

Organizações Sociais: regime de parceria e limites à atuação do órgão supervisor

Social Organizations: Partnership Legal Regime and Performance Limits of the Supervisory Agency

Submetido(submitted): 09/12/2017
Parecer(revised): 15/01/2018
Aceito(accepted): 06/03/2018

Maria Luiza Salles Borges Gomes*

Resumo

Propósito – Avaliar se o Poder Público pode desqualificar uma Organização Social exclusivamente por motivo de conveniência e oportunidade.

Metodologia/abordagem/design – A pesquisa se valerá das Emendas Constitucionais 06, 07, 08 e 09, todas de 1995, que promoveram significativas reformulações no papel do Estado e a liberalização da economia. No âmbito da legislação ordinária, se valerá da Lei 8.031/1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização e que foi substituída, em 1997, pela Lei 9.491, bem como das normas que regem as Organizações Sociais, além da doutrina e da jurisprudência que tratam da matéria. Buscar-se-á contextualizar o surgimento das Organizações Sociais, no bojo do processo de reformulação da Administração Pública que levou à adoção de novas técnicas de gestão dos serviços públicos, no marco daquilo que se denomina “Administração Pública gerencial”, em substituição ao modelo de “Administração Pública Burocrática” desenvolvido por Max Weber. Será analisada a forma por meio da qual se dá a interação entre o Estado e as Organizações Sociais com vistas a uma parceria eficaz e responsável. Após isso, serão analisados os instrumentos que regem as parcerias existentes no âmbito federal, assim como a jurisprudência atinente ao tema, com o intuito de se verificar os limites a que tais parcerias estão sujeitas.

Resultados – A desqualificação das organizações sociais é ato vinculado e somente deve ser promovida quando houver o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão ou quando a entidade não mais cumprir os requisitos e disposições legais que regem essas organizações.

Palavras-chave: Organização Social, contrato de gestão, desqualificação, legalidade, discricionariedade.

Abstract

Purpose – To know if the government can revoke a juridical person attribution of Social Organization exclusively for reasons of convenience and opportunity.

Methodology/approach/design – It tackles the Constitutional Amendments no. 06, 07, 08 and 09, of 1995, which altered the role of the State and prompted the liberalization of the Brazilian public utilities. It is also based on Law no. 8031/1990, which created the National

* Advogada e Coordenadora Jurídica do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebbraspe). E-mail: malusbg@gmail.com.

Privatization Program replaced, in 1997 by Law no. 9491, as well as the rules governing the Social Organizations in addition to the doctrine and judicial decisions related to the subject. This paper contextualizes the emergence of the Social Organizations, as part of the process of reformulation of Public Administration that led to the adoption of new techniques of public services management, known as Public Administration Management, replacing the Bureaucratic Management Approach developed by Max Weber. It also addresses how the interaction between the State and the Social Organizations takes place aiming at an effective and responsible partnership. After that, the instruments that govern the existing partnerships in the federal scope, as well as the judicial decisions related to the subject will be analyzed, in order to verify the limits to which such partnerships are subjected.

Findings – *The disqualification of social organizations is a tied act and should only be promoted when there is noncompliance of the provisions in the management contract or when the entity no longer complies with the requirements and legal provisions governing those organizations.*

Keywords: *Social Organization, management contract, disqualification, legality, discretion.*

Introdução

A Lei 9.637/1998 traz as regras que irão nortear a relação a ser estabelecida entre as Organizações Sociais (OS), prestadoras de serviços essenciais nas áreas de educação, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, e o Estado Regulador.

A qualificação da OS se dá mediante processo administrativo criterioso e após a comprovação do preenchimento de requisitos estatutários e legais, devendo o Poder Público justificar a sua conveniência e oportunidade para a celebração de contrato de gestão, de forma a efetivar uma parceria que tem por objetivo o desempenho de atividades de interesse público e o estabelecimento de políticas de fomento, colaboração e cooperação com tais entidades. As exigências para essa qualificação diferenciam o modelo OS de outros modelos de parcerias com entidades da sociedade civil previstos no ordenamento jurídico, conforme se depreende do art. 2º, inciso I, alínea i da Lei 9.637/1998, transcrito a seguir.

Art. 2º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

(...)

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada

no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

Ocorre que no Estado Democrático a troca de governo pode acarretar a alteração de políticas públicas, de modo a interferir nas relações anteriormente estabelecidas entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor. Em razão disso, o presente artigo pretende analisar as hipóteses legais que dão ensejo à desqualificação da entidade como OS, com o intuito de verificar a existência de limites para a atuação da Administração Pública no processo de desqualificação, mormente quando se busca evitar a descontinuidade de serviços públicos essenciais prestados por meio de efetiva cooperação público-privada.

O presente artigo, além da introdução e da conclusão, conta com os seguintes capítulos: Capítulo 1 – O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as transformações do direito administrativo; Capítulo 2 – Novas técnicas de gestão dos serviços públicos: o Terceiro Setor; Capítulo 3 – Regime dos contratos de gestão e limites na atuação estatal.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as transformações do direito administrativo

O Estado Social teve o objetivo de garantir o bem-estar social e, para tanto, ampliou a sua área de atuação para oferecer bens e serviços à população. Ao desenvolver atividades de caráter econômico e social, o Estado assumiu um número excessivo de funções, o que contribuiu para seu baixo desempenho e eficiência no papel de prestador de serviços públicos.

Mas foi a grande crise do Estado dos anos 80 e a globalização da economia que impuseram a redefinição das funções do Estado. Foi necessário reformá-lo, reconstruí-lo, para que ele saísse da condição de protetor e passasse à condição de facilitador da economia, visando torná-la internacionalmente competitiva.

Diante disso, o governo Fernando Henrique Cardoso, valendo-se do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, buscou superar o modelo de Administração Burocrática que se caracterizava por ser lenta, cara, autoreferida e pouco orientada para o atendimento das demandas da população, e passa a adotar o modelo de Administração Pública gerencial, que foi tendo os seus contornos delineados aos poucos. Como aduz Bresser Pereira:

“Aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por

resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada ao atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida.”¹

Cabe aduzir que a primeira tentativa de reforma gerencial da Administração Pública brasileira se deu em 1967, por meio do Decreto-Lei 200, que promoveu a transferência de atividades de produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, na busca de uma maior eficiência do Estado. Essa tentativa, no entanto, foi fracassada, porque, entre outras coisas, o núcleo estratégico do Estado foi enfraquecido em razão de se ter priorizado a contratação, sem concurso, de profissionais para os escalões superiores das empresas estatais.

A reforma realizada nos anos 90, por sua vez, buscou fortalecer a Administração Pública direta (núcleo estratégico do Estado) e ao mesmo tempo descentralizar a Administração para aumentar a sua eficiência. Assim, a transferência da execução de atividade estatal, incluídos aí os serviços públicos, a pessoas integrantes ou não da Administração foi intensificada, especialmente com as Emendas Constitucionais 5, 6, 7 e 8, todas de 1995.

As citadas emendas constitucionais não deixam claro o regime jurídico dos serviços a serem transferidos para o setor privado, reforçando a classificação tradicional do direito administrativo, que divide os serviços pelo caráter público e privado.

Do texto constitucional, todavia, é possível extrair a titularidade das atividades a serem executadas. Tem-se que as atividades, quando exclusivas ou privativas do Estado, são de titularidade estatal, restando ao setor privado a titularidade das atividades econômicas. José dos Santos Carvalho Filho apresenta o seu entendimento sobre o tema da seguinte forma:

“Os serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas, na forma pela qual a Constituição procedeu à partilha das competências constitucionais. Essa titularidade, retratando, como retrata, inequívoca expressão de poder político e administrativo, é irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa. Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão somente a *transferência da execução do serviço (delegação)*, e nunca de sua titularidade.”²

Com esse entendimento, o referido autor aduz, ainda, que a transferência dos serviços pode se efetivar por meio de lei (delegação legal) ou pode se dar por negócio jurídico de direito público (delegação negocial).

Certo é que será considerado serviço público aquele que for de titularidade do Estado e tido como essencial. Além disso, serviços regulados, essenciais à

¹BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. (Brasília), v. 47, n. 1, 1996, p. 6.

²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 358.

sociedade e compostos de atividades privativas do Estado, eram tradicionalmente considerados serviços públicos e submetidos ao regime público. Contudo, as alterações implementadas pelas emendas constitucionais de 1995 suprimiram o termo “serviço público” do texto constitucional, o que acarretou a separação dos serviços em atividades submetidas ao regime público e atividades submetidas ao regime privado.

O direito administrativo, sensível à nova sistemática introduzida pelas emendas constitucionais de 1995, teve de se modernizar para abarcar e disciplinar as novas relações jurídicas e sociais que com elas surgiram, possibilitando se fazer referência a um direito administrativo regulatório. Tal direito é definido por Márcio Iorio Aranha nos seguintes termos:

“Revela-se mais adequado, todavia, assentar-se o direito regulatório na procura por princípios ou instituições verdadeiramente gerais norteadores da regulação como um todo, ou ainda, distintivos da regulação enquanto tal frente a conceitos próximos, como o de intervenção, de controle e de poder de polícia, e que não pactuem com ideologias ocasionais de escolha do melhor direcionamento econômico da atividade, pois, se se quisesse detalhar o rol de princípios intersetoriais enunciados no parágrafo anterior, dever-se-ia começar pela própria orientação à *concorrência* como requisito do modelo atual de regulação inscrito na compatibilização de regimes jurídicos, algo que não se afigura essencial para a cogitação da regulação.”³

Optou-se, no Brasil, por uma forma de regulação com características específicas, tendo o texto constitucional previsto expressamente estruturas reguladoras para dois setores, modelo esse que foi ampliado pela legislação para o conjunto dos setores regulados e que se insere entre as formas teóricas possíveis de regulação, conforme entendimento apresentado a seguir:

“O importante, assim, é ter-se em mente que a presença de tais estruturas se insere dentre as formas teóricas possíveis de regulação, quais sejam: a regulação pelo mercado, em que se confia na *densidade da concorrência* para corrigir distorções; a regulação por órgãos reguladores, em que se criam superestruturas estatais técnicas para acompanhamento setorial; a regulação *endógena*, alcançada via estatização dos serviços regulados; a regulação por contrato, que se satisfaz com as regras contratuais acordadas caso a caso e, portanto, em termos jurídico-administrativos, resume-se às normas firmadas em contratos administrativos (concessão e permissão).”⁴

Com as mencionadas transformações do direito administrativo acarretadas pelas redefinições das funções do Estado nos anos 90, passa-se do Estado Social ao Estado Regulador, que deixa para trás a Administração Pública burocrática e leva a Administração a assumir o papel de coordenação, de gerenciamento e de controle, de forma a intervir na economia apenas de forma indireta.

³ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 3. ed., London: Laccademia Publishing, 2015, p. 68.

⁴ARANHA, M. I. *Op. cit.*, p. 69.

Novas técnicas de gestão dos serviços públicos: o Terceiro Setor

Ao assumir o modelo de Administração Pública gerencial, o Estado brasileiro passou a se valer de novas técnicas de gestão dos serviços públicos, mormente considerando que as utilizadas até então, com a participação direta do Estado na atividade econômica por meio das conhecidas *estatais*, não atingiram os objetivos esperados de eficiência e de agilidade, como bem explicado por Odete Medauar:

“As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua atuação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se “cabides” de empregos e “feudos” de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e “déficits” que o Tesouro público tinha de cobrir; este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com frequência, os problemas reais aos “déficits”, ineficiência, abusos e incontrolabilidade das estatais.”⁵

Destarte, a descentralização, juntamente com a estatização, operada nas décadas de 60 e 70, não se mostrou suficiente para tornar gestão pública eficiente e, por conseguinte, adequada ao novo modelo estrutural de gerência pública implantado, de modo que foi instituído, por meio da Lei 8.031/90, o Programa Nacional de Desestatização, que envolveu, entre outras formas de processamento, a quebra de monopólios estatais, o aumento do número de concessões e permissões de serviços públicos e a venda de estatais ao setor privado.

A Lei 9.491/97, que revogou a Lei 8.031/90, manteve as linhas básicas do programa, substituindo o termo “privatização” que ela trazia pelo termo “desestatização”, tendo em vista que, em verdade, o programa não buscava privatizar atividades e serviços que eram e continuariam sendo públicos, mas sim transferir essas atividades e serviços do Estado para o setor privado.

Assim, o Estado, depois de executar muitas atividades empresariais e serviços públicos com altos custos e pouca eficiência por longos anos, decide transferir essa tarefa ao setor privado.

Nesse contexto é que se formam as novas alianças entre o Poder Público e as entidades privadas, em que são mantidos vínculos diversificados, tais como de cooperação, de colaboração e de fomento. Várias são as classificações dadas a essas entidades. Alguns autores as chamam de “paraestatais”, outros de “entes de cooperação”. Independentemente de como são classificadas, essas entidades não compõem a Administração Pública e estabelecem com o Poder Público uma relação sob o regime de parceria, que tem por objetivo fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços públicos de qualidade.

⁵MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106-107.

José dos Santos Carvalho Filho destaca três grupos de regimes de parceria, quais sejam: regime de convênios administrativos, regime dos contratos de gestão e regime por colaboração.

São entidades que estabelecem parceria com o Poder Público, entre outras, os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), as Fundações de Apoio e as Organizações Sociais (OS). Todas elas possuem uma característica em comum, qual seja, são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos.

Em 2014, a Lei 13.019 estabeleceu o regime jurídico geral das parcerias voluntárias a serem firmadas entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSCs), ficando conhecida como Estatuto das Parcerias. Essa lei, no entanto, não se aplica aos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei 9.637/1998, conforme estabelece expressamente o seu art. 3º, III, com redação dada pela Lei 13.204/2015. Também é possível afirmar que sua aplicação se dará com ressalvas às OSCIPs, que seguem regime específico estabelecido na Lei 9.790/1999.

De todo modo, com exceção das Organizações Sociais, as demais entidades foram aqui mencionadas tão somente com o objetivo de demonstrar alguns exemplos de entidades que podem estabelecer parcerias com a Administração Pública. O presente estudo se aterá às Organizações Sociais, buscando demonstrar o seu regime jurídico, bem como os limites que o cercam.

Regime dos contratos de gestão e limites na atuação estatal

Nos termos do art. 1º da Lei 9.637/98, podem receber a qualificação de Organização Social as 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, e que atendam aos requisitos nela previstos. Não há, portanto, possibilidade de que uma entidade que não atue nessas áreas seja qualificada como OS.

Após o recebimento desse título, entidades de direito privado sem fins lucrativos podem ser contratadas para executar atividades que antes eram prestadas diretamente pelo Poder Público. A doutrina reconhece a delegação de serviços públicos para as organizações sociais por meio do contrato de gestão, senão vejamos:

“Organização Social é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação

e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público.”⁶

As organizações sociais ocupam o denominado “Terceiro Setor”, espaço privado e integrado por entidades que se destinam a executar atividades de índole pública, mediante fomento estatal. Elas atuam verdadeiramente como *longa manus* do Estado e sua atividade principal é a execução de tarefas de interesse público à população em geral, como forma de otimizar a prestação de serviços de interesse público, em obediência aos princípios da moralidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Ao obter a qualificação de organização social, a entidade é, automaticamente, declarada, nos termos do art. 11 da Lei 9.637/1998, como “entidade de interesse social e utilidade pública”.

As organizações sociais têm seu órgão de deliberação superior necessariamente composto de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral, conforme estabelece o art. 3º da Lei 9.637/1998.

A parceria entre o Poder Público e a organização social é estabelecida por meio de contrato de gestão no qual são expressamente definidas as atribuições, responsabilidades e obrigações de ambas as partes. Referido contrato deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, com a descrição das atividades a serem desenvolvidas e os respectivos prazos de execução, bem como estipular as metas a serem atingidas e os critérios objetivos de avaliação de desempenho, fixando indicadores de qualidade e de produtividade (arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/1998).

A Portaria nº 967/2011 do Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação (MCTI), por exemplo, que disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e dá outras providências, descreve a sistemática de avaliação das organizações sociais em seu art. 27, a seguir transcrito:

Art. 27. No desenvolvimento de suas atribuições, a CA observará a sistemática de avaliação e os indicadores de desempenho pactuados no contrato de gestão.

Parágrafo único. A sistemática de avaliação de resultados do contrato de gestão deve considerar os seguintes parâmetros de análise de desempenho:

- I - eficácia qualitativa e quantitativa na geração dos resultados, analisando a capacidade de gerar as ações propostas e demandadas;
- II - efetividade da ação ou produto para os usuários no Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, buscando avaliar a capacidade dos resultados em gerar impacto no contexto; e

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 580.

III - eficiência na relação entre os resultados gerados e os insumos ou recursos consumidos, buscando avaliar a economicidade dos contratos de gestão.

Para a melhor compreensão da parceria realizada entre Poder Público e organização social, é importante trazer o entendimento esposado no voto condutor proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, em que se pleiteou a nulidade integral da Lei 9.637/1998, acerca do regime jurídico do contrato de gestão. Depreende-se do referido voto que, embora tenha a denominação de contrato, o citado instrumento apresenta-se como espécie de convênio, já que por meio dele são conjugados esforços para o atingimento de objetivo comum, havendo harmonia entre as partes que celebram um negócio verdadeiramente associativo e voltado a um fim compartilhado. Ele não tem, como é de se observar, as características do contrato administrativo tradicional, objeto da Lei 8.666/1993, que é firmado apenas com particulares.

Para executar os serviços públicos descritos no programa de trabalho, a organização social conta com a ajuda do Poder Público mediante o recebimento de recursos orçamentários. Às organizações sociais poderão ser, ainda, destinados bens públicos, por meio de permissão de uso, com dispensa de licitação, bem como servidores públicos, que serão cedidos com ônus para o órgão de origem.

Caberá ao Poder Público, representado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação da organização social, a fiscalização dessa entidade no cumprimento do contrato de gestão, mediante o controle de resultado.

As formas de execução e fiscalização do contrato de gestão, previstas nos arts. 8º, 9º e 10 da Lei 9.637/1998 revelam a intenção do legislador de promover um novo modelo de prestação de serviços públicos, no qual a atuação do Poder Público limita-se a definir e a controlar a execução dos serviços pela organização social, mediante a verificação de resultados e da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. Tal modelo mostra-se compatível com o Estado regulador, dirigente e gerencial, que busca garantir os direitos fundamentais por meio da efetiva e eficiente prestação de serviços públicos de qualidade.

A Lei 9.637/1998, em seu art. 2º, submete a organização social à obrigatoriedade de publicação anual, no *Diário Oficial da União*, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão, de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, bem como à proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese. Por sua vez, os arts. 9º e 10 da referida lei submetem a organização social ao controle do Tribunal de Contas da União, em caso de irregularidade e ilegalidade.

Formada a parceria entre o Poder Público e a organização social, por meio do contrato de gestão, os serviços públicos previstos no programa de trabalho

devem ser executados de forma eficiente, com qualidade e dentro dos prazos estabelecidos. No contrato são estipuladas metas a serem atingidas pela organização social, que, ao final de cada exercício ou a qualquer momento, conforme o interesse público, deverá apresentar relatório da execução dos serviços, em que conste o comparativo das metas propostas com os resultados alcançados, juntamente com a respectiva prestação de contas.

A Lei 9.637/1998 não limita o prazo da parceria a ser estabelecida por meio do contrato de gestão. Na prática, tais contratos são celebrados com longos prazos de vigência, com exercícios financeiros anuais, tendo em vista a importância dos serviços prestados nessas parcerias, caracterizados como sociais e de relevância pública. Esses serviços não podem, portanto, ser descontinuados, já que a sua interrupção causaria danos à população.

Assim, em âmbito federal o prazo de vigência dos contratos de gestão tem sido fixado em cinco anos, em média. Como exemplo, indica-se os contratos de gestão celebrados com as seguintes organizações sociais: Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial (EMBRAPII), Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe), Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) e Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP).

Embora não haja limite estabelecido em lei para a vigência dos contratos de gestão e, na prática, esse prazo esteja sendo estipulado em períodos longos, é possível a rescisão do referido contrato sempre que a organização social não observar as regras nele insertas ou quando não obtiver o desempenho mínimo que lhe é exigido, segundo os critérios objetivos de avaliação adotados, mesmo antes de encerrado o prazo de vigência acordado.

Com relação à desqualificação da entidade como organização social, há previsão de que ela ocorrerá quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, conforme preconiza o art. 16 da Lei 9.637/1998:

Art. 16. O Poder Público poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Evidencia-se que o legislador traçou expressamente os parâmetros para a desqualificação ao estabelecer o motivo que a ensejam, tornando tal ato vinculado. Em consequência, não pode a Administração Pública valer-se de sua

discricionariedade para se distanciar da regra. A esse respeito, Carvalho Filho observa:

“Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado.”⁷

Assim, embora a qualificação seja ato administrativo discricionário, a desqualificação, ao contrário, constitui ato vinculado:

“A qualificação da entidade privada como organização social é ato administrativo discricionário do Poder Público (...) Mas, evidentemente, a Administração há de justificar devidamente o porquê da outorga, ou não, do título jurídico de organização social à entidade que o pleiteia. Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado, principalmente aqueles resultantes do poder discricionário, pois são precisamente estes que precisam estar embasados na clara demonstração do interesse público que os fundamenta. O Poder Executivo também poderá desqualificar a entidade privada, retirando-lhe o título de organização social, mas esta providência há de estar baseada no descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão e devidamente apurada em processo administrativo, assegurado o direito de defesa aos dirigentes da organização.”⁸

Evidencia-se, ainda, que a desqualificação da organização social possui natureza estritamente punitiva, ou seja, trata-se de penalidade, já que o legislador definiu o descumprimento do contrato de gestão como único motivo para que ela ocorra.

De fato, o caráter punitivo da medida é nítido, na medida em que o § 1º do art. 16, anteriormente transcrito, somente permite a desqualificação caso seja comprovado que a organização social descumpriu as disposições contidas no contrato de gestão, em processo administrativo no qual seja garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Corroborar a natureza estritamente punitiva da desqualificação o art. 35 da Portaria nº 332/2016 do Ministério da Educação (MEC) que assim dispõe:

Art. 35. Quando constatado eventual descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, podem ser adotadas as seguintes providências, sucessivamente:

⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 126.

⁸MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Editora Malheiros, 2001, pp. 355/356.

- I – notificação da OS para dar explicações e sanar eventuais pendências;
- II – suspensão da assinatura de termos aditivos até que seja sanado o descumprimento; e
- III – instauração de processo administrativo para desqualificação da entidade.

Também a Portaria nº 967/2011 do Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação (MCTI) atribui à desqualificação caráter punitivo, nos termos que se segue:

CAPÍTULO IV DO DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO CONTRATO DE GESTÃO

Art. 37. Quando constatado eventual descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, podem ser adotadas as seguintes providências:

I - antecipando-se à adoção das medidas previstas na Lei No- 9.637, de 1998, o órgão supervisor poderá notificar a OS fixando-lhe prazo razoável para dar explicações e sanar eventuais pendências;

II - a assinatura de termos aditivos poderá ser suspensa até que seja sanado o descumprimento, consoante verificação do órgão supervisor; e

III - sem prejuízo da providência anterior, a SEXEC, por solicitação da SCUP, comunicará o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão ao Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação, que poderá proceder à abertura de processo administrativo nos termos do art. 16 da Lei No- 9.637, de 1998.

Parágrafo único. Entende-se por descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, para fins de aplicação deste artigo, praticar ou deixar de praticar algum ato em desacordo com a legislação aplicável às OS ou com o estabelecido no contrato de gestão.

Vê-se claramente que o próprio Poder Público, em consonância com a vontade do legislador, regulou a questão admitindo o caráter exclusivamente punitivo da desqualificação, garantindo, inclusive, o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo para que ela ocorra.

No caso da Portaria nº 967/2011 do MCTI, a regulação normativa acabou ampliando as hipóteses de desqualificação, ao definir o que seria o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, para possibilitar que a entidade seja desqualificada sempre que pratique ou deixe de praticar algum ato em desacordo com a legislação aplicável às organizações sociais.

Por conseguinte, caso todas as obrigações atribuídas por meio do contrato de gestão tenham sido plena e satisfatoriamente cumpridas pela organização social, não será cabível a desqualificação da OS, que é medida extrema.

Ademais, considerando-se que a desqualificação tem natureza jurídica de penalidade (a exigir a instauração de regular processo de natureza administrativa) e que a rescisão do contrato de gestão não está elencada na legislação vigente

como causa de desqualificação, não se pode afirmar que eventual rescisão do contrato de gestão geraria, automaticamente, a desqualificação da entidade como organização social, salvo nos casos em que essa rescisão se desse em razão de efetivo descumprimento do contrato de gestão.

Na realidade, a qualificação da entidade como organização social independe da existência de contrato de gestão. Ela se dá antes da celebração do contrato de gestão, em etapa inicial e habilitatória, e visa justamente possibilitar a realização da parceria público-privada, conforme o entendimento manifestado pelo Ministro Luiz Fux, no voto condutor proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, em que se pleiteou a nulidade integral da Lei 9.637/1998, acerca do regime jurídico do contrato de gestão:

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

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente.”⁹

Desse modo, é patente que o contrato de gestão não é condição para a qualificação da organização social. Ao contrário, a qualificação, sim, é essencial para a existência do contrato de gestão, uma vez que ao Poder Público somente é permitida a celebração desse tipo de contrato com entidades já qualificadas. Nessa esteira, a eventual rescisão do contrato de gestão, por si só, não tem o condão de acarretar, sumariamente, a perda da referida qualificação, o que é reforçado pelo disposto no § 2º do art. 16 da Lei 9.637/1998. Segundo esse dispositivo, a rescisão do contrato de gestão ocasionará, imediata e obrigatoriamente: i) a devolução dos bens permitidos; ii) a devolução de valores recebidos a título de fomento; e iii) a devolução de servidores públicos cedidos com ônus para a origem; e iv) a aplicação das sanções cabíveis. Veja-se que o referido dispositivo legal não apresenta a desqualificação como uma das consequências da rescisão do contrato de gestão.

Por outro lado, há que se considerar que a competência para rescindir o contrato de gestão é do órgão supervisor da parceria, que celebra o contrato

⁹ADI nº 1.923/DF, acórdão p.5.

representando o Poder Público, enquanto a competência para desqualificar a entidade é exclusiva do chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 1º da Lei 9.637/1998.

Conclusão

Observa-se que há o entendimento na doutrina brasileira de que, de modo geral, se não houve descumprimento de nenhuma disposição contida no contrato de gestão entabulado, não há motivo para a desqualificação da organização social, não havendo margem para que a Administração Pública o faça com base no seu poder discricionário. E isso porque, em que pese a qualificação de uma entidade como organização social ser um ato administrativo discricionário do Poder Público, o mesmo não ocorre com a desqualificação, que é ato administrativo vinculado, tendo a sua causa determinada expressamente na lei.

Seria possível, em face de uma interpretação sistemática da Lei 9.637/1998, se admitir a desqualificação quando a entidade deixasse de manter os requisitos legais que lhe foram exigidos para a qualificação, como, por exemplo, que passasse a realizar atividade com finalidade lucrativa. E tal se dá porque nesse caso, a entidade não mais preencheria a condições para existir como organização social. Assim, ainda que a referida lei não traga a não manutenção das condições para a qualificação no seu art. 16, é possível aceitá-la como hipótese de desqualificação.

Nesse sentido, o Ministério da Ciência e Tecnologia da Informação e Inovação (MCTI), órgão supervisor de várias organizações sociais, regulou a matéria, admitindo a possibilidade de desqualificação em razão de não observância pela entidade de requisitos e disposições legais, conforme dito anteriormente.

Ademais, considerando que o modelo OS veio para atender aos anseios da nova Administração Pública gerencial e considerando, ainda, que a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organização social se dá em razão da necessidade de o Poder Público ter opções de entidades devidamente habilitadas para atuar em parceria com o Estado, com o propósito de promover o bem-estar social, oferecendo, principalmente, serviços públicos de qualidade e de maneira eficiente, não haveria sentido em promover a desqualificação quando tais entidades se mostrassem capazes e eficientes. Em outras palavras, deixar-se-ia de observar o princípio da razoabilidade ao se desqualificar entidade privada devidamente habilitada a realizar parceria com o Poder Público, que já se mostrou eficiente na prestação de serviços públicos.

Considerando que tais serviços públicos constituem necessidades inafastáveis e inadiáveis da sociedade, torna-se imperioso que haja organizações

sociais habilitadas a formar parceria com o Poder Público, de forma a garantir a observância dos princípios da eficiência e da continuidade dos serviços públicos.

Assim, resta evidente que o Poder Público não tem liberdade para decidir sobre a conveniência ou oportunidade da desqualificação da Organização Social, devendo seguir estritamente o que determina a lei acerca da matéria.

Referências Bibliográficas

- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015.
- ARAÚJO, E. N. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PEREIRA, L. C. B. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: *Revista do Serviço Público*. (Brasília), v. 47, n. 1, 1996.
- _____. **O modelo estrutural de gerência pública**. In: *Revista de Administração Pública*. Vol. 42, n. 2. Rio de Janeiro: mar/abr. 2008.
- CARVALHO, C. E. V. **Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FURTADO, L. R. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- MEDAUAR, O. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Editora Malheiros, 2001.
- MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, R. R. C. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

WEBER, M. **Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal**. In: CAMPOS, E. (org.). *Sociologia da burocracia*. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.