® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

(Artigos) contrato de gestão na administração pública - uma visão crítica sobre o instituto

Carolina Torres de Melo Cavalcante *

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, cada vez mais o Estado Brasileiro vem buscando novas formas de Administração Pública, saindo do então modelo vigente, que consiste em grande concentração de atividades realizadas pelo Poder Público, que já há muito tempo vem trazendo sinais de sua grande ineficácia, para um modelo denominado como administração gerencial (ALEXANDRINO; PAULO, 2002, p. 62), cujo objetivo é tentar reduzir ao máximo a atividade administrativa, concentrando-se apenas nas atividades em que não se admite delegação, as denominadas competências exclusivas do Estado, uma tentativa de dar uma maior eficiência aos serviços públicos tidos como essenciais.

Diante desse novo contexto, nasce o Princípio da Eficiência. Não mais se aceita que o serviço seja prestado pelo Estado, apenas pelo simples fato de que a legislação o obriga a realizá-lo, mas que tais serviços sejam realizados dentro dos parâmetros idealizados, alcançando os melhores resultados (DI PIETRO, 2002, p.83).

O iminente princípio, portanto, a partir da década de 90, já vinha sendo encontrado dentre inúmeros julgados, sem que houvesse uma tipificação expressa acerca do tema, sendo aplicado como um princípio constitucionalmente implícito.

Com o advento da Lei 9784/99 foi que a eficiência ingressou expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, com a Emenda Constitucional 19/98, adquiriu status constitucional, incorporando-se ao texto da Carta Magna de 1988, em especial no art. 37, caput, intitulado como um dos princípios constitucionais que são de observância obrigatória pela Administração Pública.

Somando-se a constitucionalização desse princípio, o legislador constituinte derivado reformador trouxe mecanismos de viabilização de uma reforma estrutural no Estado Brasileiro, com a abolição do regime jurídico único, o estabelecimento de um teto constitucional para a remuneração dos servidores, a reestruturação de algumas carreiras denominadas como típicas de Estado, o contrato de gestão, termo de parceria, dentre outros.

Nesse contexto, é que analisaremos o contrato de gestão, com as variadas possibilidades de sua utilização pelo Poder Público com os órgãos, Administração Indireta, Agências Executivas e as Organizações Sociais.

Ao final, faremos uma análise crítica acerca do instituto, contrapondo-se com o desvirtuamento da entidade.

1 CONCEITUAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

A primeira utilização do termo contrato de gestão em nosso ordenamento jurídico ocorreu com Decreto 137 de 21.5.91. Mas, a primeira vez que apareceu numa legislação formal foi na Lei 8246 de 22.10.91.

Vários autores apresentaram uma conceituação acerca do tema. Dentre elas destacamos a de Hely Lopes Meirelles (2001, p.252), que entende que o contrato de gestão é:

Um elemento estratégico para a reforma do aparelho administrativo [...] cuja finalidade básica é possibilitar à Administração Superior a fixação de metas e prazos para a execução

a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração Indireta, a fim de permitir melhor controle de resultado.

O contrato de gestão, apesar de ter sido denominado na legislação como contrato, não possui as características intrínsecas da teoria geral do contrato, já que apenas instrumentaliza parcerias com o contratado, constituindo, na verdade, um autêntico acordo operacional (ROSA, 2003, p.120), convênio (JUSTEN FILHO, 2006, p. 140) , não submetendo a parte aos interesses da outra. Ao contrário, almejam interesses comuns, apenas separando as partes em prestações diversas, tendo de um lado a obrigação do cumprimento de metas e programas estipulados neles, e na outra, em contrapartida o poder público concederá benefícios estatais, podendo constituir recursos públicos.

São classificados como falsos contratos, se analisados dentro de um contexto de legislação brasileira. Na realidade, tal denominação teve como base o direito administrativo francês (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 210), cuja legislação o classificou como contrato. O legislador brasileiro, utilizando-se dessa prática rotineira, buscou na legislação estrangeira um instituto que produzira efeitos positivos para aquela sociedade, mas sem adaptá-lo a nossa realidade, a nossa legislação vigente.

Nos contratos brasileiros, as partes guardam posição de igualdade entre si, elegendo objetivos e resultados que possam ser alcançados. Dificilmente, uma das partes se submeteria a um contrato de gestão que estipulasse cláusulas extremamente onerosas, bem como impossíveis de serem alcançadas ou prestadas. Se ainda assim o fizessem, poderiam pleitear a anulação do contrato em âmbito administrativo ou judicial, já que seriam considerados contratos juridicamente impossíveis, nulos de pleno direito (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.210). Não sendo isso que encontramos nos contratos de gestão.

Somando-se a esse pensamento, Diogo de Figueiredo de Moreira Neto (2006, p. 435) também entende que se trata de um "acordo de programa" - celebrado entre vários entes públicos e privados, sendo ao menos um deles ente público e sob a coordenação deste para executar serviço público de interesse comum. Abre-se um campo de negociação políticas

em todas as unidades políticas (p.38), "atos complexos de cooperação e de colaboração" (p.189), "pacto não contratual" (p.277). Ainda acrescentou que:

Como se observa, a denominação contrato de gestão não é feliz, pois não existem prestações recíprocas ajustadas entre as partes acordantes nem, tampouco, interesses antagônicos a serem compostos, que possam caracterizar o instituto contratual.

Há, nitidamente, um pacto: um simples acordo de vontades concorrentes, em que se programam atuações específicas e exercícios de competência legalmente flexibilizados, que visam ao atingimento de resultados de interesses comum dos pactuantes (MOREIRA NETO, 2006, p. 191).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.210) critica essa terminologia de contrato de gestão nas organizações sociais mencionando que, trata-se de um erro grasso, face os conceitos de contrato na legislação brasileira. In verbis:

A definição em apreço, de um lado é lamentável do ponto de vista técnico, pois começa por qualificar tal contrato como um "instrumento". Ora, qualquer pessoa com rudimentos de Direito sabe que contrato não é instrumento no qual está vertido. Este último é apenas o meio por via do qual se externa o contrato. De outro, é altamente imprecisa, pois não esclarece o que deverá ser entendido por "parceria", expressão extremamente vaga e que serve para abranger quaisquer formas de colaboração entre o Poder Público e terceiro na realização de algum empreendimento. Esclarece-se apenas que o objeto de tal contrato com as organizações sociais diz respeito às atividades indicadas (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente).

Apesar de possuírem uma natureza consensual (JUSTEN FILHO, 2006, p. 483), não se trata de um acordo de vontades que possa constituir obrigações e deveres diversos daqueles admitidos dentro do rol de suas competências disciplinadas constitucionalmente, mesmo que haja anuência entre as partes contratantes.

Faremos uma rápida diferenciação acerca dos contratos de gestão realizados pelas entidades da Administração Indireta e os das Organizações Sociais. Nos primeiros, quando realizados, seu objetivo é a da ampliação da autonomia das Agências Executivas, por outro lado, os das organizações sociais a tendência é a restrição dessa autonomia, já que terão que submeter a um rol de requisitos para receber tal denominação do Poder Público(DI PIETRO, 2002, p. 291).

Com o fazimento desses contratos, de um lado a parte receberá uma maior autonomia em suas atividades administrativas, como as gerenciais, orçamentárias, por exemplo, fazendo com que possuam uma maior eficiência em seus serviços, e doutro em contrapartida, deverão se submeter a um rígido controle estatal, para que possam fazer jus a tais benefícios.

Tipificando esse raciocínio, o art. 37§8º. da Constituição Federal de 1988, sintetiza:

Art.37-A Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§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 órgão ou entidade, cabendo a lei dispor sobre:

I- o prazo de duração do contrato;

II-os controles e critérios de avaliação e desempenho, direitos, e obrigações e responsabilidade dos dirigentes.

III- a remuneração do pessoal.

Assim, todos os contratos de gestão deverão conter os requisitos acima mencionados.

Vale ressaltar, que tais contratos não possuirão partes, sob o conceito jurídico processual, uma vez que não possuirão interesses contraditórios, mas apenas interessados, porque coincidem na busca simultânea do interesse público.

Outra característica importante deste tipo de contrato diz respeito ao prazo de validade que é determinado. Serão submetidos a periódicos controles, para ser verificado se a parte signatária desse contrato está realmente cumprindo as metas outrora propostas. Caso nessa fiscalização seja observado que tais preceitos estam sendo descumpridos, os contratos de gestão não serão renovados, sob pena de responsabilização da parte inadimplente.

Dentre os primeiros contratos celebrados, sob essa configuraração, destacamos os realizados pela Companhia do Vale do Rio Doce (antes da privatização), a Petróleo Brasileiro S/A.- Petrobrás e com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (DI PIETRO, 2002, p.289).

Com o advento da inserção dos contratos de gestão da legislação pátria, a Lei nº.11.107/05, alterou o artigo 24, parágrafo único, da Lei 8666/93, a Lei das Licitações Públicas, trazendo uma modificação nos percentuais de dispensa de licitação para os contratos celebrados pelas Agências Executivas com esse objetivo, senão vejamos:

Art. 24-É dispensável a licitação:

Parágrafo único: Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20%(vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Então, para Diogo Figueiredo Moreira Neto (2006, p.191 e 192), existem dois agrupamentos de contrato de gestão no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira, que encontramos no art. 37§8º. da Constituição Federal e a segunda, de cunho infraconstitucional que encontramos na Lei nº. 9637/98 e na lei nº. 9790/99[1] .

Definir qual o regime jurídico a ser aplicado ao contrato de gestão, é necessário que anteriormente se saiba a qual será a sua destinação, já a Constituição Federal possibilitou a existência de dois regimes.

Resolvendo essa celeuma, Marçal Justen Filho (2006, p. 140 e 141) sintetizou:

Em alguns casos, a Constituição prevê que será aplicado o regime de direito público quando a atividade for desenvolvida pelo Estado. E o regime será de direito privado quando o particular a elas se dedicar. [...]

Mas, no caso concreto, a expressão "contrato de gestão" pode comportar figuras jurídicas, da mais diversa natureza. Caberá examinar a situação concreta para atingir uma conclusão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação pactuada.

Não nos resta dúvida no que diz respeito à responsabilização do administrador que tiver descumprido o contrato de gestão, praticando um ato de ilegalidade. Mas nem sempre a ilegalidade ocorrerá por isso. É corriqueiro que, no momento em que partidos de oposição assumem a cadeira de Chefe do Executivo, tendem a selecionar como plano de governo metas diametralmente opostas aquelas outrora selecionadas. Coincidentemente ou não, é certo que o entendimento na condução dos planos de governo poderá ser alterado, ou até mesmo que o conceito de interesse público, por ser um conceito abstrato, poderá ser mutável ao longo dos tempos.

Assim, quando isso ocorre, não há que se falar em punição do administrador que descumpre o contrato de gestão por ter ocorrido mudanças nas prioridades nos planos de governo, quando outra gestão assume o Governo; no entendimento do conceito de interesse público,

desde que isso seja precedido da chancela do Chefe do Poder Executivo; nova interpretação de lei pelos tribunais, ou lei posterior, que se contrapõem ao que havia sido estipulado no contrato de gestão.

Errôneo, portanto, simplificar que sempre haverá a responsabilização do administrador público ou do particular pelo mero descumprimento do contrato de gestão.

Em suma, independentemente em que agrupamento o contrato de gestão se insira, uma realizado por órgãos, Administração Indireta, através das Agências Executivas, ou pelas entidades paraestatais, as denominadas Organizações Sociais; o certo é que quando estiverem na gestão dos interesses da sociedade, constitucionalmente cometidos a seus cuidados, tanto na gerência de seus próprios interesses, referidos a seu pessoal, bens e serviços, o Estado age sempre absolutamente vinculado ao que está definido em lei como interesse público (JUSTEN FILHO 2006, p. 557).

A seguir, passaremos a analisar individualmente cada uma dessas hipóteses.

2 CONTRATO DE GESTÃO E OS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Conforme vimos anteriormente, no art. 37, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, o legislador admitiu a possibilidade de que órgãos públicos pudessem celebrar contratos de gestão, independentemente se estivessem sendo realizados pela Administração Direta ou Indireta.

O nosso Direito Administrativo adotou a teoria do órgão, que significa dizer que a vontade da pessoa jurídica deverá ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos compostos por agentes (BANDEIRA DE MELLO apud CARVALHO FILHO, 2005, p.7).

Órgãos, para Hely Lopes Meirelles (2001, p.64), são o próprio Estado compartimentado em centros de competência, destinados ao melhor desempenho das funções estatais. Por sua

vez, "a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração".

Com isso, como órgãos são parcelas da pessoa jurídica que o compõem, e somente a pessoa jurídica é quem possue capacidade para realização de contratos, que no caso seriam os entes federativos, conclui-se que os contratos de gestão quando celebrados por órgãos terão natureza de ajuste de vontade, "contrato de gerenciamento" (CARVALHO FILHO, 2005, p. 351). Até mesmo como uma forma de tentar agrupar as regras gerais dos contratos com o que vem disposto na Constituição Federal.

Eles possibilitarão um melhor desempenho nas atividades administrativas, de forma mais eficiente, dando, até certo ponto, um pouco mais de autonomia administrativa, sem que se esbarre nos entraves burocráticos. Mesmo porque a escolha de como tais atividades, já que a escolha de como serão prestadas é de competência do Poder Público, baseado na discricionariedade, mas delimitados pelos preceitos legais. Motivo este em que se admite o fazimento dos contratos de gestão.

A Administração Pública poderá ser disposta de forma concentrada ou desconcentrada. Uma vez optando pela desconcentração, os serviços públicos serão prestados através de órgãos, não significando, em contrapartida, que não são realizados pela Administração Pública diretamente. A titularidade de tais serviços ainda continuará a pertencer à Administração Pública Direta.

Dessa maneira, não se admite a possibilidade dos órgãos públicos realizarem contratos de gestão, porque não possuem capacidade, competência, personalidade jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 217) para realizá-los, tendo em vista a competência ser dos entes federativos a que pertencem, ou seja, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Feliz comparação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.216 e 217), in verbis:

Em comparação livre, pode-se dizer que, assim como braços e pernas de uma pessoa são partes que dela não se distinguem, do mesmo modo, os vários órgãos do Estado – ao contrário das entidades da Administração Indireta, que se constituem em pessoas auxiliares do Estado - também dele não se distinguem. Assim como seria uma hipótese absurda a suposição de um contrato travado entre a cabeça de uma pessoa biológica com o pé desta pessoa (para que desse pontapés em algo), ou um contrato entre dedos de suas mãos (para que entrelaçassem), também seria equivalente absurdo imaginar-se órgãos de uma mesma pessoa travando contratos com outros. É esta idéia teratológica, cujo nível de tolice parece nunca ter sido igualado, que os responsáveis pela provação do "Emendão" imaginarem estar introduzindo, sem se darem conta de sua impossibilidade lógica, o que bem demonstra o despreparo dos que mais diretamente hajam concorrido para isto e a falta de atenção dos que aprovaram, pois é certo que no Congresso existem parlamentares de altíssimo nível. E não poucos.

Também nem se faria necessária, vez que a própria Administração no momento em que estivessem escolhendo seus administradores, cujos cargos, geralmente, são em comissão ou função de confiança, poderiam ser condicionados à sua permanência ao cumprimento de tais objetivos (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 211), sob pena de exoneração. Dessa maneira, não haveria necessidade da realização do contrato gestão, se o controle hierárquico poderá ser utilizado.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2002, p. 290) sintetizou esse pensamento, in verbis:

Como os órgãos da Administração Direta não são dotados de personalidade jurídica própria, mas atuam em nome da pessoa jurídica em que estão integrados, os dois signatários do ajuste estarão representando exatamente a mesma pessoa jurídica. E não se pode admitir que essa mesma pessoa tenha interesses contrapostos defendidos por órgãos diversos. Por isso mesmo, esses contratos correspondem, na realidade, quando muito, a termo de compromissos assumidos por dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas. Além disso, correspondem àquelas que estão obrigadas a cumprir por força da própria lei que definem as atribuições do órgão público; a outorga de

maior autonomia é um incentivo ou um instrumento que facilita a consecução das metas legais.

Admitindo-se tal possibilidade haveria um retorno à teoria do mandato, não mais admitida no Brasil, cujos órgãos eram detentores de poder, concedendo aos agentes públicos poderes para representá-los.

Na verdade, os órgãos são totalmente cerceados de poderes. Quem tem competência para celebração de contratos são os detentores de capacidade, que no caso em tela, não são os órgãos, mas os entes federativos, onde se subordinam os órgãos.

Vale destacar que esse raciocínio é aplicável tanto para os contratos de gestão celebrados por órgãos da Administração Direta como na Indireta, já que esta última também poderá ser estruturada sob a forma desconcentrada.

Mesmo que se houvesse concordância acerca da constitucionalidade desses contratos de gestão, ainda assim haveria a submissão aos preceitos legais então existentes. Ressaltou Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 211) que a única possibilidade do fazimento desses tipos de contratos é para os atos administrativos de nível secundário. Vejamos:

É evidente que, de outra parte, que nem por ato unilateral da Administração, nem por contrato, poderiam ser modificadas disposições de lei. Assim, por óbvio, só se está cogitando de alterações ou providências suscetíveis de serem tomadas a nível subalterno, isto é, sublegal, meramente administrativas.

Entendemos, então, na impossibilidade dos órgãos públicos poderem realizar contratos de gestão, em primeiro lugar por lhes faltarem competência e em segundo, porque como existe o poder hierárquico que rege a Administração Pública Desconcentrada, ele se faz desnecessário, já que é admissível que a própria Administração lhe impute tal ônus de forma direta, não sendo desnecessário que a imposição de metas seja praticada por instrumentos formais.

3 CONTRATO DE GESTÃO E AS AGÊNCIAS EXECUTIVAS

Quando as Agências Executivas ingressaram em nosso ordenamento jurídico, alguns doutrinadores entendiam que se tratava de uma nova espécie de Administração Indireta. Mas, na verdade, é uma forma especializada de Autarquia ou Fundações de Direito Público, que prestam serviços públicos específicos, sob a égide de algum fomento público.

A Lei no. 9649/98 em seu art. 51 tipificou a Agência Executiva como sendo:

Art.51- O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I. Ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II. ter celebrado um contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor.

§1º. A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§2º. O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específica para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento de objetivos e metas definidos no Contrato de Gestão.

Dessa maneira, haverá a possibilidade dos administradores realizarem contratos de gestão, cujo objetivo é viabilizar que autarquias ou fundações públicas coloquem em prática o princípio da eficiência, obedecendo a metas, diretrizes a serem cumpridas, por um prazo não inferior a um ano, amparada no interesse público. Em contra partida, sofrerão uma fiscalização de observância de tais metas, vinculação contratual à Administração (ROSA, 2003, p. 120).

Não serão os contratos de gestão, então realizado, que concederão os benefícios, vantagens a essas autarquias e fundações públicas especiais. Ele nada mais é do que "um fato jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei"(MEIRELLES, 2001, p. 339).

Por mais boa vontade que tenha tido o legislador, ainda assim será um nada jurídico, porque os parâmetros mínimos de liberdade que poderão ser concedidos às organizações sociais já foram delimitados em lei, face o princípio constitucional da legalidade. O que faz apenas é dar ênfase do que já havia sido disposto, gerando um protocolo de intenções.

Outro ponto que merece análise é o de que o Ministério Supervisor também não deveria realizar contratos de gestão, porque a ele lhe falta competência para tanto. Também são órgãos administrativos. Aplica-se o mesmo raciocínio do item anterior. Cabe ao Ministério Supervisor, como o próprio nome diz supervisionará as metas estipuladas, observar se elas estam sendo cumpridas. Se diante da observância do seu descumprimento, através de atos ilegais ou inválidos, o próprio poder público poderá anulado ou invalidado, restituindo à situação anterior. Não será necessário se socorrer de um contrato de gestão para obrigar que agências executivas cumpram programas e diretrizes estipuladas em planos de governo, já que o próprio poder público possui mecanismos para obrigá-las a cumprir, inclusive condicionando a permanência dos diretores gerais ao alcances delas, uma vez que a maior parte de tratam de cargos em comissão ou função de confiança.

4 CONTRATO DE GESTÃO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As entidades paraestatais, conforme o próprio nome diz, entendem-se como sendo aquelas entidades que atuam ao lado do Estado, sem que façam parte de sua estrutura organizacional. São entidades privadas que prestam serviços para o Poder Público, através de delegações, tendo em contrapartida fomento estatal.

A gênese das organizações sociais ocorreu com um Plano Diretor da Reforma do aparelho estatal, que foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião de 21-9-1995 (DI PIETRO, 2002, p. 419).

Assim, imbuído nesse contexto histórico, nasce a Lei 9637/98, disciplinando a conceituação das Organizações Sociais:

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

A Organização Social que detiver um desses objetivos poderá celebrar um contrato de gestão com a Administração Pública, desde que observados os requisitos necessários dispostos no art. 2º. da mesma lei. Apresentando todos os requisitos, serão submetidos a uma posterior aprovação, que agora basear-se-á na conveniência e oportunidade do interesse público, devendo ser assinado pelo Ministro ou titular supervisor da sua área correspondente.

Deve considerar que, tais entidades sociais ao recebem a delegação do serviço público não poderão ter como objetivo primordial o lucro, já que isso poderá ocasionar uma futura desclassificação. Isso não significa, em contra partida, que a atividade prestada não possa gerar lucros. Marçal Justen Filho (2006, p.) sintetiza, in verbis:

O contrato de gestão pode gerar uma delegação de serviço público, entendida a expressão em sentido amplo. Mas organização social nunca pode ser assemelhada a uma concessionária de serviço público, que atua buscando o lucro. A organização social não visa o lucro, ainda que possa obtê-lo como decorrência de sua eficiência.

Algumas observações se fazem necessárias.

É incorreto afirmar que todas as pessoas jurídicas que realizam atividades delegadas possam ser consideradas como Organizações Sociais. Somente aquelas que preenchem os requisitos legais, bem como assinam contrato de gestão é que poderão ser assim denominadas.

Muitas pessoas jurídicas não precisam nascer com essa qualificação específica. Mas uma vez que optem por essa denominação, deverão celebrar contrato de gestão, estipulando qual será seu cronograma de atividades, seu objeto, bem como seus programas de metas a serem alcançados. Todos serão submetidos a um controle rígido, fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União[2] . Os bens ser-lhe-ão transferidos mediante permissão de uso e os recursos serão liberados de acordo com o cronograma de desembolso estabelecidos no mencionado contrato (MEIRELLES, 2001, p.356).

Provavelmente houve um equívoco do legislador quando do fazimento de algumas leis que dispensam a licitação para a seleção das entidades que celebrarão contrato de gestão, em especial art. 12 §3º. da Lei 9637/98.

Art.12- As organizações podem destinar recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

[...]

§3º. Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada a licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Admitir a dispensa de licitação nessas condições é um retrocesso ao Estado Democrático de Direito. As pessoas jurídicas que querem participar da concessão, de permissão de uso de bem deverão se submetidos a um processo licitatório, apresentando a comprovação de sua qualificação econômico-financeira para poderem ser habilitados, devendo em alguns casos, ainda ter que prestarem garantias, como exigência condicionante a assinatura dos contratos

administrativos. Enquanto outros, diferentemente, são dispensados de licitação, e ainda, exonerados da apresentação de sua situação financeira. Sendo, com isso, beneficiados duas vezes.

Não se pode esquecer que, estamos nos referindo às entidades privadas e que vivemos num Estado Democrático de Direito. Não é correto que cerceemos outras entidades privadas, que tenham sido constituídas para tais fins, previstos na lei 9637/98, e não possam disputar em igualdade de condições esses mesmos recursos públicos, ferindo concretamente o princípio da isonomia.

A não submissão ao processo licitatório abre uma grande possibilidade de que entidades sejam constituídas com fachadas sociais, cujo objetivo real é desvio de verbas públicas. Não se quer dizer com isso que, não ocorram desvios quando há o processo licitatório, mas como a fiscalização do cumprimento de metas só se dará posteriormente, pode ser que seja tarde demais para se tentar recuperar o dinheiro já desviado.

Outro conflito nasce com a dispensa de licitações para a escolha das organizações sociais para o fazimento de contrato de gestão. A própria constituição já havia disciplinado a obrigatoriedade da licitação para as concessões ou permissões de serviços públicos para pessoas jurídicas privadas, não cabendo a uma lei infraconstitucional disciplinar matéria contrária ao que havia sido disposto em texto constitucional. A prévia licitação fora estabelecida de forma taxativa pela Constituição Federal de 1988 no art. 175: "Incumbe ao Poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Diante desse conflito de normas, entendemos que a dispensa de licitação para a seleção das organizações sociais deverá ser obrigatoriamente precedida de licitação, sob pena de ferir o princípio da isonomia. É a corrente adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 223).

A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. [...]

Seja como for, o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõem no caso de outorga de tal nível de discrição não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa do cânone básico da igualdade, seja por desacato ao principio da razoabilidade.

A tentativa do legislador, partindo da boa-fé, em admitir a dispensa de licitação foi a de tentar encontrar novos caminhos para que serviços públicos fossem prestados de forma efetiva sem que esbarrassem nos entraves burocráticos que permeiam nosso ordenamento jurídico administrativo brasileiro, colocando o princípio da eficiência em prática, já que por diversos anos a Administração Pública comprovou a sua ineficiência na prestação desses.

Em contra partida, isso não significa que será possibilitado o mero arbítrio do ministro ou chefe supervisor, na disponibilização de recursos públicos como lhe melhor aprouverem. Mesmo porque, estamos nos referindo ao erário público, recursos vindos dos cofres públicos e não dos privados, devendo ser submetidos a certas regras de direito público, como uma forma de controle.

A presença da publicidade na motivação, na escolha das organizações, demonstrando o porquê das preferências de determinadas entidades em detrimento de outras é requisito intrínseco do Estado Democrático de Direito. Admitir a escolha indiscriminada dessas, sem que haja a possibilidade de ampla concorrência é um desrespeito ao interesse público, utilizando o mecanismo como um instrumento concreto de favorecimento pessoal.

O fomento que será dado pelo Poder Público, constituirá dentre outros objetos: a destinação de recursos orçamentários e os bens, que são importantes para a execução do contrato de gestão, podendo ser mediante a permissão de uso de bem público, com dispensa de licitação; a cessão especial de servidores públicos, com o próprio poder público arcando

com o pagamento de sua remuneração; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços públicos, dentre outros.

Outra crítica deverá ser feita ao contrato de gestão.

O art. 14 da Lei 9637/98dispõe que "é facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem", podendo assim ser disponibilizado servidores públicos para as organizações sociais prestem suas atividades. [4] Se não bastasse que o serviço público prestado por essas entidades privadas, muitas vezes subsidiado pelo poder publico, não se submetessem a um processo seletivo/licitatório, ainda se admite que o Poder Público disponibilize mão de obra, leia-se servidores públicos, sendo lotados nas organizações sociais e ainda remunerados pelo Estado.

Trata-se de um verdadeiro absurdo, pois tais entidades não são dotadas de personalidade jurídica de direito público, bem como as pessoas que prestaram concurso público deverão prestar atividades para aqueles entes, sob pena de total desvio de função.

Em situações excepcionais, quando contratos de gestão não são honrados, consoante o acordado, a organização social poderá essa denominação, consequentemente perderá todos os benefícios a que faria jus. Mas isso só ocorrerá através de um processo administrativo, onde preceitos de ampla defesa e contraditório são assegurados. Vale relembrar, ainda, que não estamos nos referindo àquelas hipóteses outrora mencionadas, por causas supervenientes em que não perderá o status de organização social, pois nesses primeiros ocorre a má-fé da parte.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.269) salientou que, uma vez realizada a desqualificação, os dirigentes serão responsabilizados de forma solidária pelos prejuízos que suas atividades tiverem ocasionado ao Poder Público, a reversão dos bens usados nas permissões de uso, bem como o ressarcimento dos recursos disponibilizados, além de todas as sanções que eles poderão fazer jus.

5 CONTRATO DE GESTÃO E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)

A lei que disciplina a matéria acerca das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), lei 9790/99, tipifica que o ajuste firmado por essas organizações denomina-se termo de parceria.

Alguns autores, como Diogo Figueiredo de Moreira Neto, entendem que contrato de gestão e termo de parceria são sinônimos. Isso porque os requisitos para se firmar contratos celebrados por uma organização social são muito parecidos com os das organizações da sociedade civil de interesse público. Todavia, discordamos do autor, nos filiando a corrente dos autores Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo, Maria Sylvia Zanella de Pietro, por entendermos que apesar de existirem algumas semelhanças, os requisitos para o primeiro são muito mais rígidos que para o segundo.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2002, p.79) entendem que se hão dessemelhanças os mesmos não podem ser sinônimos, destacando algumas delas: a presença de agentes do Poder Público na estrutura das organizações sociais, sendo dispensadas para as OSCIPS; outra diferença é a terminologia, que para uma é contrato de gestão, noutra é termo de parceria; e também nas OSCIPS exige-se a comprovação da situação contábil, balanço patrimonial, dentre outros requisitos para que receba do Poder Público tal denominação, exigência essa que não se faz necessário às organizações sociais.

Maria Sylvia Zanella de Pietro (2002, p.424) ratifica tal entendimento mencionando que a tendência das atividades prestadas pelas organizações sociais é de num futuro próximo não serem mais prestadas pelo Estado, o que diferentemente ocorre com as atividades realizadas pelas organizações da sociedade civil de interesse coletivo, porque o Estado apenas está fomentando tais atividades, não significando dizer que deixaram serem prestadas pelo Estado.

Perfilhamos o entendimento de que apesar dos contratos de gestão possuírem semelhanças com os termos de parceria, os mesmos não podem ser denominados como sinônimos, tendo em vista as particularidades inerentes a cada instituto.

CONCLUSÃO

Em suma, é impossível deixarmos de reconhecer a importância que o contrato de gestão possibilitou no momento em que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, porque trouxe uma mudança no paradigma da estrutura então vigente, não mais sendo aceito apenas a mera prestação de serviço público, mas que esse observe o princípio da eficiência, devendo realizá-lo de forma satisfatória e submetendo-o aos reais e atuais anseios da sociedade brasileira. Num segundo lugar, porque conseguiu ampliar a "transparência administrativa" (JUSTEN FILHO, 2006, p.484), vez que ao serem realizados tais contratos, o Estado acaba definindo os planos de Governo de sua gestão, possibilitando que a sociedade conheça as prioridades governamentais, e posteriormente possam ser cobrados por isso. Serve também como um mecanismo de controle social, porque diante do conhecimento dessas poderão ser objeto de análise do cumprimento ou não, e caso não estejam, os cidadãos poderão se socorrer de instrumentos judiciais como a ação popular, mandado de segurança, dentre outras, fazendo com que o Governo volte aos "trilhos".

É cabível ao Poder Legislativo, Tribunais de Contas e ao próprio Judiciário a invalidação dos atos administrativos, desde que eivados de algum vício de ilegalidade, quando forem contrários ao estabelecido nos contratos de gestão. Nada impede que todas as partes possam ser responsabilizadas civil, penal e administrativamente pelas condutas que tenham sido realizadas em prejuízo ao erário público.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.270) entende que, para que haja o êxito das organizações sociais, por conseqüência do instituto do contrato de gestão, é necessária uma fiscalização efetiva das entidades e do cumprimento de seus objetivos, porque, segundo o autor, a sua ausência poderá gerar situações de descontrole das atividades administrativas,

desnorteamento dos objetivos estipulados e facilitação do cometimento de crimes contra o sistema financeiro do país; cujo pensamento ratificamos.

Entendemos ser inconstitucional a possibilidade da dispensa de licitação nos contrato de gestão, porque há quebra do princípio da isonomia, devendo ser excepcionalmente admitido, apenas em situações fáticas restritas. Admitir a faculdade da dispensa nesses contratos parece-nos um absurdo. O mesmo estarrecimento ocorre na possibilidade de disponibilizar servidores públicos para trabalharem nessas entidades privadas, e ainda as expensas do erário público.

Por fim, no que pese ao interesse público, o contrato de gestão se faz muito importante, porque possibilita a publicização dos planos de governo. Todavia, por mais que seja um instrumento eficaz, não entendemos ser coerente a absoluta ausência de certos institutos burocráticos.

Por mais que as mudanças de paradigmas de uma nova gestão atuem em nossa sociedade, pleiteando maior eficiência e rapidez na prestação de serviços públicos, ainda assim entendemos que certos ritos deverão ser observados quando do momento da seleção desses prestadores, porque não podemos olvidar que estamos nos referindo aos recursos públicos. Uma maior preucação na aplicação desses recursos se faz necessária, porque ao passar por um processo mais rigoroso, ou seja, um processo licitatório, isso diminui consideravelmente as possibilidades de desvio de verbas públicas.

A nova forma de gestão é amplamente compatível com as empresas privadas, cuja isonomia não é sempre utilizada, porque o único objetivo a ser aferido é o lucro, e em havendo prejuízos, se ocorrer, quem somente arcará será a mesma. Por outro lado, diferentemente, serão as repercussões que poderão ser geradas pela má escolha de contratante nesse contrato de gestão. A princípio, serão os cofres públicos, mas quem arcará com o prejuízo final será duplamente a sociedade, uma porque será cerceada de tais serviços públicos, vez que não foram oferecidos, noutra, porque terá que contribuir novamente para que o serviço seja prestado.

Com isso, entendemos que o contrato de gestão é benéfico para o nosso sistema jurídico já que possibilita um maior controle das atividades administrativas, todavia a observância de preceitos de ordem pública deve continuar a serem observados, já que o interesse público e que deve ser salvaguardado.

1. É importante mencionar que, admitir que termo de parceria é sinônimo de contrato de gestão na doutrina não é ponto pacífico. A favor: Diogo Figueiredo. Contrários: Maria Sylvia Zanella de Pietro, Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo.

2. Conforme a lei 9637/98, lei federal aplicável somente em União é quem disponibiliza os recursos orçamentários e os bens públicos (móveis e imóveis) necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Nada obsta que o os Estados, Distrito Federal e Municípios realizem leis para que tenham aplicabilidade no âmbito de suas competências, tendo como parâmetro essa lei federal.

3. Não mencionamos esse questionamento nas outras possibilidades de contrato de gestão, porque ainda se admite o deslocamento de servidores para entidades da Administração Indireta, todavia absurdo é o remanejamento para entidades privadas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 4.ed. Rio de Janeiro:Impetus,2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14.ed. São Paulo:Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed.Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol 13.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR.

Disponível em:
< http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080222111717481 >.
Acesso em: 01 abr. 2008.