institutos criados pela Lei n. 9.637/98, hoje e enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar nesse sentido, essa lei está vigente no ordenamento jurídico pátrio, sendo aplicada pela administração pública federal. As idéias nela presentes propagaram-se por diversos entes da federação, sendo adotadas por eles. E, talvez, no âmbito dos Estados e dos Municípios, é que os efeitos da aplicação das idéias da Lei das Organizações Sociais sejam mais percebidos.

O Distrito Federal não fugiu a essa tendência, tendo, desde 1998, editado leis que autorizavam a qualificação de entidades privadas como organizações sociais e a celebração de contrato de gestão dessas entidades com o poder público. Houve uma sucessão de textos normativos sobre essa matéria: Lei distrital n. 2.177, de 30 de dezembro de 1998; Lei distrital n. 2.401, de 15 de junho de 1999; e Lei distrital n. 2.415, de 6 de julho de 1999, com alteração posterior pela Lei distrital n. 2.523, de 13 de janeiro de 2000.

Feitas as considerações teóricas a respeito dos contratos de gestão que podem ser celebrados com as organizações sociais, passar-se-á a um estudo de caso, qual seja: a análise do contrato de gestão celebrado entre o Governo do Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade (ICS), associação civil qualificada como organização social; contrato que tinha como finalidade implantar, implementar, manter e desenvolver as ações do Programa Saúde da Família do Distrito Federal.

5 ESTUDO DE CASO: PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA DO DISTRITO FEDERAL

5.1 LEGISLAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL QUE REGULAMENTA A QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

O Distrito Federal, assim como outros entes da federação, adotou as idéias presentes na Lei n. 9.637/98, editando, desde 1998, legislação própria para regulamentar a qualificação de entidades de direito privado como organizações sociais.

No âmbito do Distrito Federal, no entanto, diferentemente do que ocorreu na esfera federal, houve uma sucessão de leis que disciplinaram a matéria em um curto espaço de tempo. Assim, inicialmente foi editada a Lei distrital n. 2.177, de

30 de dezembro de 1998. Ela teve curta duração, sendo revogada pela Lei distrital n. 2.401, de 15 de junho de 1999. Essa última teve vigência mais curta ainda, sendo revogada, com menos de um mês de existência, pela Lei distrital n. 2.415, de 6 de julho de 1999, a qual foi posteriormente alterada pela Lei distrital n. 2.523, de 13 de janeiro de 2000.

Apesar dessa sucessão de diplomas legais a respeito das organizações sociais, o certo é que desde 1998 é possível, no Distrito Federal, a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social. Conseqüentemente, desde 1998 tornou-se possível a celebração de contratos de gestão entre o Distrito Federal e as organizações sociais por ele qualificadas.

Passemos à análise das leis distritais que cuidaram dos temas das organizações sociais e dos contratos de gestão, fazendo uma breve comparação com a legislação federal existente que cuida do assunto, a Lei n. 9.637/98.

5.1.1 LEI DISTRITAL N. 2.177/98

A primeira lei editada no Distrito Federal que disciplinou as organizações sociais foi a Lei distrital n. 2.177, de 30 de dezembro de 1998. Em muitos aspectos era bastante semelhante à Lei n. 9.637/98, chegando mesmo a copiar o texto de diversos dispositivos da aludida lei federal, mas também possuía as suas particularidades.

O artigo 1º da Lei distrital n. 2.177/98 deixava claro seu objeto, ao estabelecer que ela disciplinava, no âmbito do DF, a gestão direta pela comunidade de serviços públicos que, em decorrência de disposição constitucional, fossem exercidos também pelo setor privado, em caráter substitutivo ou complementar, mediante a qualificação de entidades de direito privado como organizações sociais, a transferência parcial da prestação de serviços públicos mediante contratos de gestão, o controle social e a fiscalização, pelo poder público, da sua execução. Denominou de Programa de Fomento às Organizações Sociais o programa que instituiu, tendo como finalidade o fomento da prestação de serviços públicos por entidades privadas (artigo 2º da Lei distrital n. 2.177/98), que deveria observar às seguintes diretrizes: adoção de critérios que assegurem a otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao cidadão; promoção de meios que favoreçam a ampliação do acesso do cidadão aos serviços prestados; adoção de mecanismos que possibilitem a integração entre a administração pública, a sociedade e o setor privado; e manutenção de sistema de programação e acompanhamento de suas atividades que permitam a avaliação da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços prestados.

A Lei n. 2.144/98 adotou a idéia básica da lei federal das organizações sociais da necessidade de se buscar uma melhor forma de prestar serviços para a sociedade, avaliando a eficiência dos serviços prestados.

Assim como na Lei n. 9.637/98, a Lei distrital n. 2.177/98, em seu artigo 3º, também estabeleceu que a qualificação como organização social podia ser feita pelo Poder Executivo (nesse caso, por ato do Governador do Distrito Federal – artigo 3º, § 3º) para pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Estendeu um pouco as áreas em que essas pessoas jurídicas de direito privado podiam atuar para receberem a aludida qualificação, acrescentando a atuação na área de defesa do consumidor. Dessa forma, no âmbito distrital, a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que quisesse receber a qualificação de organização social poderia desenvolver atividades voltadas para: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, defesa do consumidor, cultura e saúde.

Na sua maior parte, a Lei distrital n. 2.177/98 possuía artigos de conteúdo idêntico ou bastante semelhante aos estabelecidos pela Lei n. 9.637/98. Destarte, coincidia ou se assemelhava à lei federal o conteúdo dos artigos da aludida lei distrital que cuidavam dos seguintes aspectos:

a) Diretrizes a serem seguidas pelo decreto do Poder Executivo ao estabelecer as diretrizes e os critérios para a qualificação das organizações sociais;

b) Requisitos específicos que as pessoas jurídicas de direito privado (que não fossem reconhecidas como filantrópicas ou de utilidade pública) precisam ter para se habilitar à qualificação como organização social;

c) Disposições relativas ao conselho de administração da organização social, inclusive quanto à composição e à competência;

d) Definição de contrato de gestão e disposições a respeito dele (excetuando-se a exigência de realização de licitação para sua celebração), incluindo os princípios e os preceitos a serem observados na sua elaboração, sua execução e na sua fiscalização;

e) Fomento da atividade a ser desenvolvida pela organização social pela cessão de bens públicos, verbas orçamentárias e servidores públicos;

f) Hipótese de desqualificação da organização social e forma de sua realização;

g) Previsão de que a organização social que celebrar contrato de gestão com o poder público deverá publicar regulamento próprio versando sobre procedimentos que adotará para contratação de obras e serviços e realização de compras com recursos públicos;

h) Possibilidade de organizações sociais absorverem atividades de entidade extinta na área de saúde; e

i) Preceitos a serem observados no caso de extinção de entidades da administração pública e absorção de suas atividades por organizações sociais.

Por outro lado, podem ser apontadas algumas diferenças entre as duas leis analisadas.

Entre as diferenças encontradas, a de grande utilidade para a proteção do patrimônio público era o estabelecimento da necessidade de realização de prévia licitação para a contratação das organizações sociais pelo poder público distrital.

Nesse sentido, dispunham os §§ 1º e 2º do artigo 3º da Lei distrital n. 2.177/98:

Art. 3º (...)

§ 1º A contratação das entidades qualificadas na forma do *caput* para prestação de serviços públicos será precedida de licitação, ressalvadas, excepcionalmente, as situações de impossibilidade de competição ou de interesse público relevante e urgente, devidamente justificadas, quando será observado o disposto no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 2º É pré-requisito para a dispensa de licitação referida no parágrafo anterior que a instituição seja reconhecida, por decreto ou lei específica, como entidade filantrópica ou de utilidade pública há pelo menos cinco anos, cujo objeto social e atividades exercidas, de forma continuada e por idêntico período, guardem identidade com a finalidade do contrato.

Inovadora e plenamente de acordo com a posição da maioria esmagadora da doutrina era a redação dos §§ 1º e 2º do artigo 3º da Lei distrital n. 2.177/98. Afinal, estabeleceu como regra a necessidade de realização de licitação para que o Governo do Distrito Federal selecionasse a organização social com a qual iria celebrar contrato de gestão. Absolutamente correta essa previsão, pois, como já exposto, a realização de licitação é um procedimento que visa a garantir os princípios da igualdade e da impessoalidade na escolha da organização social que celebrará contrato de gestão com o poder público. Também é uma forma de se protegerem o patrimônio público e a sociedade, uma vez que, no certame licitatório, será verificado se a organização social que pretende ser contratada pelo poder público possui idoneidade financeira e qualificação técnica para realizar as obrigações que lhe forem estabelecidas pelo contrato.

Apenas excepcionalmente a licitação era dispensável, quando então se aplicava o artigo 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93. Essa exceção existia nas

situações de impossibilidade de competição ou de interesse público relevante e urgente, devidamente justificadas. Para que houvesse dispensa de licitação, no entanto, era necessário que a organização social fosse reconhecida, por decreto ou lei específica, como entidade filantrópica ou de utilidade pública há pelo menos cinco anos e, ainda, que tivesse objeto social e atividades exercidas de forma continuada e também por pelo menos cinco anos, com identidade com a finalidade do contrato de gestão que viesse a ser celebrado.

A disposição dessa lei distrital estabelecendo a dispensa de licitação para contratação de organização social por contrato de gestão apenas em casos excepcionais demonstrava, certamente, a preocupação com a possibilidade de se celebrarem contratos de gestão com as organizações sociais que apresentassem as melhores condições para tanto.

Ainda merece ser apontada uma particularidade quanto à qualificação como organização social de pessoa jurídica de direito privado que fosse reconhecida como filantrópica ou de utilidade pública. Além dos requisitos exigidos para qualquer pessoa jurídica de direito privado que pretendesse essa qualificação, nas reconhecidas como filantrópicas ou de utilidade pública, deveria haver a verificação, nos últimos cinco anos, de (artigo 5º, inciso III, da Lei distrital n. 2.177/98): regularidade fiscal junto às Fazendas Públicas e órgãos de controle interno e externo; regularidade da aplicação de recursos públicos repassados sob qualquer título; regularidade da situação econômico-financeira de seus dirigentes; observância incondicional das cláusulas estatutárias, inclusive no que se refere à composição de seus conselhos; e sujeição dos nomes dos diretores à arguição prévia e à aprovação pela Comissão Técnica da Câmara Legislativa do Distrito Federal cujas competências sejam relacionadas com o objetivo da instituição.

Outra diferença encontrada era que a Lei distrital n. 2.144/98 estabelecia que os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social estavam sujeitos à análise do Tribunal de Contas do Distrito Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (artigo 5º, § 1º, da Lei distrital n. 2.177/98).

Também era aspecto diferenciador em frente da Lei n. 9.637/98, a previsão expressa que a Lei distrital n. 2.177/98 trazia (artigo 11, § 4º) de que as organizações sociais prestariam contas ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, sujeitando-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, quanto à legitimidade e à economicidade de sua gestão, nos termos da legislação aplicável, limitada às atividades relacionadas aos objetivos sociais definidos na aludida lei.

Essa disposição legal estava de acordo com o entendimento de que é inafastável o controle externo de qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que receba ou utilize verbas públicas.

A possibilidade de intervenção do Poder Executivo nos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, no que se refere à sua execução, era outro aspecto diferenciador da Lei distrital n. 2.177/98. No § 5º do seu artigo 11, estabelecia a possibilidade dessa intervenção, feita por meio de órgão ou entidade supervisora, no caso de comprovado risco quanto à regularidade dos serviços transferidos ou ao fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato de gestão.

Estabelecia a lei distrital, ainda de forma diferenciadora, no seu artigo 15, o elenco dos recursos das organizações sociais, sendo eles: os recursos que forem destinados para as organizações sociais pelo poder público na forma do respectivo contrato de gestão; as receitas originárias do exercício de suas atividades; as doações e as contribuições de entidades nacionais e estrangeiras; os rendimentos de aplicações de seus ativos financeiros e outros pertinentes ao patrimônio sob sua administração; e outros recursos que lhes venham a ser destinados.

No que se refere à desqualificação da organização social, a diferença presente na lei distrital residia no aspecto de que o artigo 20, § 3º, estabelecia que essa desqualificação deve ser precedida, em qualquer caso, de intervenção do órgão ou da entidade supervisora, que, independentemente da decisão em processo administrativo próprio, afastará dos cargos, desde a declaração de intervenção até seu término, os dirigentes da organização social.

A Lei distrital n. 2.177/98 ainda inovava ao prever a possibilidade de o Poder Executivo, mediante lei específica, extinguir ou alterar a natureza jurídica de órgãos, empresas e fundações mantidas, mesmo que parcialmente, pelo poder público e transferir para outros órgãos ou para organizações sociais, sob o regime de concessão, os serviços públicos referidos na indicada lei (artigo 23). De acordo com o artigo 24, os processos judiciais em que fossem parte, ativa ou passivamente, as entidades a serem extintas seriam transferidos para a Fazenda do Distrito Federal na qualidade de sucessora, representada pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, e solvidos, inclusive, com recursos captados por um fundo destinado a garantir direitos e obrigações contraídos junto a terceiros, a ser criado por lei específica.

Finalmente, um último aspecto, bastante relevante para o estudo de caso que será realizado, era o trazido pelo artigo 28 da Lei distrital n. 2.177/98, que determinava que se aplicava o disposto na aludida lei aos convênios firmados entre a Fundação Hospitalar do Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade, desde sua celebração.

Observa-se, então, que a Lei distrital n. 2.177/98 apresentou algumas inovações em frente da Lei n. 9.637/98. Dentre elas, podem ser destacadas as previsões de que, em regra, era necessária a realização de licitação para celebração de contrato de gestão do poder público com organizações sociais e de que era inafastável o controle de contas das organizações sociais pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal. Essas inovações foram extremamente positivas.

Mas, infelizmente, elas tiveram existência bastante efêmera, pois, em menos de seis meses após sua edição, a Lei distrital n. 2.177/98 foi revogada e pela Lei distrital n. 2.401/99.

5.1.2 LEI DISTRITAL N. 2.401/99

A complexidade e a preocupação com os detalhes existentes na Lei distrital n. 2.177/98 foram substituídas pela singeleza da lei que a revogou expressamente, a Lei distrital n. 2.401, de 15 de junho de 1999.

A Lei distrital n. 2.401/99 possuía apenas três artigos.

No artigo 1º, determinava que se aplicaria ao Distrito Federal, no que coubesse, o disposto na Lei n. 9.637/98. Seu artigo 2º estabelecia que entraria em vigor na data de sua publicação. E, no artigo 3º, revogava as disposições em contrário, especialmente a Lei distrital n. 2.177/98.

A aplicação *in totum*, no âmbito do Distrito Federal, da Lei n. 9.637/98 realmente não poderia ser vista com muito otimismo. Afinal, a indicada lei federal fora trazida para o ordenamento jurídico distrital com todos os seus defeitos e suas alegações de inconstitucionalidades.

Duas das inconstitucionalidades tradicionalmente apontadas na Lei n. 9.637/98, quais sejam, a celebração de contrato de gestão do poder público com organização social sem prévia realização de licitação e a tentativa de se afastar o controle externo a ser realizado pelo Tribunal de Contas, que haviam sido superadas pela Lei distrital n. 2.177/98, passaram a ter fundamento legal no âmbito do Distrito Federal com a edição da Lei distrital n. 2.401/99.

Porém, a Lei distrital n. 2.401/99 também teve vida curta, ou melhor, curtíssima, pois no dia 6 de julho de 1999, portanto em menos de um mês de sua edição, a aludida lei foi revogada pela Lei distrital n. 2.415/99.

5.1.3 LEI DISTRITAL N. 2.415/99, ALTERADA PELA LEI DISTRITAL N. 2.523/2000

A Lei distrital n. 2.415, de 6 de julho de 1999, revogou a Lei distrital n. 2.401/99, e, até os dias atuais, é o diploma legislativo que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal. Foi alterada pela Lei distrital n. 2.523, de 13 de janeiro de 2000, apenas no seu artigo 1º, o que acarretou na extensão das áreas em que as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que desejam receber a qualificação de organização social podem desenvolver atividades.

Em verdade, a previsão das áreas de desenvolvimento de atividade trazida pela Lei distrital n. 2.415/99, com a alteração feita pela Lei distrital n. 2.523/2000, é um dos poucos aspectos em que a aludida lei distrital difere da Lei n. 9.637/98. Na sua maior parte, limitou-se a copiar os dispositivos da lei federal que cuida das organizações sociais, adaptando a redação à realidade da organização política do Distrito Federal.

Com a alteração procedida pela Lei distrital n. 2.523/99, o artigo 1º da Lei distrital n. 2.415/99 passou a estabelecer:

Art. 1º O Poder Executivo, por ato do Governador do Distrito Federal, 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 e institucional, à proteção e preservação do meio ambiente, inclusive conservação de áreas urbanizadas e ajardinadas, à cultura, ao trabalho e à educação profissional, à ação social, à defesa do consumidor e à saúde, atendidos os requisitos desta Lei.

Percebe-se que o âmbito em que uma organização social no Distrito Federal pode atuar é bem mais amplo do que o permitido para as organizações sociais qualificadas pela União.

De acordo com a lei federal, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que quiserem receber a qualificação de organização social precisam desenvolver suas atividades em uma das seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Já no Distrito Federal, é maior o número de áreas em que uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que deseje ser qualificada como organização social pode desenvolver suas atividades. Além das áreas previstas

que foram copiadas da Lei n. 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), foram acrescentadas: desenvolvimento institucional, conservação de áreas urbanizadas e ajardinadas, trabalho e educação profissional, ação social e defesa do consumidor.

Portanto, o leque de possibilidades de atuação de uma organização social no Distrito Federal é bem mais amplo. Esse aspecto deveria ter sido acompanhado da preocupação do legislador distrital em superar as inconstitucionalidades encontradas na Lei n. 9.637/98, mas não o foi.

A Lei distrital n. 2.415/99 trata os seguintes aspectos de forma idêntica ou muito semelhante à maneira como foram disciplinados pela Lei n. 9.637/98:

a) Requisitos que as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos precisam possuir para se habilitarem à qualificação como organização social e estabelecimento de que a qualificação é feita por critério de conveniência e oportunidade de autoridade do Poder Executivo;

b) Disposições relativas ao conselho de administração da organização social, inclusive quanto à composição e à competência;

c) Definição de contrato de gestão e disposições a respeito dele, incluindo os princípios e os preceitos a serem observados na sua elaboração e as regras para sua execução e sua fiscalização;

d) Fomento da atividade a ser desenvolvida pela organização social pela cessão de bens públicos, verbas orçamentárias e servidores públicos;

e) Hipótese de desqualificação de organização social e forma de sua realização;

f) Previsão de que a organização social que celebrar contrato de gestão com o poder público deve publicar regulamento próprio versando sobre procedimentos que adotará para contratação de obras e serviços e realização de compras com recursos públicos;

g) Possibilidade de organização social absorver atividades de entidade extinta na área de saúde; e

h) Competência do Poder Executivo para fixar as diretrizes e os critérios suplementares para a qualificação das organizações sociais.

Apenas no que se refere a particularidades do Distrito Federal, em três artigos, a Lei distrital n. 2.415/99 não copiou a Lei n. 9.637/98. São eles:

a) Artigo 19, segundo o qual o Instituto Candango de Solidariedade é declarado como organização social de interesse social e utilidade pública, nos termos da aludida lei e para todos os efeitos legais;

b) Artigo 20, que estabelece estarem convalidados todos os atos praticados com base nas Leis distritais ns. 2.177/98 e 2.401/99, até a data da publicação da Lei distrital n. 2.415/99; e

c) Artigo 21, que determina a aplicação no âmbito do Distrito Federal do artigo 92, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 8.112/90, que estabelece regras sobre a licença do servidor para o desempenho de mandato classista.

Atrevemo-nos a argumentar que essa simples cópia do texto legal federal não foi boa para o Distrito Federal e nem o seria para qualquer ente federado que assim procedesse. Afinal, limitando-se a copiar, o legislador distrital trouxe para o ordenamento jurídico do Distrito Federal, sem qualquer crítica, um texto legal que possui diversas inconstitucionalidades apontadas pela doutrina e que motivaram o ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Atente-se que as indicadas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI n. 1.923-5 e a ADI n. 1.943-1, foram autuadas perante a Corte Constitucional brasileira, respectivamente, em 1º de dezembro de 1998 e em 13 de janeiro de 1999, portanto antes da edição da Lei n. 2.415/99.

As mesmas críticas e alegações de inconstitucionalidade que são formuladas diante do texto da Lei n. 9.637/98 são plenamente aplicáveis à Lei distrital n. 2.415/99. O parlamentar distrital perdeu a oportunidade de melhorar um texto legal, de possibilitar maior segurança para o patrimônio público ao tratar de questão tão delicada que envolve as organizações sociais e a celebração com elas de contratos de gestão.

Mas, apesar das críticas formuladas, hoje, no Distrito Federal, os contratos de gestão a serem celebrados pelo poder público com as organizações sociais são disciplinados pelo estabelecido na Lei distrital n. 2.415/99, com a alteração feita pela Lei distrital n. 2.523/2000. A sucessão de textos legais sobre a matéria não prejudica todos os contratos de gestão que foram celebrados sob a égide das leis que antecederam a atualmente vigente por terem sido convalidados por expressa disposição legal (artigo 20 da Lei distrital n. 2.415/99). E diversos foram os contratos de gestão celebrados pelo poder público distrital desde 1998, principalmente com o Instituto Candango de Solidariedade, que será objeto de análise no próximo item.

5.2 O INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE

Quando se analisam os contratos de gestão no âmbito do Distrito Federal, observa-se que é grande o número de contratos dessa espécie que foram celebrados

pelo governo distrital com o Instituto Candango de Solidariedade (ICS). No rol dos contratos de gestão celebrados com o ICS, inclui-se aquele que tinha por objeto a implementação do Programa Saúde da Família do Distrito Federal. Por isso, mostram-se importantes algumas considerações acerca do que vem a ser o ICS.

O Instituto Candango de Solidariedade teve seu estatuto social registrado no Cartório do Registro de Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas do Distrito Federal em 29 de dezembro de 1995.

De acordo com o artigo 1º de seu estatuto social, o ICS é uma sociedade civil de direito privado, sem fins lucrativos, com autonomia administrativa e financeira, que fora anteriormente denominado de Programa de Vivência Integrada (PROVI), Proteção e Ação Social (PAS) e Campanha de Erradicação de Invasões (CEI). Possui sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado (artigos 2º e 3º do estatuto do ICS).

Com a primeira denominação que recebeu (Campanha de Erradicação de Invasões), o atual ICS surgiu em 1970, quando a então primeira dama do Distrito Federal passou a liderar um grupo de voluntários para realizar campanhas de erradicação de invasões. O CEI foi declarado de utilidade pública por intermédio do Decreto federal n. 73.190, de 22 de novembro de 1973.

Já com a denominação atual, o Instituto Candango de Solidariedade foi declarado de utilidade pública pelo Decreto distrital n. 19.752/98. Posteriormente, recebeu a qualificação de organização social por intermédio do Decreto distrital n. 19.974, de 30 de dezembro de 1998, e foi declarado como organização de interesse social e utilidade pública, nos termos da lei e para todos os efeitos legais, por determinação do artigo 19 da Lei distrital n. 2.415/99.

A finalidade do Instituto Candango de Solidariedade é bastante ampla. De acordo com o estabelecido no artigo 2º de seu estatuto, o ICS pode desenvolver atividades de promoção e assistência, cooperativismo, produção, tecnologia e cultura, compatíveis com as reais necessidades da população carente do Distrito Federal e do entorno. O desenvolvimento dessas atividades deve ser feito em parceria com órgãos públicos, entidades governamentais e não governamentais, nacionais e internacionais, e, principalmente, no que tange aos programas de integração social e cidadania, devendo atuar nas seguintes áreas:

- a) Promoção e assistência à criança e ao adolescente;
- b) Promoção e assistência às famílias carentes, em especial ao idoso desamparado, à mãe, ao enfermo, à gestante e ao deficiente físico;
- c) Ações e projetos de combate à fome e à miséria;
- d) Apoio ao cooperativismo, às organizações de produtores, às novas tecnologias para o desenvolvimento de ações de enfrentamento da pobreza;

- e) Incentivo a ações nos aspectos culturais, esportivos e de lazer; e
- f) Formação, educação, capacitação, treinamento e assistência às comunidades de baixa renda.

Junto com as finalidades a serem atingidas pelo Instituto Candango de Solidariedade, o seu estatuto social, no parágrafo único do artigo 2º, estabelece as providências que podem ser adotadas para a consecução de suas atividades fins. São elas:

- a) Organizar e manter gerências, departamentos, creches, asilos e outros órgãos e unidades que se fizerem necessários;
- b) Firmar contratos e convênios com organismos, empresas e entidades de caráter assistencial, educacional e profissional, pública ou privada, nacional e internacional;
- c) Conceder doações e auxílios financeiros a entidades de assistência social;
- d) Promover pesquisas, desenvolver, no âmbito institucional e científico, estudos concernentes às finalidades do ICS, visando a maior eficácia delas; e
- e) Estimular e executar atividades de lazer, esportivas, culturais e cooperativas.

Importante o estabelecido no artigo 41 do estatuto do ICS, segundo o qual o Instituto não terá caráter político ou religioso e não se manifestará em questão dessa natureza.

Como se observa, bastante amplo é o campo em que o ICS pode atuar, visando, principalmente, a suprimir diversas necessidades da população carente do Distrito Federal e entorno. No entanto, isso não lhe autoriza a atuar em área não estabelecida em seu estatuto. Ao desenvolver atividades diversas dos objetivos estatutários previstos, o ICS estará agindo de forma irregular.

O estatuto social do ICS, em seu artigo 5º, criou o Fundo Candango de Solidariedade. Esse fundo destina-se a angariar recursos financeiros e ou materiais que serão aplicados na promoção, no apoio, no patrocínio e na divulgação de ações e projetos de integração social e cidadania, no Distrito Federal e entorno, de acordo com as áreas previstas no artigo 2º nas quais o ICS pode desenvolver suas atividades.

Os recursos do ICS, de acordo com o artigo 38 de seu estatuto, são oriundos de: contribuição dos sócios; subvenções; doações, legados e outros auxílios proporcionados por qualquer pessoa física ou jurídica; renda de bens e serviços; realização direta ou indireta de promoções ou participação em eventos instituídos por outras pessoas, físicas ou jurídicas. Seu patrimônio é formado de bens móveis e imóveis, que tenham sido adquiridos ou doados com cláusula de inalienabilidade, e será destinado à instituição

registrada no Conselho Nacional de Assistência Social ou à entidade pública no caso de sua dissolução ou extinção (artigos 39 e 44 do estatuto do ICS).

O Instituto Candango de Solidariedade possui três categorias de sócios, que não possuem responsabilidade nem direta nem subsidiária pelas suas obrigações (artigos 6º e 43 do estatuto do ICS): fundadores (os que assinaram a ata originária de constituição da sociedade), beneméritos (os que se destaquem na realização de obras filantrópicas e assistenciais) e contribuintes (qualquer pessoa física ou jurídica da comunidade que se comprometa a ajudar o Instituto). Nenhum tipo de sócio pode receber remuneração pelo Instituto (artigo 7º do estatuto do ICS). Os deveres e os direitos dos sócios estão enumerados nos artigos 8º e 9º do estatuto social.

Quatro órgãos compõem o ICS (artigo 10 do estatuto): a Assembléia Geral, o Conselho de Administração, a Diretoria Executiva e o Conselho Fiscal.

A Assembléia Geral é o órgão máximo de deliberação do Instituto. É composta pela reunião de todos os sócios e será presidida por um dos sócios presentes à reunião (artigos 11 e 17 do estatuto do ICS).

O Conselho de Administração é o órgão normativo e de decisão superior do Instituto, composto por seis membros eleitos pela Assembléia Geral entre os sócios para mandato de dois anos, sendo possível sua recondução por igual período (artigos 19 e 20 do estatuto do ICS). É presidido pelo Presidente do Instituto, que será seu membro nato (artigo 21 do estatuto do ICS).

A Diretoria Executiva é o órgão responsável pela administração do ICS e é composta pelos seguintes membros (artigo 26 do estatuto do ICS): Presidente (a senhora do Governador do Distrito Federal ou pessoa por ela indicada, ou, no caso de ele não ter esposa, pessoa por ele indicada – artigo 27), Vice-Presidente, Diretor de Planejamento, Diretor de Promoções, Diretor de Assistência Social e Diretor Administrativo-Financeiro. O Presidente é quem designa os demais membros da Diretoria Executiva (artigo 28 do estatuto do ICS).

O Conselho Fiscal é o órgão de fiscalização do Instituto, sendo presidido por um de seus membros (artigo 37 do estatuto do ICS). Cabe-lhe zelar pela gestão econômico-financeira do ICS. É composto por três membros e respectivos suplentes, eleitos pela Assembléia Geral para o mandato de dois anos, permitida recondução por igual período (artigos 33 e 34 do estatuto do ICS).

Em tendo sido declarado como organização de interesse social e utilidade pública e, posteriormente, qualificado como organização social, o Instituto Candango de Solidariedade, desde o advento da Lei distrital n. 2.177/98, esteve habilitado a celebrar contratos de gestão com o governo distrital.

Aliás, parece que o Governo do Distrito Federal sempre teve uma grande preocupação em poder celebrar contratos de gestão com o ICS. Ora, a primeira lei distrital que cuidou do tema das organizações sociais e dos contratos de gestão a serem com elas celebrados foi a Lei distrital n. 2.177, de 30 de dezembro de 1998. Coincidentemente ou não o Instituto Candango de Solidariedade recebeu a qualificação de organização social também no dia 30 de dezembro de 1998, por intermédio do Decreto distrital n. 19.974. O ICS ainda foi tratado diretamente pela Lei distrital n. 2.177/98, no seu artigo 28, que estabeleceu que se aplicava o disposto naquela lei aos convênios firmados entre a Fundação Hospitalar do Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade. Também foi objeto de um artigo na atual lei que regulamenta as organizações sociais no âmbito do Distrito Federal: o artigo 19 da Lei distrital n. 2.415/99 declarou o ICS como organização de interesse social e utilidade pública, nos termos daquela lei e para todos os efeitos legais.

Os dados acima indicados trazem, ao menos, suspeitas de que o Instituto Candango de Solidariedade deve ter-se tornado um parceiro bastante importante para o Governo do Distrito Federal. Tão importante que apenas o ICS recebeu dispositivos próprios nas leis distritais que, desde 1998, cuidam das organizações sociais e dos contratos de gestão que podem ser com elas celebrados.

As suspeitas acima indicadas correspondem à realidade. O Instituto Candango de Solidariedade, no decorrer do tempo, aumentou consideravelmente seu campo de atuação no Distrito Federal. O problema é que o crescimento das atividades que passou a desenvolver veio acompanhado de uma série de denúncias de irregularidades e do ajuizamento de diversas demandas judiciais.

Realizando-se uma pesquisa, ainda que superficial, perante o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (situado em Brasília) e perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pode-se ter uma noção da quantidade de demandas judiciais e conseqüentemente da quantidade de problemas que cercam o Instituto Candango de Solidariedade.

Em 9-3-2004, na página do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, foi possível encontrar, com o termo “ICS”, mais de cento e oitenta processos em que consta no pólo passivo o Instituto Candango de Solidariedade. A maioria desses processos refere-se a execuções trabalhistas nas quais o ICS interpôs agravo de petição tentando desconstituir penhora realizada por oficial de justiça sobre créditos que o Instituto iria receber do poder público, com o objetivo de pagar verbas trabalhistas. O argumento do ICS nesses agravos de petição foi no sentido de que não seria possível a penhora de créditos futuros por violação do disposto no artigo 12, § 1º, da Lei n. 9.637/98, que estabelece a cessão de recursos orçamentários

para as organizações sociais para o cumprimento de contrato de gestão. O TRT da 10ª Região, no entanto, tem decidido que não há qualquer ilegalidade na penhora realizada pelos oficiais de justiça, pois o que se busca é o cumprimento das decisões judiciais e os créditos futuros a serem cedidos pelo poder público para organizações sociais não constituem bens absolutamente impenhoráveis¹⁸³.

Ou seja, inúmeras são as demandas trabalhistas que envolvem o Instituto Candango de Solidariedade o que indica, no mínimo, uma gestão de pessoal ruim no que se refere às pessoas que foram contratadas para a realização das atividades dessa organização social.

Porém talvez mais assustador seja o resultado de pesquisa realizada perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Também por intermédio de uma consulta rápida na página do aludido tribunal são encontradas ações civis públicas e ações populares que envolvem o Instituto Candango de Solidariedade e diversos órgãos do Distrito Federal. A maior parte dessas ações visa a desconstituir contratos de gestão celebrados pelo Governo do Distrito Federal, por intermédio de seus órgãos, com o ICS, tendo, então, no pólo passivo da demanda o Instituto Candango de Solidariedade e algum órgão do GDF.

Mas a grande surpresa está no objeto dos aludidos contratos que engloba áreas completamente diferentes, sendo que, em muitas delas, pode-se mesmo questionar se o ICS possui autorização estatutária para atuar. Também são freqüentes, nas aludidas ações, alegações no sentido de que os contratos de gestão celebrados com o ICS estão sendo utilizados como forma de se burlar a necessidade de o poder público realizar concurso público para provimento de cargos públicos e de que os contratos de gestão celebrados são ilegais porque não precedidos de realização de licitação. Chega-se mesmo, em mais de um acórdão, a afirmar que o ICS não pode ser uma organização social¹⁸⁴.

¹⁸³ Exemplos de decisões do TRT da 10ª Região nesse sentido: Agravo de Petição n. 00627-1999-001-10-00-6, Primeira Turma, Juíza Relatora Elaine Machado Vasconcelos, DJ de 29-8-2003; Agravo de Petição n. 00833-1999-009-10-85-0, Terceira Turma, Juíza Relatora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, julgado em 13-8-2003; Agravo de Petição n. 00217-2001-015-10-00-3, Terceira Turma, Juíza Relatora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, julgado em 13-8-2003; Agravo de Petição n. 01158-1999-007-10-85-3, Terceira Turma, Juíza Relatora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, DJ de 15-8-2003; Agravo de Petição n. 00352-1999-016-10-00-0, Terceira Turma, Juíza Relatora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, DJ de 8-8-2003; Agravo de Petição n. 00955-1999-005-10-00-8, Terceira Turma, Juiz Relator Douglas Alencar Rodrigues, DJ de 1º-8-2003.

¹⁸⁴ Exemplos de processos julgados pelo TJDF que têm como parte o ICS e nos quais há discussão acerca de contratos de gestão celebrados pelo Distrito Federal, por seus órgãos, com esse Instituto:
a) Agravo de Instrumento nº 2000.00.2.001773-5, Quarta Turma Cível, Relator Desembargador Sérgio Bittencourt, julgamento em 11-9-2000. Agravante: MPDFT. Agravados: ICS e Companhia do Desenvolvimento do Planalto Central e Distrito Federal (CODEPLAN). Trata-se de agravo de instrumento em ação civil pública na qual o *Parquet* pretende ver declarado nulo o contrato de gestão

Também em pesquisa realizada perante o Tribunal de Contas do Distrito Federal, verifica-se que a situação do Instituto Candango de Solidariedade não é nada confortável. Diversos são os processos lá autuados que analisam os contratos de gestão que o ICS vem celebrando com o Distrito Federal. Apenas as contas dos anos de 1995 a 1997, referentes ao ICS, foram julgadas regulares. Porém, de 2000 até 2002, ficou sobrestado, naquele tribunal, o exame das contas do ICS sob o argumento de que era necessário se aguardar o julgamento da ADI 1.943-1, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal e na qual se discute a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98, para que então fosse possível a análise das contas do ICS e se esse Instituto possui os requisitos legais para ser caracterizado como organização social.

Ainda no âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal, interessante se verificar a decisão proferida no Processo n. 939/00-TCDF, na qual o TCDF, em

firmado entre a Codeplan e o ICS, que tem por objeto a gestão direta pelo ICS de serviços em caráter complementar, atribuídos à Codeplan, nas áreas de produção de informações, estudos, pesquisas, elaboração e execução de projetos, em especial às atividades de apoio ao planejamento governamental, desenvolvimento de modelos, desenvolvimento de sistemas, automatização de sistemas, administração de base de dados, telecomunicação e processamento eletrônico de dados;

b) Agravo de Instrumento nº 2000.00.2.001947-7, Terceira Turma Cível, Relatora Desembargadora Carmelita Brasil, julgamento em 11-9-2000. Agravante: ICS. Agravado: MPDFT. Trata-se de agravo de instrumento em ação civil pública que tem como objeto a declaração de nulidade do contrato de gestão celebrado entre o Serviço de Limpeza Urbana (SLU) e o ICS;

c) Agravo de Instrumento nº 2000.00.2.002135-5, Quinta Turma Cível, Relator Desembargador Asdrubal Nascimento Lima, julgamento em 17-9-2001. Agravante: ICS. Agravado: MPDFT. Trata-se de agravo de instrumento em ação civil pública que tem como objeto a declaração de nulidade do contrato de gestão celebrado entre o IDHAB e o ICS;

d) Agravo de Instrumento nº 2000.00.2.002080-4, Terceira Turma Cível, Relator Desembargador Vasquez Cruxên, julgamento em 20-11-2000. Agravante: ICS. Agravado: MPDFT. Trata-se de agravo de instrumento em ação civil pública que tem como objeto a declaração de nulidade do contrato de gestão celebrado entre o Departamento de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN) e o ICS;

e) Agravo de Instrumento nº 2000.00.2.005366-7, Terceira Turma Cível, Relator Desembargador Vasquez Cruxên, julgamento em 19-8-2002. Agravante: MPDFT. Agravados: ICS, Distrito Federal e Fundação Zoobotânica do Distrito Federal. Trata-se de agravo de instrumento em ação civil pública que tem como objeto a declaração de nulidade do contrato de gestão celebrado entre a Fundação Zoobotânica do Distrito Federal (FZDF) e o ICS;

f) Agravo de Instrumento nº 2000.00.2.001948-5, Terceira Turma Cível, Relatora Desembargadora Sandra de Santis, julgamento em 7-8-2000. Agravante: ICS. Agravado: Wasny Nakle de Roure. Trata-se de agravo de instrumento em ação popular que discute o contrato de gestão celebrado entre a Secretaria de Coordenação das Administrações Regionais e o ICS;

g) Agravo de instrumento nº 2000.00.2.001716-8, Segunda Turma Cível, Relatora Desembargadora Adelith de Carvalho Lopes, julgamento em 11-9-2000. Agravante: Codeplan. Agravado: Wasny Nakle de Roure. Trata-se de agravo de instrumento em ação popular que discute o contrato de gestão celebrado entre a Companhia do Desenvolvimento do Planalto Central (CODEPLAN) e o ICS;

h) Agravo de Instrumento nº 2002.00.2.007033-0, Quinta Turma Cível, Relator Desembargador Roberval Casemiro Belinati, julgamento em 25-9-2002. Agravante: Wasny Nakle de Roure. Agravados: Almir Maia Ribeiro, Detran, Ronan Batista de Souza e ICS. Trata-se de agravo de instrumento em ação popular que discute a legalidade do contrato de gestão celebrado entre o Detran/DF e o ICS.

13-3-2003, por maioria, considerou que a Lei distrital n. 2.534, de 17 de março de 2000, é incompatível com os artigos 22, inciso XXVII, 37, *caput*, da Constituição Federal e 19, *caput*, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Em consequência, decidiu informar ao Governador do Distrito Federal que, de acordo com a Súmula n. 347/STF, o TCDF passaria a negar validade aos atos de gestão praticados com fundamento na Lei distrital n. 2.534/2000. De acordo com a aludida lei, o Governo do Distrito Federal ficava autorizado a assumir os passivos de natureza trabalhista decorrentes de convênios e contratos, extintos ou em vigor, firmados por órgãos da administração pública direta ou indireta, fundacional e autárquica com o Instituto Candango de Solidariedade. Ou seja, o descontrole do ICS na contratação e pagamento de pessoal seria pago com verba orçamentária distrital. Em boa hora, o Tribunal de Contas do Distrito Federal considerou a aludida lei distrital inconstitucional.

Já o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Processo n. 007.032/1999-4, apura a ocorrência de irregularidades na contratação dos empregados do Programa Saúde da Família do Distrito Federal, por intermédio do Instituto Candango de Solidariedade. Essas contratações estariam sendo realizadas por critérios políticos, havendo, inclusive, empregados que teriam incluído em seus currículos o fato de terem sido cabos eleitorais do Governador Joaquim Roriz nos primeiro e segundo turnos de eleição.

Também perante a Justiça Eleitoral o ICS está sendo investigado. A Coligação Frente Brasília Esperança ajuizou recurso contra a expedição de diplomação perante o Tribunal Superior Eleitoral, relatando que o Instituto Candango de Solidariedade chegou a contratar pessoas que, trabalhando na Clínica Odontológica de Brasília Ltda., atendiam eleitores em troca de votos durante o horário normal de expediente.

Por todos esses aspectos, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio de sua Promotoria de Fundações, em 27 de fevereiro de 2003, ajuizou ação de dissolução do Instituto Candango de Solidariedade, alegando que: a qualificação do ICS como organização social foi obtida de forma irregular, por não terem sido atendidas todas as disposições constantes da Lei n. 2.177/98; verifica-se desvirtuamento das finalidades estatutárias do ICS, com a interferência e a utilização indevida do poder público distrital no Instituto; o ICS promove intermediação ilegal de mão-de-obra para o Governo do Distrito Federal por intermédio da execução de contratos de gestão que celebra com o poder público distrital; há diversas falhas nos controles internos do ICS; não estão sendo atendidas as finalidades previstas no estatuto do ICS; o ICS deixou de prestar contas regularmente para o Ministério Público; o Instituto foi utilizado de forma indevida na campanha eleitoral de 2002; o ICS está insolvente, com o passivo descoberto de R\$ 2.376.002,00 (dois milhões, trezentos e setenta e seis mil e dois reais), referente

ao exercício de 1999, e de R\$ 4.494.913,00 (quatro milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil, novecentos e treze reais), referente ao exercício de 2000.

O certo é que os contratos de gestão celebrados pelo Governo do Distrito Federal com o Instituto Candango de Solidariedade estão sendo bastante discutidos. As ilegalidades e as inconstitucionalidades encontradas na celebração desses contratos estão acarretando o ajuizamento de diversas ações civis públicas e, ainda, de algumas ações populares. Em diversas delas, o Judiciário tem chegado a suspender a execução desses contratos ou mesmo declarado suas nulidades.

E, dentro desse enfoque extremamente problemático quanto à legalidade dos contratos de gestão celebrados pelo poder público distrital com o ICS, merece destaque o contrato de gestão que teve como finalidade implantar, implementar, manter e desenvolver as ações do Programa Saúde da Família (PSF) do Distrito Federal. Tal contrato de gestão será a seguir analisado.

5.3 CONTRATO DE GESTÃO CELEBRADO PELO PODER PÚBLICO DISTRITAL COM O INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA DO DISTRITO FEDERAL

5.3.1 PRINCIPAIS CLÁUSULAS DO CONTRATO DE GESTÃO

No dia 8 de abril de 1999, foi celebrado contrato de gestão entre o Distrito Federal, representado pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal (SES), Fundação Hospitalar do Distrito Federal, então denominado entidade supervisora, e o Instituto Candango de Solidariedade, com a finalidade de implantar, implementar, manter e desenvolver as ações do Programa Saúde da Família (PSF) do Distrito Federal.

O aludido contrato de gestão recebeu o n. 063/99-PJ-FHDF e foi publicado no Diário Oficial do Distrito Federal n. 69, de 12 de abril de 1999, página 26. Elegeu o foro da cidade de Brasília – DF para quaisquer soluções não alcançadas administrativamente (cláusula décima nona do texto original do contrato de gestão).

Foi celebrado com dispensa de licitação, tendo como fundamento o artigo 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93 combinado com o artigo 3º, §§ 1º e 2º, da Lei distrital n. 2.177/98.

Observe-se, no entanto, que o Programa Saúde da Família não foi criado originariamente para ser objeto desse contrato de gestão celebrado pelo Distrito

Federal com o ICS. Pode-se chegar a essa conclusão a partir da leitura da cláusula décima quinta do texto original do contrato, que convalidou, nos termos do artigo 28 da Lei distrital n. 2.177/98, todos os atos administrativos praticados a partir de 14 de fevereiro de 1999 referentes ao PSF.

O Projeto de Implantação do Programa Saúde da Família, de março de 1999, elaborado pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, Fundação Hospitalar do Distrito Federal (sendo a elaboração desse projeto uma de suas obrigações contratuais), afirma que a implantação do PSF foi uma decisão política do então governo distrital que optava por resgatar as idéias básicas do Programa de Agentes de Saúde, implantado em 1980. Tanto em 1980 quanto em 1999, ocupava o cargo de Secretário de Saúde do Distrito Federal o Dr. Jofran Frejat. O objetivo era oferecer à população serviços de promoção e proteção à saúde de forma integral, universal, contínua e de qualidade.

Na verdade, o Programa Saúde da Família sucedeu o Programa Saúde em Casa, desenvolvido no Distrito Federal, de 1995 a 1998, durante o governo de Cristovam Buarque. Para a implementação do Programa Saúde em Casa, fora celebrado convênio entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade (Convênio n. 002/97-PJ-FHDF). Assim, no dia 23 de fevereiro de 1999, o então Governador Joaquim Roriz extinguiu o Programa Saúde em Casa (Decreto n. 20.042/99) e instituiu o Programa Saúde da Família (Decreto n. 20.043/99).

A grande dimensão do Programa Saúde da Família, no entanto, foi resultado da celebração do contrato de gestão ora analisado. Esse contrato propunha a implementação de um programa de modelo assistencial para a população do Distrito Federal e do entorno, baseado na idéia de que profissionais especializados formariam equipes de saúde que iriam até a casa das pessoas para prestar atendimentos médicos. O núcleo básico de atenção para o desenvolvimento desse modelo assistencial era a família e seu espaço social. Observando as diretrizes do Sistema Único de Saúde, o Programa Saúde da Família deveria observar as seguintes metas para alcançar seu objetivo, estabelecidas no texto do aludido contrato de gestão atualizado pelo Termo Aditivo n. 48/99:

a) Reorganizar os serviços públicos de saúde, por intermédio de um novo modelo de assistência, voltado à atenção integral da família, utilizando-se de ações de proteção, promoção e recuperação;

b) Racionalizar os recursos existentes, visando à ampliação do acesso da população ao Sistema Único de Saúde e ao atendimento a partir da atenção primária;

c) Estimular a organização da comunidade para o efetivo exercício do controle social; e

d) Atender aos princípios do Sistema Único de Saúde, consubstanciados na universalidade, na integralidade, na equidade e na participação popular.

A verificação da realização dessas metas propostas era um dos aspectos do controle por resultados a ser feito nesse contrato de gestão.

A forma de se efetivar o PSF é mais bem compreendida pela análise do Projeto de Implantação do Programa Saúde da Família, de março de 1999. Buscava-se reorganizar o setor de saúde no Distrito Federal, implantando um modelo de vigilância à saúde que voltasse sua atenção para a família, para o local de moradia das pessoas. Nas diversas áreas do DF, de acordo com as prioridades existentes, seriam formadas equipes de saúde, que fariam atendimento domiciliar. Essas equipes seriam abrigadas nos Centros e Postos de Saúde existentes e naqueles que seriam implantados. Pretendia-se tentar resolver boa parte dos problemas de saúde da população com o acompanhamento domiciliar feito pelas equipes de saúde; apenas quando não suficientes, as pessoas seriam encaminhadas para os Postos de Saúde e para os hospitais.

Foram definidos dois tipos de equipes: equipe padrão A (composta por um médico, um enfermeiro, três auxiliares de enfermagem, cinco agentes comunitários de saúde e um auxiliar de serviços diversos) e equipe padrão B (composta por um enfermeiro, dois auxiliares de enfermagem, cinco agentes comunitários de saúde e um auxiliar de serviços diversos). Ainda era prevista a formação de equipes de saúde bucal, compostas por um cirurgião-dentista, um técnico de higiene dental e um auxiliar de consultório dentário.

Era feita a distribuição das equipes pelo Distrito Federal de acordo com a densidade demográfica da região. Cada equipe seria responsável por uma área geográfica com cerca de mil famílias. A equipe padrão A deveria atuar em áreas de maior população, enquanto a equipe padrão B atuaria nas áreas rurais de pequena densidade populacional. Em áreas cobertas pela equipe padrão B, o médico da equipe padrão A que lhe fosse mais próxima seria deslocado para prestar atendimento à população coberta pela equipe padrão B, de acordo com consultas agendadas. Existiriam uma equipe de saúde bucal e um consultório dentário para cada duas equipes do programa.

Na Unidade de Saúde da Família ou mesmo no domicílio das pessoas, as equipes deveriam desenvolver atividades relacionadas a: atendimento médico e de enfermagem; ações de vigilância à saúde (controle de doenças transmissíveis e de doenças crônico-degenerativas); ações de controle do meio ambiente; colheita e encaminhamento de material para exame laboratorial; realizações de serviços básicos de saúde (como vacinações e curativos); realização de internações domiciliares de casos clinicamente estáveis, com acompanhamento dos pacientes até a alta; e realização de atividades educacionais para famílias ou grupos específicos.

A implantação do programa, em algumas áreas, seria feita em três etapas e levaria o tempo médio de um ano e seis meses. Priorizar-se-iam as áreas de risco, identificadas por análise epidemiológica.

O controle da realização do programa poderia ser feito por relatórios mensais e supervisão das equipes técnicas para acompanhar a execução das ações planejadas.

Ainda de acordo com o Projeto de Implantação do Programa Saúde da Família, a Fundação Hospitalar do Distrito Federal dispunha de equipamento e material permanente suficientes para efetivar a implantação do programa.

Ao aludido contrato de gestão foi estimado o valor global, no exercício de 1999, de R\$ 29.688.000,00 (vinte e nove milhões, seiscentos e oitenta e oito mil reais) (cláusula quinta do texto original do Contrato de Gestão n. 063/99-PJ-FHDF). O Termo Aditivo n. 48/99 alterou o valor do aludido contrato para R\$ 50.556.640,00 (cinquenta milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, seiscentos e quarenta reais) para o ano de 2000, além de acrescentar R\$ 6.539.838,60 (seis milhões, quinhentos e trinta e nove mil, oitocentos e trinta e oito reais e sessenta centavos) para os meses de novembro e dezembro de 1999.

No texto original do contrato de gestão analisado, observa-se que as três formas de fomento possíveis dos serviços prestados por organizações sociais foram asseguradas ao ICS.

Assim, foi-lhe assegurada a cessão de recursos orçamentários, que deveriam ser repassados ao ICS em parcelas mensais até o quinto dia útil do mês subsequente, mediante apresentação de fatura à entidade supervisora (cláusula quarta do texto original do Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF). O Projeto de Implantação do Programa Saúde da Família, de março de 1999, ao cuidar dos recursos financeiros, estabelece que, para a implantação e a implementação do PSF, serão aplicados recursos provenientes do Governo do Distrito Federal e do Ministério da Saúde, pelos incentivos aos Programas de Saúde da Família e de Agentes Comunitários de Saúde. Verbas públicas para o fomento do PSF, portanto, são provenientes tanto da esfera distrital quanto da esfera federal.

Além disso, foram cedidos ao ICS, a título de permissão de uso e pelo prazo do aludido contrato, em caráter precário, os bens móveis e imóveis, equipamentos e instalações da Fundação Hospitalar do Distrito Federal que estivessem sendo utilizados para a implementação das ações do Programa Saúde da Família (cláusula sétima do texto original do Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF). O Projeto de Implantação do Programa Saúde da Família, de março de 1999, estabelece que veículos existentes, equipamentos e materiais permanentes deveriam ser remanejados para atender a áreas prioritárias.

A cessão de servidores públicos também foi assegurada ao ICS, constando essa previsão, expressamente, apenas do Projeto de Implantação do Programa Saúde da Família, de março de 1999, mas fazendo parte do contrato de gestão, de acordo com sua cláusula terceira, item I, letra *a*, do texto original do contrato de gestão.

Esse contrato de gestão tinha prazo máximo de vigência de cinco anos, a contar da data de sua assinatura, podendo ser renovado ou ter seu prazo dilatado por intermédio de termo aditivo, condicionado à demonstração prévia da consecução dos objetivos estratégicos e das metas estabelecidas e à avaliação favorável e justificativa da entidade supervisora (cláusula décima do texto original do Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF). Essa justificativa poderia ocorrer: por recomendação constante do relatório de avaliação da comissão; para adequação à lei orçamentária; para ajuste das metas e revisão dos indicadores, resultantes das reuniões de acompanhamento; para adequação a novas políticas de governo que inviabilizem a execução nas condições contratuais originalmente pactuadas; e para adequação das planilhas de custos financeiros decorrentes do aumento ou diminuição de metas ou de custeio de pessoal e encargos. O aludido contrato foi aditado duas vezes: pelo Termo Aditivo n. 48/99 e pelo Termo Aditivo n. 56/00.

Atenção muito especial merece a análise das cláusulas contratuais que estabeleceram as obrigações das partes contratantes.

As principais obrigações e responsabilidades da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, Fundação Hospitalar do Distrito Federal, na condição de entidade supervisora, eram as seguintes, de acordo com as cláusulas do Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF, que teve redação atualizada pelo Termo Aditivo n. 48/99:

a) Supervisionar tecnicamente a implantação e o desenvolvimento do Programa Saúde da Família. A SES/FHDF elaborou o Projeto de Implantação e Implementação do Programa Saúde da Família do Distrito Federal, projeto esse que seria parte integrante do texto do contrato;

b) Alocar os recursos orçamentários e financeiros necessários à cobertura das despesas relativas à execução do contrato de gestão, conforme cronograma de desembolso;

c) Realizar o repasse mensal dos recursos financeiros ao ICS, de acordo com o cronograma de desembolso, mediante apresentação de notas fiscais;

d) Emitir pareceres conclusivos sobre os relatórios gerenciais a serem apresentados periodicamente pelo ICS;

e) Analisar e emitir parecer a respeito das prestações de contas a serem apresentadas pelo ICS;

f) Repassar os recursos em parcelas mensais, até o 3º dia útil do mês subsequente ao do desenvolvimento dos trabalhos, após a conferência das notas fiscais, que se dará no prazo máximo de um dia útil, contado do recebimento delas pela entidade supervisora;

g) Realizar a fiscalização da execução do contrato e a supervisão, o acompanhamento e a avaliação das atividades desenvolvidas pelo ICS, de acordo com as metas e os indicadores de desempenho previstos no plano de trabalho anual. A avaliação do PSF era responsabilidade da Subsecretaria de Projetos Especiais da Secretaria de Saúde, que deveria emitir relatório anual conclusivo da análise dos resultados; e

h) Emitir, semestralmente, parecer conclusivo sobre os relatórios gerenciais apresentados pelo ICS.

Já as principais obrigações e responsabilidades do Instituto Candango de Solidariedade, segundo o Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF, com redação atualizada pelo Termo Aditivo n. 48/99, eram:

a) Submeter à entidade supervisora, após aprovados pelo Conselho de Administração, os relatórios gerenciais das atividades desenvolvidas na forma e no prazo estabelecidos no plano de trabalho anual;

b) Movimentar os recursos financeiros repassados pela entidade supervisora ao ICS por intermédio de cheques nominativos com assinatura conjunta do Presidente e do Diretor Administrativo-Financeiro do Instituto, por meio de conta-corrente específica a ser aberta no Banco de Brasília S/A – BRB, com adendo alusivo ao contrato de gestão a que se refere;

c) Prestar contas dos recursos financeiros recebidos da entidade supervisora;

d) Como permissionário dos bens móveis e imóveis, equipamentos e instalações da entidade supervisora, proceder ao inventário dos bens, zelando pela sua guarda e sua conservação;

e) Elaborar e apresentar para a entidade supervisora, semestralmente, relatórios gerenciais circunstanciados sobre a execução do contrato de gestão. Os relatórios circunstanciados devem comparar as metas com os resultados alcançados, em consonância com o programa de trabalho anual, acompanhado de demonstrativo sobre a adequada utilização dos recursos públicos, da avaliação do desenvolvimento das atividades realizadas, das análises gerenciais cabíveis e de parecer técnico conclusivo sobre o período em questão. É possível à entidade supervisora exigir, a qualquer tempo, do ICS, informações constantes dos relatórios;

f) Até 31 de janeiro de cada ano, o ICS deve promover a publicação completa, no Diário Oficial do Distrito Federal, e em extrato, em jornal de grande circulação, dos relatórios financeiros e de execução desse contrato de gestão aprovados pelo conselho de administração; e

g) Pagar os encargos de natureza trabalhista, fiscal e previdenciária decorrentes da execução do contrato de gestão, conforme tabela de preços.

Importante que se dê ênfase à situação das pessoas contratadas para a execução do Programa Saúde da Família. De acordo com a redação original do contrato de gestão, era obrigação da Fundação Hospitalar do Distrito Federal, na condição de entidade supervisora, realizar a seleção, o treinamento e o gerenciamento dos recursos humanos que fossem indicados para contratação pelo Instituto Candango de Solidariedade. Essa seleção deveria ser feita de acordo com o disposto no regulamento para os procedimentos de contratação e gestão de pessoal, serviços e compras a serem realizadas com recursos públicos, elaborado pelo ICS, observando os princípios da isonomia e da impessoalidade. De acordo com o Programa de Implantação do ICS, a seleção deveria incluir avaliação curricular e entrevista. As pessoas contratadas para a realização do contrato de gestão, ainda conforme sua redação original, possuíam vínculo empregatício com o ICS, sendo esse o responsável por realizar pagamento dos salários e das obrigações trabalhistas e previdenciárias, mesmo em havendo reclamações judiciais.

No entanto, com a redação do Termo Aditivo n. 48/99, a competência para realizar a seleção dos recursos humanos a serem empregados no PSF passou a ser do Instituto Candango de Solidariedade, que também seria o responsável por gerenciar o pessoal. À SES/FHDF caberia aprovar e treinar os profissionais selecionados pelo ICS.

De qualquer forma, a idéia que se manteve é que era possível a contratação de pessoas pelo ICS apenas para a execução do Programa Saúde da Família, tendo elas vínculo empregatício com o Instituto. Seriam regidas na sua relação de emprego pela Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que o ICS é pessoa jurídica de direito privado. Desde já, verifica-se que não era autorizada a contratação, pelo ICS, de pessoas para trabalharem em qualquer outra atividade que não se relacionasse com a execução direta do PSF.

Também foi alterada, pelo Termo Aditivo n. 48/99, a previsão original do contrato de gestão de repasse para o ICS de taxa de administração. Dispunha a então cláusula sexta do contrato de gestão que, para a operacionalização do aludido contrato, a Fundação repassaria mensalmente ao ICS o valor correspondente a 5% sobre o total das despesas realizadas. Essa cláusula foi excluída pelo primeiro termo aditivo.

A rescisão do contrato de gestão poderia resultar de acordo entre as partes ou de decisão administrativa.

Havendo rescisão administrativa, o ICS deveria devolver ao patrimônio do Distrito Federal os bens públicos que lhe tivessem sido cedidos para a execução do contrato e prestar contas da gestão dos recursos recebidos, apurando e devolvendo o saldo existente. Eram os seguintes os casos de possibilidade de realização de rescisão administrativa:

- a) Havendo descumprimento, total ou parcial, de cláusulas ou objetivos, decorrente de má gestão, culpa, dolo ou violação de lei ou do estatuto social do ICS;
- b) Quando não fossem atendidas as recomendações da Subsecretaria de Atenção à Saúde, da Secretaria de Saúde do Distrito Federal;
- c) Quando houvesse alterações no estatuto do ICS que implicassem modificação das condições de sua qualificação como organização social ou de execução do contrato de gestão.

Assinado o aludido contrato de gestão, passou-se à implementação do Programa Saúde da Família do Distrito Federal, que, como se observou, já existia desde fevereiro de 1999, mediante a realização de atos administrativos.

Observe-se que quase todas as alegações de inconstitucionalidade formuladas acerca do contrato de gestão previsto na Lei n. 9.637/98, e dispensado da realização de licitação prévia pelo artigo 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93, podem ser encontradas no contrato ora examinado. Afinal, a Lei distrital n. 2.177/98 em muito se assemelhava à Lei n. 9.637/98.

Porém, entendidos que estão superados eventuais vícios de inconstitucionalidade do contrato de gestão do Programa Saúde da Família do Distrito Federal, o que se percebeu foi que a execução de tal contrato não foi tão regular quanto se pretendia. O fato é que elevada quantidade de verba pública estava sendo destinada para a realização do aludido programa, mas os problemas da saúde pública no Distrito Federal não estavam diminuindo. E, tão grave quanto a não-satisfação da população nas suas necessidades básicas, constatou-se uma série de irregularidades, ilegalidades e descumprimentos de cláusulas contratuais na realização desse contrato de gestão.

Os problemas na execução do contrato de gestão do Programa Saúde da Família do Distrito Federal serão objeto de análise no próximo tópico.

5.3.2 ATUAÇÃO DO GRUPO-TAREFA E IRREGULARIDADES ENCONTRADAS NO CONTRATO DE GESTÃO

Em 2002, três anos após a celebração do contrato de gestão entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade para a implantação do Programa Saúde da Família, podia-se caracterizar como crítica a situação da saúde no DF. Diante dessa difícil realidade, de conhecimento público, o então Ministro de Estado da Saúde, por intermédio da Portaria n. 145/2002, instituiu um Grupo de Trabalho para a realização de ampla auditoria na Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

O Grupo de Trabalho supramencionado, também denominado de Grupo-Tarefa, era constituído por membros do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, do Tribunal de Contas da União, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por auditores da Secretaria Federal de Controle Interno e do Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde do Ministério da Saúde, pelo Diretor do Departamento de Controle e Avaliação de Sistemas do Ministério da Saúde e pelo Diretor-Executivo do Fundo Nacional de Saúde do Ministério da Saúde.

A auditoria a ser realizada pelo Grupo-Tarefa atingiria, necessariamente, o Instituto Candango de Solidariedade. Afinal, o ICS foi a organização social com a qual o Distrito Federal celebrou contrato de gestão para a implementação do Programa Saúde da Família. Mas as atividades do ICS não se limitavam à prestação de serviços de saúde, vindo esse instituto a celebrar contratos de gestão com o governo distrital para prestação de serviços nas mais diversas áreas.

Bastante grave foi o aspecto de que, de 2000 até 2002, o Tribunal de Contas do Distrito Federal sobrestou o exame das contas do Instituto Candango de Solidariedade. Isso porque entendia que não poderia examinar as aludidas contas antes de haver um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade ou não da Lei n. 9.637/98, cujos dispositivos foram copiados pela legislação distrital para a regulamentação da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como organizações sociais. Em consequência, também estavam sobrestados os processos no TCDF que cuidavam do Programa Saúde em Casa e do Programa Saúde da Família.

O Grupo-Tarefa iniciou suas atividades nesse ambiente em que as denúncias de irregularidades realizadas pelo Instituto Candango de Solidariedade se multiplicavam e eram materializadas no ajuizamento de diversas ações judiciais. Alegava-se que o ICS não poderia celebrar contratos de gestão com o Distrito

Federal em áreas tão distintas e que as contratações de pessoal por ele realizadas serviam como uma forma de o Distrito Federal burlar a exigência de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos.

Iniciadas as atividades do Grupo-Tarefa, que se reuniu pela primeira vez em 25 de fevereiro de 2003, verificou-se que as inúmeras irregularidades presentes na execução do Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF estavam acompanhadas da elevadíssima quantidade de verbas públicas que eram repassadas para o Instituto Candango de Solidariedade sob o fundamento de fomentar a realização desses e de outros serviços a serem oferecidos para a população.

Indiscutivelmente, as quantias repassadas para o ICS eram consideráveis: de 1999 a 2002, teriam sido gastos mais de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais) com o ICS (dado constante do Parecer n. 14/2003 do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal nos Autos n. 747/00 do TCDF); até junho de 2003, calcula-se que o ICS já teria recebido dos cofres públicos mais de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), o que significa mais de um bilhão de reais em valores atualizados (dado constante da inicial da Ação Civil Pública n. 2003.34.00.018359-7).

As dificuldades encontradas pelo Grupo-Tarefa foram diversas, incluindo o não-fornecimento de documentos solicitados à Secretaria de Saúde do Distrito Federal, ao Senhor Interventor do ICS (o ICS teve sua intervenção decretada em 1999) e ao Instituto Candango de Solidariedade (não forneceu o Regimento Interno do ICS, os regulamentos de compra e contratação diversos, o plano de cargo e salários e os extratos bancários das contas receptoras de recursos públicos).

O aspecto acima indicado, particularmente, causa espanto. Afinal, em um contrato que se justifica pela realização do controle por resultados e pela participação da comunidade na sua fiscalização, o acesso a documentos que lhe são referentes deveria ser irrestrito a qualquer membro da sociedade que desejasse fiscalizar a correta aplicação dos recursos públicos, o que dirá para representantes do poder público que estavam realizando uma auditoria em cumprimento a ordem do Ministro de Estado da Saúde.

O Instituto Candango de Solidariedade agiu com má-fé ao impedir a análise de suas contas bancárias sob o argumento de que estava protegido pelo sigilo bancário. Afinal, o dinheiro não era do ICS. O que ele recebia e o que deveria constar de suas contas bancárias era verba pública, que precisava ser aplicada na prestação de serviços públicos, na satisfação das necessidades da sociedade. A fiscalização da correta aplicação dessa verba pública é direito de qualquer membro da sociedade.

Por intermédio de auditores do Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde do Ministério da Saúde (DENASUS), o Grupo-Tarefa acompanhou a execução do PSF, procedendo a conferências e exames *in loco* do programa.

Talvez as surpresas maiores tenham sido as irregularidades encontradas na execução do contrato, tanto por parte do Instituto Candango de Solidariedade quanto por parte da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, e, à época, da Fundação Hospitalar do Distrito Federal, entidade supervisora do contrato de gestão analisado.

Passemos à análise das irregularidades encontradas pelo Grupo-Tarefa, tendo como fonte os cinco relatórios que foram por ele elaborados.

Em um primeiro momento, o Grupo-Tarefa apontou algumas irregularidades no contrato de gestão celebrado pelo governo distrital com o Instituto Candango de Solidariedade para a implantação do Programa Saúde da Família nos seguintes aspectos:

a) Ilegalidade na contratação do ICS para a realização do aludido objeto, uma vez que esse Instituto não teria atuação na área da saúde;

b) Ausência de previsão, no contrato de gestão, das metas a serem cumpridas e da adequada forma de fiscalização e comprovação do cumprimento delas. Ausência, ainda, da indicação das sanções pelo não-cumprimento das metas;

c) Não-prestação de contas ao Tribunal de Contas da União e ao Tribunal de Contas do Distrito Federal;

d) Previsão originária de pagamento de taxa de administração, o que não estava de acordo com a natureza do ICS, que é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos.

Há que se recordar de que era uma das obrigações do ICS movimentar os recursos financeiros que lhe fossem repassados pela entidade supervisora por intermédio de cheques nominativos com assinatura conjunta do Presidente e do Diretor Administrativo-Financeiro do Instituto, por meio de conta-corrente específica a ser aberta no Banco de Brasília S/A – BRB, com adendo alusivo ao contrato de gestão a que se refere.

O Grupo-Tarefa observou que o Ministério da Saúde repassava verbas para a Secretaria de Saúde do Distrito Federal (para os programas Saúde da Família, Agentes Comunitários de Saúde e Saúde Bucal) por intermédio da conta n. 58040-6, agência n.1607-1, do Banco do Brasil. Esses repasses, para o exercício de 2002, alcançaram o total de R\$ 3.487.512,66 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil, quinhentos e doze reais e sessenta e seis centavos) e, até março de 2003, o

total de R\$ 751.212,67 (setecentos e cinquenta e um mil, duzentos e doze reais e sessenta e sete centavos). Esses recursos eram transferidos pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal para a conta n. 212006348-0, do Banco de Brasília, destinada para o Programa Saúde da Família. No entanto, o ICS não recebia os referidos valores em uma conta específica.

De fato, foi constatado que o valor elevadíssimo de verba pública destinada para o Programa Saúde da Família não foi repassado para uma conta específica e sim para outra conta-corrente: a de n. 04492-5, agência n. 0015, do Banco de Brasília de Goiânia, sendo essa conta bancária aberta pelo ICS desde 1970 e estando envolvida em denúncias de operações ilegais (envolvendo as empresas ADLER – Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. e Linknet Informática). Até o mês de março de 2003, o Grupo-Tarefa verificou que havia sido depositado nessa conta de Goiânia o valor R\$ 4.829.964,16 (quatro milhões, oitocentos e vinte e nove mil, novecentos e sessenta e quatro reais e dezesseis centavos), referentes ao ano de 2003. Em 2002, na aludida conta foram depositados R\$ 30.519.797,02 (trinta milhões, quinhentos e dezenove mil, setecentos e noventa e sete reais e dois centavos), ou seja, mais de 90% (noventa por cento) dos recursos do programa.

Em fevereiro de 2003, a Secretaria de Saúde do Distrito Federal abriu novas contas-correntes específicas para cada um dos programas de saúde financiados pelo GDF (Programa Saúde da Família, Programa Agentes Comunitários de Saúde e Programa Saúde Bucal). Consta que os recursos federais ficaram aplicados no mercado financeiro e não foram utilizados.

A movimentação bancária de grande parte dos valores destinados à execução do PSF, portanto, não era feita por intermédio da conta-corrente especificamente criada para esse fim. Com isso, houve o descumprimento de uma cláusula do contrato de gestão. Descumprimento esse bastante grave, pois a utilização de conta bancária diferente da destinada para um fim específico certamente em muito dificulta a fiscalização da utilização das verbas orçamentárias repassadas para a execução do programa.

O Instituto Candango de Solidariedade também não estava cumprindo a sua obrigação de apresentar à Secretaria de Saúde do Distrito Federal relatório específico de prestação de contas, limitando-se a fazer referência a essa prestação no relatório de atividades. A Secretaria de Saúde do DF justifica, por essa irregularidade do ICS, o fato de ela também cometer uma irregularidade, qual seja, não emitir pareceres sobre as prestações de contas do ICS.

Ainda pode ser apontada como irregularidade por parte do ICS a não-efetivação da publicidade a seus atos. Justificava essa falta de publicidade pela

alegação de que a publicação dos atos no Diário Oficial e em jornais de grande circulação seria extremamente onerosa. Essa justificativa mostra-se infundada diante do elevado montante de verbas públicas que lhe eram repassadas.

O ICS também agia irregularmente ao não realizar seleção idônea de pessoas a serem contratadas para a execução do Programa Saúde da Família, em total ofensa aos princípios constitucionais da publicidade, igualdade e moralidade. Por intermédio de depoimentos prestados ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, restou comprovado que a contratação era feita por mero contato telefônico com base em indicação política, sem qualquer verificação, inclusive, se o candidato possuía documentos comprobatórios de sua formação profissional. Observou-se, inclusive, a contratação de pessoas de idade bastante avançada, já aposentadas, notadamente sem condições físicas para se deslocar até as casas das pessoas para prestar atendimento (constatou-se a contratação de um médico com 83 anos).

Restou também observada a realização de pagamento de salários sem qualquer controle ou aferição, chegando a ocorrer caso em que profissional excluído do PSF continuava a receber vencimentos.

Por parte da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, ainda puderam ser apontadas irregularidades na execução do aludido contrato de gestão pela não-realização do repasse mensal dos recursos financeiros ao ICS de acordo com os cronogramas de desembolso atualizado, pelo fato de que a Secretaria de Saúde do Distrito Federal não possuía esses cronogramas. Assim, em 2003, estava realizando o repasse de recursos financeiros com base em um cronograma de desembolso do ano de 2000. Também não possuía plano anual de trabalho.

A Secretaria de Saúde do Distrito Federal também não emitia pareceres conclusivos e semestrais sobre os relatórios gerenciais e semestrais apresentados pelo ICS.

Apesar do descumprimento de cláusulas contratuais, não houve qualquer notificação entre as partes celebrantes do contato de gestão.

Na verificação *in loco* realizada pelos agentes do Denasus, observou-se que diversas eram as equipes incompletas. A previsão da composição das equipes não correspondia à realidade, e, muitas vezes, o profissional previsto para determinada equipe não se encontrava trabalhando no local. Muitas das equipes não possuíam as menores condições de trabalho, com péssima estrutura física para o desenvolvimento das atividades (divisórias improvisadas de papelão e estruturas ao lado de esgoto descoberto) e falta de insumos, medicamentos e equipamentos necessários, o que acarretava mão-de-obra ociosa e encaminhamento

dos pacientes aos postos de saúde para receberem o tratamento que deveria ser oferecido pela equipe do PSF.

Constatou-se, ainda, o desconhecimento de diversos membros das equipes a respeito de conceitos básicos e vitais sobre o Programa Saúde da Família, como o conceito de área de risco e de controle social.

Muitos profissionais contratados para trabalhar no Programa Saúde da Família estavam desempenhando suas atividades em hospitais do Distrito Federal, diversas vezes, inclusive, em funções administrativas. Com isso, burla-se a obrigatoriedade de realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos. Ora, se o Governo do Distrito Federal estava necessitando de pessoas para trabalhar como servidores públicos, deveria, obrigatoriamente, realizar concurso público e não contratar pessoas por intermédio do Instituto Candango de Solidariedade.

Inúmeras, portanto, as irregularidades encontradas. Nos termos do 5º Relatório e Relatório Final do Grupo-Tarefa, essas irregularidades comprometiam a execução do PSF. Por isso, de nada adiantava a União continuar repassando recursos para as equipes, mesmo que completas em termos de pessoal, sem antes verificar se elas possuíam reais condições de trabalho, o que incluiria local apropriado, medicamentos e equipamentos.

A quantidade assustadora de irregularidades na execução do contrato de gestão demonstra o despreparo do poder público para utilizar esse instituto. Na prática, o que se observou é que elevada quantidade de verbas públicas foi repassada para uma pessoa jurídica de direito privado sem ter a correspondente e necessária boa prestação de serviços públicos à população. Com isso, o Governo do Distrito Federal tentou desincumbir-se da realização de mais um encargo, preocupando-se muito pouco com a boa prestação de serviços de saúde. A possibilidade de contratação de profissionais pelo ICS foi completamente desvirtuada: serviu como “cabide de emprego” para protegidos de políticos e como uma forma de burlar a necessidade de realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos.

A realização de controle de resultados pelo poder público não foi feita de forma séria. O controle pela sociedade, então, é que em nenhum momento foi exercido, provavelmente por dois motivos: primeiro, porque a sociedade não deve ter sido informada de que poderia realizá-lo e segundo, porque é uma utopia se imaginar que a população carente destinatária dos serviços de saúde prestados pelo Programa Saúde da Família, preocupada em conseguir emprego e dinheiro para sobreviver, está pronta para exercitar esse aspecto da cidadania.

Em síntese, o Programa Saúde da Família do Distrito Federal, objeto de um contrato de gestão celebrado pelo Distrito Federal com o Instituto Candango de Solidariedade, não funcionou ou, pelo menos, não funcionou como deveria. E o seu grande saldo negativo, acima de tudo, é a constatação de que a verba pública nele investida não foi convertida em serviços de saúde satisfatórios oferecidos à população carente do DF.

5.3.3 PROVIDÊNCIAS TOMADAS DIANTE DAS IRREGULARIDADES ENCONTRADAS E REPERCUSSÕES DA AUDITORIA REALIZADA

A constatação da existência de tantas irregularidades na execução do contrato de gestão que tinha como objeto a implementação do Programa Saúde da Família do Distrito Federal acarretou, por parte do Grupo-Tarefa, a adoção de uma série de providências.

Dessa forma, conforme apontado no 4º Relatório Parcial e ratificado no 5º Relatório e Relatório Final, o Grupo-Tarefa sugeriu ao Ministério da Saúde que:

a) Estabelecesse critérios objetivos para a seleção dos contratados para a execução de programas de saúde, de forma a dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal, principalmente aos princípios da publicidade, moralidade e impessoalidade;

b) Encaminhasse ao Secretário de Saúde do Distrito Federal e à Coordenação do Programa Saúde da Família no DF cópia de todos os relatórios já produzidos pelo Grupo-Tarefa a respeito do aludido programa, adotando as recomendações efetuadas pela equipe de auditores e pelos MPF e MPDFT ao Governador do DF, sob pena de a União ver-se obrigada a suspender os repasses de recursos;

c) Determinasse à Secretaria de Saúde do Distrito Federal que: exigisse do ICS a correta movimentação dos recursos do PSF em conta única e específica, com adendo alusivo ao contrato de gestão; evitasse a prática de manter recursos aplicados no mercado financeiro em frente da absoluta necessidade de utilização em prol da saúde pública do DF; e cadastrasse as Unidades de Saúde da Família individualmente no Banco de Dados do SUS-Datasus-MS, e não por regional, de modo que fosse possível o correto acompanhamento e a avaliação das equipes; e

d) Ouvisse a Secretaria de Saúde do Distrito Federal para verificar as justificativas que ela possuía para o pagamento de taxas de administração ao Programa Saúde da Família.

O Grupo-Tarefa sugeriu, ainda, que fossem encaminhadas cópias de todos os documentos, relatórios e notas técnicas, elaborados no decorrer do desenvolvimento de suas atividades, para o Tribunal de Contas da União e para o Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios. Por fim, sugeriu que o Banco Mundial fosse cientificado a respeito de todas as imperfeições existentes no Programa Saúde da Família do Distrito Federal.

Insistiu, ainda, no entendimento da necessidade de se realizar uma apuração profunda a respeito de todas as verbas repassadas do Fundo de Saúde para o Instituto Candango de Solidariedade, procedendo-se à quebra do sigilo bancário de todas as contas desse Instituto e da identificação de todos os cheques de valores superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) liberados nas agências das contas originais e mesmo dos sacados em outras. Necessária, ainda, a quebra do sigilo bancário das empresas ADLER – Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. e Linknet Informática Ltda.

A Procuradoria da República no Distrito Federal solicitou que o Tribunal de Contas da União instaurasse tomada de contas especial para a verificação dos prejuízos causados pelas irregularidades encontradas na execução do PSF. Nessa mesma ocasião, bastante importante foi o parecer emitido pelo Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União nos autos do Processo n. 007.032/1999-4 – TCU, em 29 de maio de 2003. No aludido parecer, o Procurador do Ministério Público junto ao TCU posicionou-se favoravelmente à suspensão dos repasses financeiros da União ao Distrito Federal em relação aos programas de execução delegados pelo governo distrital ao ICS até restar demonstrada a regularização dos processos.

Aponte-se, ainda, que o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, diante da constatação de que foi comunicado à União Federal que equipes incompletas do PSF estavam completas, requisitou à Polícia Federal a abertura de inquérito policial para a apuração de responsabilidades. Nesse inquérito, também deve ser apurada a destinação que foi dada a esses recursos recebidos indevidamente.

Merece destaque, ainda como resultado da auditoria realizada pelo Grupo-Tarefa perante a Secretaria de Saúde do Distrito Federal e tendo em vista todas as irregularidades e as improbidades encontradas na execução do Programa Saúde da Família do DF, o ajuizamento de ação civil pública e de improbidade administrativa pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, distribuída, em 6 de junho de 2003, para a Terceira Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A aludida ação civil pública e de improbidade administrativa, que recebeu o número 2003.34.00.018359-7, foi ajuizada em desfavor das seguintes pessoas: Arnaldo Bernardino, Secretário de Saúde do Distrito Federal; Naira Bernardino, Coordenadora do Programa Saúde da Família; Mário Sérgio Nunes, Subsecretário de Atenção à Saúde da Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal; Adalberto Gonçalves Monteiro, executor do Contrato de Gestão n. 63/99; Ronan Batista de Souza, Presidente do Instituto Candango de Solidariedade; Manoel de Andrade Neto, Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal; Jorge Caetano, Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal; José Milton Ferreira, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal; e Maurílio Silva, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal. É apontado na inicial que a União e o Distrito Federal devem integrar o feito na condição de litisconsortes necessários.

Enumerando as diversas irregularidades encontradas no Instituto Candango de Solidariedade, repetindo as constatações feitas pelo Grupo-Tarefa, a inicial do Processo n. 2003.34.00.018359-7 destaca que o ICS já recebeu dos cofres públicos R\$ 800.083.901,59 (oitocentos milhões, oitenta e três mil, novecentos e um reais e cinquenta e nove centavos), o que equivale, à data da propositura da ação, em valores atualizados, a mais de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais). Para o Programa Saúde da Família, o Programa Saúde Bucal e o Programa de Agentes Comunitários, a União repassou para o ICS, de junho de 1998 até fevereiro de 2003, R\$ 41.138.859,99 (quarenta e um milhões, cento e trinta e oito mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e noventa e nove centavos). Só o Programa Saúde da Família, desde 1999, recebeu R\$ 116.601.981,29 (cento e dezesseis milhões, seiscentos e um mil, novecentos e oitenta e um reais e vinte e nove centavos) dos cofres públicos.

Importante se ressaltar que a inclusão no pólo passivo na presente ação civil pública de Conselheiros e ex-Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal deveu-se a diversas decisões proferidas no TCDF, pelos Conselheiros indicados, que acarretaram o sobrestamento de processos que deveriam analisar a regularidade das contas do Instituto Candango de Solidariedade e a existência de requisitos para que esse Instituto pudesse ser qualificado como organização social. O sobrestamento foi motivado sob o argumento de que seria necessário se aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1.943-1, que questiona a constitucionalidade da lei federal que disciplina as organizações sociais.

Na inicial da ação civil pública, o MPF e o MPDFT entendem que o sobrestamento dos aludidos processos pelo TCDF, além de incorreto, deixou de observar os princípios constitucionais da eficiência, da moralidade administrativa,

da economicidade e da legitimidade. Destacam o entendimento do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 2.310/00, segundo o qual o oferecimento de uma ação direta de inconstitucionalidade nunca pode ser motivo para se sobrestar a tomada de decisões. A improbidade administrativa dos aludidos Conselheiros do TCDF estaria definida no artigo 11, inciso II, da Lei n. 8.429/92: é ato de improbidade administrativa que atenta contra princípios da administração pública retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

A responsabilidade do Secretário de Saúde do Distrito Federal, da Coordenadora do Programa Saúde da Família e do Subsecretário de Atenção à Saúde da Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal é apontada pela inércia e pela conivência deles diante das irregularidades existentes e por eles conhecidas durante a execução do Programa Saúde da Família do DF. O executor do Contrato de Gestão n. 63/99 é responsabilizado por estar também passivo diante das irregularidades desde o ano de 2000. Já a responsabilidade do Presidente do Instituto Candango de Solidariedade é identificada por o ICS ter sido o principal executor das ilicitudes encontradas. Para todos esses réus, argüiu-se a prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, incisos I, II, IX, X, XI e XII, da Lei n. 8.429/92.

No dia 15 de março de 2004, verificou-se que a Ação Civil Pública n. 2003.34.00.018359-7 ainda não foi julgada, mas já recebeu as informações dos requeridos.

Diante de tantas irregularidades encontradas, o Contrato de Gestão n. 63/99, celebrado com o Instituto Candango de Solidariedade e que objetivava a implantação do Programa Saúde da Família do Distrito Federal, foi denunciado.

A partir de 2003, a Secretaria de Saúde do Distrito Federal optou por instituir o Programa Família Saudável (PFS). Para implementar esse programa, de acordo com publicação do Diário Oficial do Distrito Federal de 18 de julho de 2003, foi selecionada a Fundação Zerbini, que é uma organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Com o novo programa, visa-se a desenvolver ações no nível básico de atenção à saúde, implantar um quantitativo de equipes de saúde da família, sempre completas, e construir um processo que venha a buscar a saúde integral dos habitantes locais. O objetivo básico desse programa é reorientar os sistemas e os serviços públicos de saúde com vistas à sua adequação local, o que é alcançado, inclusive, pela construção de unidades básicas de saúde. As contratações de pessoal necessário para a execução do programa serão feitas pela Fundação Zerbini.

Com a contratação da Fundação Zerbini pelo Distrito Federal para executar o Programa Família Saudável, tendo em vista as inúmeras irregularidades encontradas na execução do programa que o antecedeu (Programa Saúde da Família), os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, de Contas da União, do Distrito Federal e Territórios e de Contas do Distrito Federal expediram a Nota Recomendatória n. 003/2003 – Codin, de 6 de agosto de 2003, para o Presidente da Fundação Zerbini. Na aludida nota recomendatória, é feita uma série de recomendações para a Fundação Zerbini a serem observadas na execução do Programa Família Saudável, sob a ressalva de que o não-atendimento dessas recomendações sujeitará a aludida Oscip às medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, incluindo aplicação de multas. As aludidas recomendações são as seguintes:

a) Abster-se de fornecer trabalhadores para a Secretaria de Saúde do Distrito Federal, limitando-se a atuar no fomento e na execução direta das atividades de interesse público relacionadas no termo de parceria a ser celebrado com a Secretaria de Saúde do Distrito Federal;

b) Abster-se, na execução das suas atividades, de utilizar dependências físicas, veículos, equipamentos ou bens públicos da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, a fim de não se caracterizar intermediação ilegal de mão-de-obra;

c) Estabelecer critérios objetivos, morais, im pessoais e públicos para a seleção e contratação dos profissionais de saúde a fim de evitar as interferências políticas verificadas na contratação de pessoal pelo Instituto Candango de Solidariedade para a execução do Programa Saúde da Família; e

d) Prestar contas, regularmente, dos recursos públicos recebidos, devidamente utilizados em conta-corrente específica para o Programa Família Saudável.

O que realmente se espera é que a Fundação Zerbini consiga prestar serviços de qualidade na área de saúde para a população carente do Distrito Federal sem cometer irregularidades, aplicando de forma correta a verba orçamentária que lhe for destinada.

Por intermédio de consulta à página da Fundação Hospitalar do Distrito Federal, verifica-se que a Fundação Zerbini realizou um processo seletivo para a escolha de profissionais para trabalharem no Programa Família Saudável. O objetivo era selecionar profissionais das seguintes categorias profissionais: médico de família e comunidade, psiquiatra, enfermeiro, psicólogo, assistente social, auxiliar de enfermagem, agente comunitário de saúde, cirurgião-dentista, técnico de higiene dental e auxiliar de consultório dentário. O processo seletivo constou da realização de prova escrita (nos dias 18 e 19 de outubro de 2003) e da análise de currículo dos candidatos.

Também no *site* da Fundação Hospitalar do Distrito Federal, foi noticiado, no dia 6-2-2004, que, no dia 9 daquele mês, seria iniciado um curso para os profissionais de nível superior, selecionados e contratados pela Fundação Zerbini, para entenderem a proposta do Programa Família Saudável. Já no dia 12-3-2004, noticiou-se, naquele mesmo *site*, que, no dia 16-3-2004, o Governador e o Secretário de Saúde do Distrito Federal inaugurariam a primeira unidade do Programa Família Saudável Rural no Núcleo Rural PAD-DF, que fica na região do Paranoá.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio do Grupo-Tarefa, tem realizado auditorias na execução do Programa Família Saudável. E, infelizmente, já têm sido constatadas irregularidades também na execução do PFS.

Uma questão que o Tribunal de Contas do Distrito Federal deve enfrentar brevemente é se a Fundação Zerbini poderia ter sido contratada para a execução do PFS. Atente-se que não existe lei distrital que disponha sobre a possibilidade da aludida contratação. Além disso, não foi realizado qualquer procedimento licitatório para a seleção daquele que viria a ser contratado. Houve apenas a publicação no Diário Oficial do Distrito Federal de uma convocação dos possíveis interessados.

No processo seletivo realizado para a escolha dos profissionais a serem contratados para a execução do Programa Família Saudável, houve uma série de denúncias de irregularidades, tanto que o edital foi refeito e foi anulado o concurso para os agentes comunitários de saúde.

Auditoria realizada pelo Grupo-Tarefa já constatou uma série de objeções na execução do aludido termo de parceria. De outubro de 2003 a janeiro de 2004, a Fundação Zerbini percebeu quase dois milhões de reais. No entanto, o Programa Família Saudável só foi lançado oficialmente em 15 de março de 2004. A primeira prestação de contas só foi entregue no dia 9 de março de 2004, e, da análise superficial dela, já foram observados gastos diversos, em valores elevados, com passagens aéreas, hospedagens em hotéis e pagamentos a pessoas físicas e jurídicas.

Verificou-se que, em flagrante descumprimento ao termo de parceria, não foram providenciados, antes do início do repasse de verbas públicas para a Fundação Zerbini, o Plano de Aplicação de Recursos, os planos locais (por regional e para as equipes de saúde), a publicação do nome das pessoas que compõem a Comissão de Avaliação e a publicação do nome do executor do termo de parceria.

A publicação do extrato do Relatório de Execução Física e Financeira do Termo de Parceria e a publicação dos regulamentos da Fundação Zerbini só foram providenciadas em 2004 pela Secretaria de Saúde do DF após provocação do MPDFT, apesar do termo de parceria ter sido firmado em setembro de 2003.

Equipe de peritos designados pelo MPDFT, inspecionando os locais em que o PFS deveria estar sendo realizado, verificou que, após o seu lançamento oficial, o programa ainda não estava funcionando. A grande maioria das unidades de saúde que deveriam receber as equipes do PFS encontrava-se abandonada, fechada ou em reforma.

Sinceramente, espera-se que, na execução do Programa Família Saudável, por intermédio da Fundação Zerbini, sejam rapidamente sanadas as irregularidades que já estão sendo encontradas. Espera-se que a população do Distrito Federal passe a receber um atendimento na área de saúde condizente com a elevada quantidade de verba pública que é investida nessa área.

As repercussões e as providências tomadas diante da realidade encontrada na execução do Programa Saúde da Família foram bastante sérias. Mas, certamente, foram proporcionais à gravidade das ilegalidades e das irregularidades que cercaram a execução desse programa.

Responsabilidades ainda serão apuradas, de forma cuidadosa, em processos judiciais. O prejuízo que a população sofreu, porém, nunca será ressarcido em sua integralidade. A execução ruim de um programa ao qual foram destinadas elevadíssimas quantias em dinheiro acarretou um grande lapso temporal em que a população carente do Distrito Federal e do entorno ficou, na prática, sem a prestação satisfatória dos serviços de saúde. Nunca vai se saber em que proporção as irregularidades na execução do aludido contrato de gestão acarretaram a proliferação e o agravamento de doenças.

Os resultados da execução do Programa Saúde da Família do Distrito Federal servem de reflexão e de alerta. Deve-se ter em mente que a aplicação de verbas orçamentárias e a prestação de serviços públicos para a população exigem, de quem for realizar essas atividades, seriedade, conduta ílibada e, acima de tudo, responsabilidade e probidade.

Em verdade, questiona-se se o poder público e a sociedade brasileira estão preparados para a utilização do instrumento do contrato de gestão como uma forma de prestação de serviços públicos. A simples celebração desse tipo de contrato não resolve problemas de mau atendimento das necessidades da população. Para que seja um instrumento eficaz, para que se alcance a eficiência que justifica a sua existência, o contrato de gestão, ao ser executado, precisa estar acompanhado da efetiva fiscalização pelo poder público e pela população e, principalmente, da vontade dos contratantes de agirem dentro da legalidade.

A eficiência, que em última análise justificou toda a reforma da administração pública desencadeada no Brasil a partir de 1995, nunca será alcançada, seja por

intermédio de contratos de gestão celebrados com organizações sociais ou por qualquer outro instrumento enquanto conviver com a ilegalidade.

6. CONCLUSÃO

Os dois grandes problemas cuja análise se propôs para esta monografia foram a busca da conceituação do que vem a ser os contratos de gestão que podem ser celebrados pelo poder público com as organizações sociais, de acordo com o previsto na Lei n. 9.637/98, e a definição se esses contratos são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar as respostas aos dois problemas indicados, objetivou-se a análise da previsão legal dos aludidos contratos de gestão, conforme o estabelecido na Lei n. 9.637/98, examinando aspectos específicos desse contrato que foram distribuídos em cinco capítulos, utilizando-se a pesquisa bibliográfica e a análise de caso como procedimentos instrumentais.

O primeiro capítulo destinou-se ao exame do momento histórico e político no qual surgiram, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 9.637/98, que dispõe sobre as organizações sociais e a possibilidade de celebração com elas de contratos de gestão, e a Emenda Constitucional n. 19/98. Esses dois textos normativos foram identificados como um dos aspectos de realização da reforma gerencial de 1995 na sua dimensão institucional.

Verificou-se que o documento político que desencadeou toda a proposta de reforma da administração pública brasileira foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sob o comando do Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, durante o primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Alegava-se que o Estado não estava mais prestando serviços públicos para a população de forma satisfatória, sendo necessária a mudança do modelo de administração pública burocrática para a administração pública gerencial.

A administração pública gerencial baseia-se na idéia da necessidade de busca da eficiência, havendo controle por resultados e participação da população. No terceiro setor do Estado, responsável pela prestação de serviços não exclusivos do Estado, teria espaço, para a implementação da administração pública gerencial, a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como organizações sociais e a possibilidade de o poder público celebrar com elas contratos de gestão.

Tendo-se observado que os contratos de gestão são encontrados tanto no texto da Lei n. 9.637/98 quanto no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal e que em ambos são traçadas metas a serem alcançadas e é feito controle *a posteriori* por resultados, o segundo capítulo prestou-se à realização de análise doutrinária, de forma a traçar as diferenças entre essas duas figuras que, apesar de receberem a mesma denominação, não se confundem. Constatou-se que, em verdade, desde 1991, a União já teria celebrado contratos de gestão com fundamento no Decreto n. 137/91. Porém os contratos de gestão ganharam expressão, realmente, a partir da reforma gerencial de 1995.

Os contratos de gestão previstos na Lei n. 9.637/98 são os que podem ser celebrados pelo poder público com as organizações sociais. Essas são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que, possuindo determinados requisitos, recebem essa qualificação do Poder Executivo, devendo exercer atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Em celebrando contrato de gestão, o poder público fomentará a atividade que será exercida pela organização social por intermédio do repasse de verbas públicas e da cessão de bens e funcionários públicos. Visa-se à realização de um controle por resultados, com a participação da população destinatária dos serviços prestados. Há uma restrição da autonomia da organização social celebrante, que passa a ficar submetida a controle pelo poder público, uma vez que lhes são repassados verbas e bens públicos. Observou-se que a doutrina é divergente quanto à natureza desse contrato de gestão ao mesmo tempo em que aponta a existência de inconstitucionalidades na sua previsão legal.

Em sentido diverso, o artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, introduzido por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98, traz a previsão de o poder público poder celebrar contratos de gestão com administradores dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta, objetivando o aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira deles. Esse tipo de contrato de gestão é bastante criticado pela doutrina. Por um lado, aponta-se ser impossível a celebração de qualquer contrato com órgãos da administração direta porque eles não possuem personalidade jurídica. Por outro, a impossibilidade da celebração de contrato de gestão com entidades da administração pública indireta residiria na falta de lei regulamentadora da matéria e no fato de a autonomia dessas entidades estar definida em lei, não podendo ser alterada por intermédio de contrato.

Sendo comum a afirmação de que os contratos de gestão presentes no ordenamento jurídico brasileiro sofreram a influência dos contratos realizados

pelo poder público na França, o terceiro capítulo prestou-se ao estudo da influência dos institutos do Direito Administrativo francês no contrato de gestão brasileiro. Constatou-se que a França, assim como diversos outros países, vem buscando modernizar sua administração pública e o fez, principalmente, por intermédio de instrumentos de contratação entre a administração pública direta e a administração pública indireta, e entre a administração pública direta e as entidades privadas.

Os instrumentos de contratação entre a administração pública direta e a administração pública indireta na França podem ser divididos em três grandes grupos: procedimentos de contratação entre o Estado e as empresas estatais (objetivando a diminuição do controle tradicional de gestão do Estado sobre as empresas estatais e incluem os contratos de programa, os contratos de empresa, os contratos de plano e os contratos de objetivo), entre o governo central e as regiões (que estabelece uma parceria entre as duas partes contratantes para a realização de objetivos comuns) e entre o governo central e os centros de responsabilidade (visando a maior eficiência na atuação do Estado na prestação dos serviços públicos).

Já os instrumentos de contratação entre a administração pública direta e as entidades privadas são contratos atípicos que correspondem a formas de intervenção do Estado no domínio econômico ou de fomento à iniciativa privada.

Foi possível observar que, de fato, houve uma influência dos procedimentos de contratação adotados pela França nos contratos de gestão do ordenamento jurídico pátrio no que se refere ao aumento da autonomia das entidades da administração indireta (artigo 37, § 8º, da Constituição Federal), ao fomento à iniciativa privada para a busca de um resultado previamente estabelecido no contrato (contratos de gestão celebrados com organizações sociais) e à idéia de busca da eficiência nos serviços prestados.

O quarto capítulo deteve-se no exame dos argumentos acerca de inconstitucionalidades presentes na Lei n. 9.637/98, no que se refere ao contrato de gestão, e no artigo 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93. Esses argumentos são apresentados pela doutrina e fundamentaram o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.943-1 e n. 1.923-5 perante o Supremo Tribunal Federal. Nenhuma das duas ações diretas de inconstitucionalidade apontadas, no entanto, foi ainda julgada.

Especificamente no que se refere aos contratos de gestão previstos na Lei n. 9.637/98 e no disposto no artigo 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93, diversos são os argumentos quanto à inconstitucionalidade desses textos legais, dos quais alguns merecem destaque. Assim, a não-realização de licitação prévia à celebração

do contrato de gestão com organizações sociais e a cessão para elas de verbas orçamentárias e bens públicos ofenderiam os princípios constitucionais da isonomia, da obrigatoriedade da realização da licitação, da impessoalidade e da moralidade. Ainda, a cessão de servidores públicos para organizações sociais em virtude de contrato de gestão celebrado ofenderia dispositivos constitucionais segundo os quais servidores públicos precisam trabalhar dentro da administração pública. Já a gestão de pessoal das organizações sociais ofenderia os princípios constitucionais da legalidade e da obrigatoriedade da realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos. Por outro lado, transferindo para o terceiro setor a prestação de serviços públicos, o Estado estaria deixando de realizar deveres que lhe são expressamente atribuídos pela Constituição Federal.

Porém, até o Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a inconstitucionalidade ou não da Lei das Organizações Sociais, observa-se que vêm sendo celebrados contratos de gestão com pessoas jurídicas de direito privado que receberam essa qualificação, tanto no âmbito federal quanto no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Após a análise teórica do tema proposto, o quinto capítulo foi destinado ao estudo de caso referente ao contrato de gestão celebrado entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade, para a implantação, a implementação, a manutenção e o desenvolvimento das ações do Programa Saúde da Família do Distrito Federal.

No quinto capítulo, inicialmente, foi feita uma breve análise da legislação do Distrito Federal que regulamenta a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como organizações sociais. Percebeu-se que, apesar da sucessão de diplomas legislativos a respeito dessa matéria, desde 1998 tornaram-se possíveis, no âmbito do Distrito Federal, a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social e a celebração com ela de contrato de gestão.

Seguiu-se a análise do Instituto Candango de Solidariedade no que se refere às disposições de seu estatuto social. Observou-se que o ICS recebeu a qualificação de organização social, pelo Governo do Distrito Federal, desde 1998 e logo começou a celebrar contratos de gestão para a prestação de serviços nas mais diversas áreas. A atuação ampla do ICS, no entanto, veio acompanhada de diversas irregularidades e, conseqüentemente, de inúmeras demandas judiciais, chegando-se ao ponto de a Promotoria de Fundações do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizar ação de dissolução desse instituto.

Especificamente no que se refere ao Programa Saúde da Família, observou-se que a sua implantação era objeto do Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF,

celebrado, em 8 de abril de 1999, pelo Distrito Federal, representado pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, Fundação Hospitalar do Distrito Federal, com o Instituto Candango de Solidariedade.

Com duração inicial de cinco anos, o aludido contrato de gestão recebeu dois termos aditivos. Propunha o desenvolvimento de um sistema de assistência à saúde para a população carente do Distrito Federal e entorno pela atuação de equipes compostas por profissionais de saúde nas áreas de residência das pessoas. Para a execução desse contrato de gestão, foram destinadas verbas orçamentárias, cedidos bens públicos e contratados profissionais que teriam vínculo empregatício com o ICS.

No entanto, diante da crítica situação da saúde pública no Distrito Federal, o Ministro de Estado da Saúde instituiu, por intermédio da Portaria n. 145/2002, um Grupo de Trabalho formado por representantes do poder público para a realização de ampla auditoria na Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Foi constatado, pelo Grupo-Tarefa, o descumprimento do contrato de gestão tanto por parte da Secretaria de Saúde do Distrito Federal quanto por parte do ICS. Foram encontradas irregularidades no próprio contrato de gestão e, principalmente, na sua forma de execução. Destarte, as verbas orçamentárias destinadas para a execução do Programa Saúde da Família não eram movimentadas em conta-corrente específica para o programa, e o controle por resultados, diante da omissão das partes contratantes, não era efetivamente realizado. O ICS não dava efetiva publicidade a seus atos, realizava uma seleção de pessoal em total desacordo com os princípios da moralidade e da impessoalidade, não controlava o pagamento de salários e utilizava pessoal contratado para trabalhar no PSF para desempenhar funções junto aos hospitais do Distrito Federal. Apesar do elevado valor de verba pública repassada para o aludido programa, verificaram-se, na prática, equipes de saúde incompletas, locais de trabalho sem estrutura adequada e falta de medicamentos, insumos e equipamentos.

Diante das irregularidades encontradas, diversas foram as providências adotadas pelo Grupo-Tarefa. Dentre elas destaca-se o ajuizamento de ação civil pública e de improbidade administrativa pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que foi distribuída para a Terceira Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. São réus da aludida ação: o Secretário de Saúde do Distrito Federal, a Coordenadora do Programa Saúde da Família, o Subsecretário de Atenção à Saúde da Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal, o executor do Contrato de Gestão n. 63/99, o Presidente do Instituto Candango de Solidariedade, dois Conselheiros e dois ex-Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Verificou-se que o Contrato de Gestão n. 63/99-PJ-FHDF não foi bem sucedido. Foi denunciado e, a partir de 2003, a Secretaria de Saúde do Distrito Federal assinou um termo de parceria com a Fundação Zerbini para a implantação do Programa Família Saudável, que, em sua proposta, em muito se assemelha ao PSF.

O Grupo-Tarefa remeteu nota técnica para a Fundação Zerbini, indicando as irregularidades observadas na execução do Programa Saúde da Família e alertando aquela fundação para que não as cometesse. Mas, infelizmente, de acordo com auditorias realizadas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, já estão sendo encontradas irregularidades também na execução do Programa Família Saudável.

Pela distribuição dos assuntos nos cinco capítulos que compõem esta monografia, buscou-se alcançar o objetivo proposto de realizar a análise da previsão legal dos contratos de gestão celebrados pelo poder público com as organizações sociais diante dos enfoques teórico e prático que envolvem o instituto.

Observou-se, assim, que os contratos de gestão, juntamente com as organizações sociais, são propostas para se modernizar a prestação de serviços públicos para a população. Ao mesmo tempo, constatou-se que a execução desses contratos de gestão pode vir acompanhada de diversas irregularidades, o que acaba por afastar completamente qualquer justificativa para a existência desse instituto.

O grande perigo dos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais está no risco que a execução deles traz de, na prática, o repasse de verbas públicas para essas pessoas jurídicas de direito privado não corresponder à real satisfação das necessidades da população.

Simple contratações feitas pelo poder público não eximem o Estado da prestação de seus deveres constitucionais perante a população. Os contratos de gestão celebrados pelo poder público com as organizações sociais parecem ter trazido mais problemas do que soluções, pois são mais relacionados com inconstitucionalidades e com irregularidades do que com prestações eficientes de serviços públicos.

A análise crítica dos contratos de gestão celebrados pelo poder público com as organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro mostra-se necessária. É certo que o assunto objeto desta monografia ainda merece muito estudo, mas que este trabalho sirva, ao menos, como uma contribuição para aqueles que se propuserem a refletir a respeito do tema.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Rubens A. *O desafio gerencial do Estado*. Disponível em: <http://www.fmb.unesp.br/rh/gtdrh/desafio_gerencial.htm>. Acesso em: 8-1-2004.
- BORNHOLDT, Rodrigo. *Contributo para a definição do regime jurídico aplicável aos contratos de gestão pactuados com as organizações sociais*. [s.d]. Disponível em: <http://www.pgpe.planejamento.gov.br/texto1_os.htm>. Acesso em: 2-2-2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 33. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004. 386 p.
- _____. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 23-2-2004.
- _____. Decreto n. 137, de 27 de maio de 1991. Institui o Programa de Gestão das Empresas Estatais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 23-2-2004.
- _____. Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 26-3-2003.
- _____. Decreto n. 3.735, de 24 de janeiro de 2001. Estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 23-2-2004.
- _____. Decreto n. 73.190, de 22 de novembro de 1973. Declara de utilidade pública as instituições que menciona. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 5-3-2004.
- _____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 2-3-2004.
- _____. Lei n. 8.246, de 22 de outubro de 1991. Autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Associação Pioneiras Sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 23-2-2004.
- _____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de

mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 15-3-2004.

_____. Lei n. 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 das entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 26-3-2003.

_____. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/legbras>>. Acesso em: 26-3-2003.

_____. *Licitações e contratos da administração pública*. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto *et al.* 8. ed. atual. aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001. 321 p.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, 34(4), jul./2000. Disponível em: <<http://bressserpereira.org.br/papers/ADM/81RefGerenc1995-INA.pdf>>. Acesso em: 8-1-2004.

_____. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO; WILHEIN; SACHS (Orgs.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. pp. 222-259. Disponível em: <http://bressserpereira.org.br/papers/EB_PB/73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>. Acesso em: 8-1-2004.

_____. Reforma da gestão pública de 95: resposta ao capitalismo global e à democracia. In: *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*. Brasília: MP/Seges, 2002. Publicado com o título *Uma resposta estratégica aos desafios do capitalismo global e da democracia*. Disponível em: <http://bressserpereira.org.br/ver_file.asp?id=914#>. Acesso em: 8-1-2004.

_____. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, 50(4), 1999. Disponível em: <<http://bressserpereira.org.br/papers/bio93rsp.pdf>>. Acesso em: 8-1-2004.

CARVALHO, Raquel. *Contrato de gestão e organização social*. 2003a. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>. Acesso em: 10-7-2003.

_____. *Figuras jurídicas introduzidas pela reforma administrativa*. 2003b. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>. Acesso em: 10-7-2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002b. 727 p.

- _____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2002a. 395 p.
- DISTRITO FEDERAL. Lei n. 2.177, de 30 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/scriptsasp/TA_52.asp>. Acesso em: 22-10-2003.
- _____. Lei n. 2.401, de 15 de junho de 1999. Aplica no âmbito do Distrito Federal o disposto na Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/scriptsasp/TA_52.asp>. Acesso em: 22-10-2003.
- _____. Lei n. 2.415, de 6 de julho de 1999. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/scriptsasp/TA_52.asp>. Acesso em: 22-10-2003.
- _____. Lei n. 2.523, de 13 de janeiro de 2000. Altera a Lei n. 2.415, de 6 de julho de 1999, que trata da qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/scriptsasp/TA_52.asp>. Acesso em: 22-10-2003.
- _____. Lei n. 2.534, de 17 de março de 2000. Autoriza o Governador do Distrito Federal a assumir o passivo trabalhista decorrente de convênios e contratos firmados com o ICS – Instituto Candango de Solidariedade. Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/>>. Acesso em: 8-3-2004.
- ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Centro de Documentação, Informação e Difusão Graciliano Ramos. *O contrato de gestão no serviço público*. Brasília: Enap, 1993. 132 p.
- FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor*. Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, Universidade de São Paulo, [s.d]. Disponível em: <<http://www.idc.org.uy/mercosur/informes/2000/falconer3.html>>. Acesso em: 8-1-2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2003. 662 p.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001. 869 p.
- GONÇALVES, Wagner. *Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública*. 1998. Disponível em: <<http://www.unb.br/ceam/nesp/polrhs/Temas/jurista3.htm>>. Acesso em: 23-2-2004.
- MACHADO, Geraldo. *Desafios à gestão por resultados no Brasil: entrevista*. jun. /2002. Assessoria de Comunicação da Fundação Luís Eduardo Magalhães.

- Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/ENTREVISTA_GM.ASP>. Acesso em: 8-1-2004.
- MAIA, Zélio. *O contrato de gestão e a Administração Pública*. 2001b. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br/opinião>>. Acesso em: 10-7-2003.
- _____. *Organizações sociais : o terceiro setor e a modernização dos serviços públicos*. 2001a. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br/opinião>>. Acesso em: 8-1-2004.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 463 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2003. 792 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. refundida ampl. atual. até a Emenda Constitucional 39, de 19-12-2002. São Paulo: Malheiros, 2003. 936 p.
- MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. [s.d]. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DA/notas.htm>. Acesso em: 2-2-2004.
- _____. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. [s.d]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=473&p=2>>. Acesso em: 8-1-2004.
- _____. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. [s.d]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=474&p=2>>. Acesso em: 8-1-2004.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. (org.). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 368 p.
- _____. *Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*. 2. ed. rev. amp. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. 384 p.
- PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 20-3-2003.
- SANTOS, Luiz Alberto dos. *Critérios para a definição de atividades exclusivas de Estado e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Anesp – Diretoria de Estudos e Pesquisas. [s.d]. Disponível em: <<http://www.anesp.org.br/publico/setores/000/22/textos/95/ctip.pdf>>. Acesso em: 8-1-2004.
- _____. *O programa de publicização e as organizações sociais*. Nota técnica, Liderança dos Partidos dos Trabalhadores, Assessoria da Bancada. 1998b.

- Disponível em: <<http://www.pt.org.br/assessor/oston.htm>>. Acesso em: 8-1-2004.
- _____. *Reforma administrativa: efeitos imediatos e alternativas para sua efetivação*. 1998a. Disponível em: <<http://www.anesp.org.br/publico/setores/000/22/textos/95/refton.htm>>. Acesso em: 8-1-2004.
- SECRETARIA DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO DISTRITO FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <<http://www.fhdf.gov.br/>>. Acesso em: 15-3-2004.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PROCESSOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos/adi/default.asp>>. Acesso em: 24-2-2004.
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *Organizações sociais (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998)*. [s.d]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=472>>. Acesso em: 8-1-2004.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - PROCESSOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 15-3-2004.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - PROCESSOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/sabd/ConsNrProcesso.php>>. Acesso em: 15-3-2004.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS - PROCESSOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 9-3-2004.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO - PROCESSOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.trt10.gov.br/judiciaria/jurisprudencia.principal>>. Acesso em: 9-3-2004.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO - PROCESSOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www2.trf1.gov.br/processos/processosSecaoOra/ConsProcSecaoPes.php?SECAO=DF>>. Acesso em: 15-3-2004.