

Objetivos e características fundamentais do modelo das organizações sociais

Aldino Graef¹

Resumo

O modelo institucional-legal das organizações sociais, estabelecido na Lei Federal nº 9.637, de 1998, tem gerado interpretações controversas. Leis aprovadas em municípios, em diversos Estados e no Distrito Federal, supostamente referenciadas nesse modelo, mais se aproximam, entretanto, de fórmulas de terceirização da gestão ou de concessão de serviços públicos para entidades privadas, que são essencialmente distintas do modelo original. Este artigo retoma os fundamentos do modelo explicitados no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado e na Lei nº 9.637/1998 e detalha suas características essenciais: a gestão compartilhada de serviços públicos entre o poder público e a comunidade beneficiária e o foco na gestão para resultados.

Palavras-chave: Organizações sociais. Lei nº 9.637/98. Gestão compartilhada de serviços públicos.

Abstract

The institutional-legal model of social organizations, established in the Federal Law number 9.637, 1998, has generated misleading interpretations. The laws passed in municipalities in various states and in the Federal District, allegedly referenced in this model, are closer, however, to the management of outsourcing formulas or the concession of public services to private entities, which are essentially different from the original model. This article takes up the model foundations detailed in the Master Plan of the State Apparatus Reform and Law number 9637/1998 and explains its essential characteristics: the shared management of public services between the government and the beneficiary community and the focus on results-based management.

Keywords: Social Organizations. Law number 9637, 1998. Shared management of public services.

¹ Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, tendo ocupado, dentre outros, os cargos de diretor de Articulação e Inovação Institucional no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), de assessor especial na Casa Civil da Presidência da República e de gestor administrativo do CGEE.

Os objetivos e as características do modelo de Organizações Sociais (OS) aprovados pela Lei Federal nº 9.637², de 1998, têm sido de difícil compreensão e de interpretações controversas. Essa dificuldade ocorre entre as autoridades políticas, bem como entre os administradores públicos e os órgãos de controle.

Leis estaduais, municipais e do Distrito Federal têm sido aprovadas supostamente referenciadas no modelo federal, porém, orientadas para fórmulas de terceirização da gestão ou de concessão de serviços a entidades privadas, portanto, essencialmente distintas do modelo de cogestão da Lei Federal.³ Em outros casos, se confunde as relações do modelo das organizações sociais com as relações de parceria com as chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip)⁴ ou de parceria e fomento com as Organizações Não Governamentais (ONG), estas últimas reguladas por Lei Nacional, portanto, vinculante também para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que trata do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC)⁵. A Lei do MROSC se aplica a todas as relações do poder público com as entidades privadas sem fins lucrativos, exceção apenas às transferências voluntárias regidas por lei específica, *“naquilo que houver disposição expressa, em contrário”*, e os contratos de gestão das organizações sociais *“na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 1998”*.⁶

No âmbito federal, por sua vez, equívocos de interpretação afetam desde o processo de qualificação da entidade, até a avaliação da execução do contrato de gestão e o controle da atividade da entidade qualificada como OS. A natureza e o papel do contrato de gestão, neste modelo institucional-legal específico, são frequentemente confundidos com o instrumento do convênio ou, em outros casos, do contrato de prestação de serviços, quando, na verdade, se trata de um instrumento que nada tem em comum com os demais instrumentos jurídicos existentes na administração pública.

2 A Lei nº 9.637/1988 dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Fonte: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em 15/10/2015.

3 As Leis nº 4.081/2008, do Distrito Federal; Complementar nº 846, do Estado de São Paulo; nº 12.929/2004, de Santa Catarina; nº 8.647/2003, da Bahia, dentre outras, aprovaram modelos de relação com organizações sociais sem a participação do poder público na direção superior das entidades, o que os torna essencialmente distintos do modelo federal. A cogestão é elemento fundamental e distintivo do modelo federal.

4 Modelo da Lei Federal nº 9.790, de 1999, que estabelece regras para a qualificação de entidades e celebração de termos de parceria.

5 Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que aprovou regras legais em substituição aos antigos convênios e cuja entrada em vigor para todos os entes da federação foi prevista para 23 de janeiro de 2016.

6 Art. 3º da Lei nº 13.019, de 2014.

O objetivo deste texto é abordar, de forma sintética, as características desse modelo institucional-legal, em seus aspectos fundamentais, com vistas ao seu melhor entendimento e a sua distinção das demais formas de relações do poder público com as entidades privadas sem fins lucrativos ou, ainda, das formas contratação de prestação de serviços existentes em nosso ordenamento jurídico, o que é relevante, especialmente a partir da aprovação do MROSC, cuja Lei vincula também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que aprovaram legislação de organizações sociais com características bastante distintas da federal, particularmente no que se refere à questão da gestão compartilhada, elemento essencial no modelo federal.

Neste sentido, abordaremos, dentre outros pontos, os objetivos pretendidos pelo governo da época com a implementação deste modelo no contexto da Reforma do Aparelho de Estado; a natureza peculiar das entidades qualificadas como OS e seu modelo de governança; o foco em resultados, a natureza e função do contrato de gestão; bem como aspectos relativos ao Programa de “Publicização”. Não é nossa intenção tratar os elementos relativos ao debate sobre a constitucionalidade do modelo, dado que a decisão a esse respeito está nas mãos do Supremo Tribunal Federal. Vamos nos ater apenas ao modelo tal como definido na Lei nº 9.637, de 1998, e no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado.

1. Objetivos do modelo OS

O modelo institucional-legal das organizações sociais tem origem no projeto de Reforma do Aparelho de Estado do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso e está delineado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, órgão consultivo da Presidência da República, e pelo chefe do Poder Executivo Federal, em novembro de 1995. A Lei nº 9.637, de 1998, foi elaborada a partir das definições constantes do Plano Diretor da Reforma, em especial nos itens 6.4, que trata dos “Objetivos para os serviços não-exclusivos”, e 8.1, que detalha o Projeto das “Organizações Sociais e Publicização”.

Nesse sentido, o item 8.1.3 assim define o objetivo com o Projeto das Organizações Sociais:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto de que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor não-estatal.

O objetivo mais geral com as organizações sociais, de acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, consiste, portanto, na transferência dos serviços públicos não-exclusivos de Estado para o denominado “setor público não-estatal”, ou seja, a “publicização” desses serviços.

Por “Serviços não-exclusivos de Estado”, segundo definição do Plano Diretor (Item 5.1), entende-se o setor de serviços públicos nos quais não existe o exercício do poder de Estado e nos quais “o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas”. Já as atividades exclusivas de Estado, conforme o mesmo item do citado documento oficial, são aquelas:

[...] que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização de impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

1.1. O setor público não-estatal

“Público não-estatal” é entendido como o setor de prestação de serviços públicos existente fora da estrutura estatal, isto é, fora da administração pública e constituído por entidades de natureza jurídica privada sem fins lucrativos, que atuam na prestação de serviços de interesse público, simultaneamente ao Estado:

[...] as instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. (Plano Diretor - “Setores do Estado”)

Mais adiante, enfatizando a questão da propriedade, o documento agrega:

[...] Não é propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado.[...]

Do ponto de vista conceitual, referenciado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, a “publicização” é, portanto, um processo de transferência de serviços não exclusivos de Estado para fora da estrutura do Estado, para entidades de natureza jurídica de direito privado sem fins

lucrativos, que prestam serviços de interesse público de forma concorrencial ao Estado, sem implicar na privatização desses serviços.

Esta conceituação de “setor público não-estatal” abrange genericamente o conjunto das entidades privadas sem fins lucrativos que prestam serviços de interesse público, de forma concorrencial com o Estado. Não se trata de um conceito que abarca todas as chamadas organizações não governamentais (ONG), ou as denominadas “organizações da sociedade civil” porque estas nem sempre prestam um serviço público em sentido estrito. Movimentos sociais organizados em torno de reivindicações de segmentos específicos, ou em torno de temas específicos, são relevantes para uma sociedade democrática. No entanto, não podem ser classificados como prestadores de serviços públicos. Apesar dessas restrições, ainda assim o conceito de “setor público não-estatal” abrange um vasto setor de entidades.

Há, entretanto, uma diferença fundamental entre a “publicização” de atividades não-exclusivas de Estado e as formas de concessão de serviços públicos não gratuitos para o setor privado. Essa diferença se dá em função da natureza dos serviços públicos gratuitos “que não podem ser absorvidos pelo mercado”. Neste segmento, não existe a possibilidade de concessão, porque não há o interesse privado empresarial, pela impossibilidade de auferir lucros com a atividade.

Existem, contudo, possibilidades de celebração de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos para execução de certos programas ou ações constantes do plano de governo e cuja execução direta pelos órgãos e entidades públicas pode encontrar dificuldades, seja por falta de pessoal ou de estruturas apropriadas para o alcance dos resultados esperados. É o que ocorre de forma bastante abrangente por meio dos convênios ou termos de parceria. A Lei nº 13.019, de 2014, que trata Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), estabelece as regras desse tipo de parcerias, em substituição às normas anteriores dos convênios. Contudo, esse tipo de parceria se dá sempre em torno da execução de um objeto específico, por tempo determinado, de alcance limitado e não significando a transferência de toda uma atividade estatal para uma entidade do “setor público não-estatal”.

O mesmo acontece com a contratação de prestação de serviços ao setor privado, que é sempre específica, com um objeto bem delimitado, por prazo determinado e com pagamento de valor vinculado aquele objeto específico, por meio de um contrato de prestação de serviços.

Nenhuma dessas formas de relação de prestação de serviços ou de parcerias se assemelha à “publicização” relacionada ao modelo institucional-legal das organizações sociais e das características das entidades qualificadas como OS. Não se trata, de forma alguma, de uma concessão de um serviço à entidade privada, nem de uma prestação de serviços. Também não

se trata de uma forma de terceirização da gestão de um órgão ou entidade pública, o que, s.m.j., é vedado pela Constituição, pois implicaria na delegação, a entidade privada, da prática de atos administrativos, que é de competência exclusiva da administração pública. O modelo das organizações sociais tem características específicas, diferenciadas das demais formas de relação com as organizações da sociedade civil. Não por acaso, a Lei do MROSC excluiu os contratos de gestão das organizações sociais da aplicação daquela Lei.

Organização social é uma qualidade atribuída pelo poder público a determinadas entidades privadas sem fins lucrativos - atendidos os requisitos e as condições estabelecidos em lei -, que poderão, a partir dessa qualificação, absorver os serviços não-exclusivos de Estado, fora da estrutura do Estado, mas mantido o financiamento público dos serviços. O Plano Diretor assim define a organização social:

Entende-se por “organizações sociais” as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder e, assim, ter direito à dotação orçamentária.

As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, desse modo, a privatização ou feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc.

As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se, através das organizações sociais, uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade, através de seus conselhos de administração recrutados no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente, se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor, mas significativa dos custos dos serviços prestados.⁷

Nem toda entidade privada sem fins lucrativos pode, entretanto, ser qualificada como organização social. A qualificação como OS, diferente das qualificações previstas em outras legislações, só faz sentido na medida em que existe uma decisão do poder público de “publicização” de determinada atividade. Não existe no modelo OS um processo geral de qualificação de entidades, com a criação de um cadastro de entidades qualificadas. Em segundo lugar, é necessário o atendimento, por parte da entidade interessada na absorção dessa atividade, dos requisitos previstos em lei (artigos 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637, de 1998), que envolvem a existência de disposições estatutárias

7 Item 8.1.3 do Plano Diretor.

com profundas implicações quanto à natureza da entidade qualificada, bem como em relação ao modelo de gestão e de governança da OS.

Os requisitos de qualificação estabelecidos na Lei nº 9.637, de 1998, implicam em características que diferenciam essencialmente as organizações sociais das entidades privadas sem fins lucrativos em geral, gerando uma transmutação para um tipo específico de entidade que pode ser definida como de natureza comunitária, com um modelo de gestão compartilhada com o poder público.

2. Características fundamentais do modelo das organizações sociais

De forma resumida, podemos afirmar que são duas as características fundamentais do modelo das organizações sociais:

- a. são entidades de natureza jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas em parceria da comunidade beneficiária da prestação de serviços com o poder público, estruturadas com base em um modelo de gestão compartilhada da entidade, o que lhes determina um caráter público não-estatal específico;
- b. são estruturadas com base em um modelo de gestão com foco no alcance de resultados, instrumentalizado por meio de um contrato de metas de desempenho que é o contrato de gestão.

Essas características fundamentais do modelo estão postas de forma explícita na Lei nº 9.637, de 1998. Alguns aspectos estão detalhados no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado e também implícitos no respectivo texto legal. É o caso da característica comunitária das entidades, materializada por meio da representação da comunidade beneficiária dos serviços prestados na instância máxima de direção da OS – o Conselho de Administração:⁸

[...] Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutados no nível da comunidade à qual a organização serve. [...]

8 Conforme descrição constante do item 8.1.3 do Plano Diretor.

2.1. A característica comunitária e de gestão compartilhada das organizações sociais

A lei prevê que, nos conselhos de administração das OS, deverá haver representantes do poder público, entre 20% e 40% do total de membros, e da sociedade civil. A soma dos representantes públicos e da sociedade civil deverá ser superior a 50% do total da sua composição. No entanto, a lei não explicita que os representantes da sociedade civil devem ser recrutados “no nível da comunidade à qual a organização serve”, como definido no Plano Diretor. A ausência desse destaque no texto legal tem permitido uma composição de conselhos de administração com representações da chamada sociedade civil, mas sem uma vinculação mais próxima com os beneficiários diretos dos serviços. O caso mais típico talvez tenha sido o do Hospital Regional de Santa Maria, no Distrito Federal, cuja administração foi entregue à Real Sociedade Espanhola de Beneficência, da Bahia, tendo a legislação distrital dispensado a referida entidade do cumprimento de vários dispositivos legais que asseguravam a representação da sociedade local.⁹ O conceito de representação da comunidade beneficiária dos serviços é, em nosso entendimento, um elemento fundamental do modelo, porque atrai, para a gestão das entidades, a participação dos interessados diretos pelos serviços prestados. Sua substituição por representações genéricas da “sociedade civil”, sem legitimidade junto à comunidade diretamente beneficiária, anula esta característica do modelo, que é trazer os interessados para dentro da entidade prestadora de serviços. Ademais, tal atitude contradiz o sentido do texto do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, um documento oficial do Poder Executivo federal, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado e, logo, pelo presidente da República, e que fundamentou os Projetos da Reforma do Estado e a Lei nº 9.637, de 1998. Não há qualquer dúvida quanto ao sentido do texto da Lei das OS.

É justamente a característica comunitária das entidades qualificadas que define o caráter “público não-estatal”. Mais ainda, no modelo das OS, a gestão compartilhada das organizações sociais, entre o poder público e a comunidade beneficiária – por meio dos conselhos de administração –, diferencia essencialmente as OS de outras entidades privadas sem fins lucrativos, especialmente as ONG. Ainda que as entidades qualificadas tenham formalmente a natureza jurídica de direito privado sem fins lucrativos, essencialmente se caracterizam como entidades do tipo “público não-estatal” *específico*, isto é, comunitárias com gestão compartilhada com o poder público.

Esse é um dos aspectos menos compreendidos do modelo das organizações sociais. O equívoco mais comum é confundir as OS com as ONG. ONG é organização da sociedade civil, de natureza jurídica e composição puramente privada, tanto na base como na direção, portanto, independente em relação ao poder público. Não é o caso das OS, cuja direção é compartilhada entre o poder

⁹ Lei nº 4.081/2008 do Distrito Federal.

público e a comunidade beneficiária do respectivo serviço, o que as caracteriza como entes públicos não-estatais específicos, organizados fora da estrutura da administração pública.

Essa definição elimina também a hipótese de que o modelo de OS possa ser considerado como a contratação de serviços de terceiros, por ser a própria comunidade beneficiária organizada, em parceria com o poder público, que presta os serviços. Em tese, portanto, não há *terceiros* envolvidos, característica que também determina a impossibilidade de seleção pública para escolha competitiva de entidades, com vistas a uma prestação de serviços. Não há concorrência para o estabelecimento de uma relação entre o poder público e a organização social que reflete a comunidade beneficiária.

Em consequência dessas características, enquanto as organizações da sociedade civil em geral se organizam de forma autônoma e independente do Estado, não existem na sociedade entidades privadas sem fins lucrativos com as características das organizações sociais, na forma prevista na Lei Federal nº 9.637, de 1998. As ONG e outras organizações da sociedade civil se organizam atendendo exclusivamente às exigências previstas no Código Civil. Como são organizações independentes do Estado, não têm um modelo de governança baseado nos requisitos estabelecidos nos artigos 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637, de 1998, com a participação do poder público em suas instâncias de direção e, menos ainda, com um Conselho de Administração composto com uma maioria de representantes do poder público e da comunidade beneficiária dos serviços, o que, na prática, combinado com o domínio sobre os recursos do fomento, dá poder de veto ao poder público. Deixariam de ser “organizações da sociedade civil” independentes e autênticas se adotassem esse modelo de gestão e de governança, que é de cogestão com o poder público.

Teoricamente, poderiam existir entidades representativas de comunidades beneficiárias específicas, com foco de atuação em áreas de atividade passíveis de “publicização” e, portanto, de qualificação como organização social. Nessa hipótese, deveria haver uma negociação do poder público com essas entidades para as adaptações estatutárias, com vistas à qualificação como OS, ou seja, a respectiva reorganização abrangente, com a previsão de uma estrutura de direção compreendendo um conselho de administração, com adequada representação da comunidade beneficiária e do poder público e, ainda, uma estrutura profissional de prestação de serviços, em conformidade com as disposições legais. Na prática, entretanto, as entidades qualificadas como OS não são pré-existentes e não surgem de iniciativas autônomas da sociedade civil. São criadas em função de uma decisão do poder público de “publicização” de determinada atividade classificada como “não-exclusiva de Estado”, em conformidade com a Lei. É a partir da decisão de “publicização” que se cria uma entidade para uma parceria entre o poder público e a comunidade beneficiária do serviço em questão, a partir de uma iniciativa do poder público. Esta entidade

refletirá a parceria entre o poder público e a comunidade destinatária e beneficiária dos serviços, por meio da escolha de adequada representação da comunidade e dos órgãos e das instituições públicos envolvidos com a respectiva prestação de serviços.

Outro aspecto relevante que constitui requisito para a qualificação como organização social é a exigência relativa ao patrimônio, prevista no inciso “i” do artigo 2º da Lei nº 9.637, de 1998:

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;

As pessoas, em geral, se confundem na interpretação desse dispositivo, dando a entender que se refere apenas ao patrimônio adquirido pela organização social durante a vigência do contrato de gestão e com os recursos públicos repassados, o que é um equívoco. Trata-se do *patrimônio integral da entidade*, que será incorporado por outra organização social de mesma área de atuação, independentemente da origem dos recursos ou, se adquirido anteriormente à celebração do contrato de gestão. A parte final do dispositivo que se refere à incorporação do patrimônio da entidade “ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados”, aplica-se apenas aos casos em que esse patrimônio, pela ausência de outra organização social que absorva as atividades, seja incorporado ao patrimônio da União e dos entes federados. A repartição proporcional do patrimônio entre os entes federados, em caso de extinção da entidade ou sua desqualificação como OS, só é aplicável quando a atividade não é absorvida por outra organização social da mesma área. O texto é absolutamente claro nesse aspecto. Assim, esse requisito estatutário coloca todo o patrimônio da entidade sob a tutela do poder público. Trata-se de mais uma evidência de que o modelo institucional-legal das OS jamais foi pensado na perspectiva de transferência de atividades para entidades privadas sem fins lucrativos pré-existentes. De fato, o modelo foi pensado e formulado na perspectiva de criação customizada de entidades específicas para absorção das atividades “publicizadas”, que receberiam recursos públicos de fomento e bens públicos para o desenvolvimento das atividades.

Quais entidades com real existência prévia, prestação de serviços e patrimônio relevantes aceitariam submeter-se à tutela do poder público, tanto em relação ao patrimônio quanto à gestão da entidade? Excetuando-se os casos de entidades em situação falimentar, que por esta razão poderiam aceitar a tutela, é pouco provável que entidades amplamente reconhecidas na sociedade por seus serviços prestados e com um patrimônio significativo, além de uma estrutura profissional de prestação de serviços, viessem a aceitar os requisitos legais para fins

de qualificação. Por outro lado, não interessa ao poder público absorver entidades em precária situação financeira, porque correria o risco de ter que assumir responsabilidades indevidas e indesejáveis no decorrer do processo.

A conclusão, portanto, é que este tipo de entidade não tem, em geral, pré-existência. É criada de forma customizada, para uma prestação de serviços específica que é “publicizada”. Essa é a realidade de todos os processos de qualificação como organizações sociais no governo federal.

Não existe, dessa forma, a possibilidade de uma seleção pública de entidade para fins de qualificação como OS, pela simples razão de que não existem na sociedade organizações sociais que possuam, previamente, os requisitos legais de qualificação atendidos, exceto quando criadas para a finalidade exclusiva de assumir um serviço público específico em vias de “publicização”. Como já assinalamos em outros documentos, não existe um “mercado de organizações sociais”¹⁰ que permite uma escolha, por meio de seleção competitiva, para celebração do contrato de gestão. Por outro lado, também como tratado neste artigo, conceitualmente, no caso do “setor público não-estatal”, não há participação de um *terceiro* prestador de serviço, mas a organização da prestação de serviço público pela comunidade beneficiária, em conjunto com o poder público, o que caracteriza um modelo de cogestão.

Nesse contexto de inviabilidade de seleção competitiva de entidade para fins de qualificação, é fundamental a adequada escolha dos representantes da comunidade beneficiária e dos órgãos e das instituições públicas para composição do conselho de administração, de modo a assegurar a efetiva participação da comunidade e o controle social sobre a entidade. Esse processo deve ser amplamente detalhado e fundamentado pelo órgão supervisor, assim como a decisão prévia de publicização de determinado serviço. Em atendimento ao princípio constitucional da publicidade, todas essas etapas do processo devem ser tornadas públicas. Por sua vez, a aplicação, em conformidade, do princípio da impessoalidade será assegurada por uma formação do conselho de administração composto por representantes legítimos e reconhecidos da comunidade beneficiária, seja esta local, regional ou nacional, dependendo do caso.

2.2. O foco na gestão para resultados do modelo OS

A segunda característica fundamental do modelo é o foco na gestão para resultados, que visa à constante melhoria do atendimento ao cidadão-cliente e da eficiência administrativa. A ênfase

10 Vide capítulo sobre Organizações Sociais do livro Manual de Administração Pública Democrática – Conceitos e Formas de Organização, de Valéria Alpino Bigonha Salgado, pág. 399 e seguintes.

no alcance de resultados constitui uma das diretrizes fundamentais do modelo, conforme exposto do art. 20 da Lei nº 9.637, e permeia toda a relação instrumentalizada pelo contrato de gestão, cujas funções são orientar a gestão da entidade com a pactuação de metas e induzir a entidade à busca permanente de melhorias no seu desempenho institucional.

No art. 5º da mesma Lei, o contrato de gestão é definido como instrumento de parceria e fomento, o que aparentemente o aproximaria das características dos convênios. No entanto, o art. 6º estabelece que o contrato de gestão “discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do poder público e da organização social”, que são características dos instrumentos contratuais. O art. 7º, por sua vez, remete para cláusulas referentes a metas a serem alcançadas e a uma sistemática de avaliação de desempenho mediante utilização de indicadores de qualidade e produtividade. O art. 16, por seu turno, estabelece a possibilidade de desqualificação da entidade como organização social, “quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão”, o que torna o alcance das metas pactuadas, considerada a graduação prevista na sistemática de avaliação de desempenho, uma obrigação de fato. Como a organização social tem direito aos créditos previstos no orçamento e às liberações financeiras, conforme o disposto no § 2º do art. 11 da Lei, ainda que o cronograma de liberações seja definido no contrato de gestão, não há devolução desses recursos em caso de não alcance das metas. Contudo, a combinação das disposições constantes dos artigos 7º e 16 impõe a desqualificação da entidade como organização, em caso de descumprimento das cláusulas do contrato de gestão.

Assim, ao contrário da interpretação de alguns juristas, o contrato de gestão pouco tem em comum com o instrumento do convênio, normalmente restrito a parcerias pontuais para o desenvolvimento de ações específicas ou para o fomento de atividades de interesse público desenvolvidas por entidades privadas, independentes do poder público. O contrato de gestão das organizações sociais, ao contrário, é instrumento de orientação da gestão de toda a entidade, no contexto de uma gestão compartilhada de um serviço entre o poder público e a OS. A filosofia do alcance de resultados é concretizada na formulação de metas que são pactuadas entre o órgão supervisor e a OS. A definição das metas, dos resultados a serem alcançados ao longo de um período de tempo, requer o conhecimento das necessidades da população em termos da prestação dos serviços, bem como da capacidade, de parte da organização, de alcance desses resultados e pressupõe, portanto, um conhecimento de seus pontos fortes e suas fragilidades, assim como de suas necessidades em termos de recursos e estímulos. As metas devem ser definidas na perspectiva de estimular a melhoria do desempenho da entidade. Mas, ao mesmo, devem ser possíveis de serem alcançadas, considerados os recursos disponíveis ou possíveis de serem disponibilizados para o seu alcance. Assim sendo, o contrato de gestão é claramente um instrumento de orientação para a gestão da entidade, porque abrange não só

a definição de metas, mas um conjunto de mecanismos que vinculam recursos, estímulos e responsabilização de dirigentes, ou seja, mecanismos de gestão da organização.

De fato, o contrato de gestão das organizações sociais incorpora elementos tanto dos instrumentos contratuais como dos convênios, ao mesmo tempo que se diferencia de ambos, tornando-se um instrumento de características próprias e diferenciadas. Essas características só podem ser compreendidas a partir de uma visão holística do modelo, em que a relação de parceria é intrínseca e envolve a própria gestão compartilhada da entidade. O financiamento das atividades se dá por meio da fórmula do fomento, mas este modelo específico de fomento referencia o repasse dos valores ao alcance de metas de desempenho pactuadas, que se tornam uma obrigação contratual, ainda que a sistemática de avaliação do alcance de resultados possa estabelecer graduações ou níveis de desempenho que constituem informações relevantes para o aprimoramento da gestão da entidade. Em síntese, o contrato de gestão é um instrumento de pactuação de metas, que orientam toda a atividade e induzem à constante melhoria de desempenho da organização social, onde os valores financeiros repassados são definidos como fomento.

A falta de compreensão acerca da natureza e das características do contrato de gestão das organizações sociais conduz a problemas sérios para a prestação de contas das entidades e o controle da execução do contrato. Não se trata somente da dificuldade dos órgãos de controle na incorporação e aceitação do controle de resultados, o que constantemente implica na imposição do controle formal, processualístico, mas do tratamento do contrato de gestão como uma forma de convênio. Em consequência, tende-se a não abordar a avaliação do contrato como instrumento de pactuação de metas de desempenho que orienta toda a gestão da entidade, derivando para uma avaliação da execução de ações, como se houvesse um plano de ações do contrato de gestão e outro conjunto de ações “da própria entidade”, em lugar da avaliação do alcance das metas de desempenho no desenvolvimento do conjunto de suas atividades. Na realidade, o contrato de gestão é instrumento de pactuação de metas de desempenho da entidade, referentes à atividade “publicizada”. Esse instrumento não contém um plano de ações por não se tratar de um instrumento de parceria para desenvolvimento de ações específicas.

É óbvio que a organização deve ter um plano de ação para execução em cada exercício. Em geral, as metas de desempenho estão assentadas no desenvolvimento das ações da entidade. No entanto, metas de desempenho podem ir muito além da mera execução de ações. Desde logo, o contrato deve contemplar metas de qualidade (qualidade do atendimento ao cidadão, qualidade dos produtos, etc.), que não são alcançadas pelos aspectos quantitativos de um plano de ações.

Mas, além da natureza do contrato de gestão (contrato de metas), é preciso lembrar que o desenho do modelo como um todo é permeado pela filosofia do alcance de resultados, o que se observa nas diretrizes do Programa de Publicização ao estabelecer a “ênfase no alcance de resultados qualitativos e quantitativos, nos prazos pactuados” e, na estratégia de participação social na gestão da entidade, que tem o claro sentido de induzir a pressão da cidadania para a melhoria constante da prestação de serviços (art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998).

Coerente com essa característica, a sistemática de avaliação da execução do contrato de gestão, também definida em lei, está centrada na verificação do alcance das metas pactuadas, o que também orienta as ações de controle com foco em resultados. O controle da execução financeira tem, neste modelo, caráter apenas complementar e visa a verificar a correta aplicação dos recursos repassados no alcance dos objetivos e das metas do contrato de gestão, ou seja, na atividade “publicizada”. A questão dos custos das metas é uma discussão à parte, específica, mais complexa e abrangente. É uma questão que é parte da avaliação e do controle da entidade, mas não deve derivar para a substituição do controle de resultados pelo controle burocrático formal.

O foco na gestão para resultados necessita, entretanto, maior autonomia e flexibilidade administrativa comparativamente aos órgãos públicos, que são regidos por normas mais rígidas e onde o controle nos aspectos formais predomina. No atual contexto, o foco em resultados só é possível efetivamente com base no direito privado, que permite maior liberdade de ação e flexibilidade aos administradores.

Entre outros aspectos relevantes na gestão para resultados das organizações está a competência, definida em lei, do conselho de administração em aprovar os regulamentos de compras e contratações e de recursos humanos. É absolutamente essencial para o modelo de gestão para resultados que esses regulamentos, ao mesmo tempo, assegurem a aplicação “em conformidade” dos princípios constitucionais (considerados as características peculiares de sua aplicação no direito privado) e sejam flexíveis o suficiente para permitir que as metas pactuadas possam ser alcançadas “nos prazos pactuados”, como estabelecido nas diretrizes do Programa de Publicização (art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998). O excesso de formalismos e burocracia, sem dúvida, inviabilizaria o alcance dos resultados nos prazos pactuados ou até mesmo impediria o estabelecimento de prazos. Os regulamentos da OS precisam ser elaborados, tendo essa diretriz da lei como eixo orientador.

A política de recursos humanos é igualmente essencial na gestão para resultados. A entidade só terá êxito no alcance de resultados se a pactuação das metas com o poder público, por meio do contrato de gestão, desdobrar-se para uma pactuação interna entre a direção e o corpo funcional, com vistas à mobilização de todos os seus recursos. Só uma firme adesão do corpo

funcional permitirá o alcance pleno das metas nos prazos pactuados. Isso exige capacidade de liderança de parte da direção, mas, também, a possibilidade de oferecer estímulos por meio de premiações por desempenho. O direito privado e uma política de recursos humanos moderna, traduzida na forma de um regulamento flexível e coerente com a filosofia de gestão, além de flexibilidade para contratar e demitir de acordo com as necessidades de cada momento, permitem a pactuação interna e a adesão dos empregados aos objetivos estabelecidos pela direção da entidade, constituindo-se, portanto, em elementos fundamentais, sem os quais o modelo não se viabiliza.

Neste sentido, a Lei nº 9.637, de 1998, estabeleceu bases coerentes para a gestão orientada a resultados no modelo das organizações sociais, não só na forma de diretrizes, mas assegurando ao conselho de administração das entidades os poderes necessários relacionados à aprovação de normas internas consistentes com as diretrizes. Estabeleceu, ainda, características precisas para o contrato de gestão, a sistemática de avaliação e o controle no desenvolvimento das atividades da entidade. A Lei é um conjunto harmônico de dispositivos, um todo coerente, da orientação para resultados e dos meios necessários para a efetiva implementação da orientação por parte da direção da entidade.

3. O Programa de “Publicização”

O Programa de “Publicização”, previsto no art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998, tem por objetivo delinear uma estratégia para o processo de transferência das atividades não-exclusivas de Estado para o “setor público não-estatal”. O citado dispositivo remete para uma regulamentação que aprovaria, por decreto do Poder Executivo, o referido Programa, algo similar ao Programa de Privatizações na área econômica, e que tornaria transparentes os objetivos governamentais nesse campo, em cada momento. O regulamento poderia definir precisamente as atividades a serem publicizadas e os procedimentos para sua implementação por parte do Executivo.

De fato, essa regulamentação é necessária porque a Lei fala genericamente em seis áreas de atividades passíveis de publicização: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Algumas dessas áreas são definidas com certa precisão na Lei. É o caso das atividades de ensino, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, que são atividades tipicamente executivas e não se confundem com qualquer atividade exclusiva de Estado. No entanto, nos casos da saúde, cultura e proteção e preservação do meio ambiente, que são áreas de atuação governamental mais gerais, é necessário distinguir as atividades não-exclusivas de Estado, que poderão ser objeto de “publicização”, das atividades

exclusivas de Estado, para as quais a publicização é vedada. A título de exemplo, a formulação e implementação das políticas públicas são atividades exclusivas de Estado, competem ao governo. Contudo, as atividades executivas de serviços de saúde (hospitais, centros de saúde, etc.), além das relacionadas a museus e bibliotecas e outras na área de cultura são não-exclusivas e poderão ser objeto de “publicização”. Da mesma forma, na área do meio ambiente, as atividades de regulação e fiscalização são exclusivas de Estado, porque envolvem o exercício do poder de Estado. Por sua vez, outras atividades de proteção e preservação, como a gestão de parques, poderão ser “publicizadas”.

A regulamentação do programa por decreto do Poder Executivo detalharia com precisão as atividades que, por decisão governamental, seriam “publicizadas” em cada área prevista na Lei, apontando os órgãos e entidades públicos atualmente responsáveis pelo desenvolvimento dessas atividades e que poderiam, por essa razão, ser extintos ou ter suas competências modificadas.

O mais relevante, entretanto, são as diretrizes que devem orientar a “publicização” das atividades. Essas instruções norteiam o modelo em todos os seus aspectos, sendo, portanto, indispensável a sua compreensão. O art. 20 da Lei estabelece as seguintes diretrizes:

- a. O foco no cliente-cidadão, ou seja, a prestação de serviços aos cidadãos e não ao Estado;
- b. Ênfase no alcance de resultados, qualitativos e quantitativos, nos prazos pactuados;
- c. Controle social das ações de forma transparente.

A primeira diretriz do Programa de Publicização, ou seja, a “ênfase no atendimento do cliente-cidadão” já é um grande divisor de águas. Essa diretriz é fundamental para a identificação dos destinatários dos serviços passíveis de “publicização”, ou seja, o “cliente-cidadão”, não o Estado ou os órgãos da administração pública. É sabido que, por razões diversas, muitas ditas parcerias, estabelecidas por meio de convênios, são utilizadas de forma indevida para fornecimento de apoio aos órgãos e às entidades integrantes da administração pública, seja pela entrega de produtos (do tipo “estudos e pesquisas”) ou, até mesmo, com alocação de pessoal nos órgãos e entidades convenientes. No caso das organizações sociais, a lei expressamente define, como diretriz do Programa de Publicização, que o destinatário da prestação de serviços “publicizada” é exclusivamente o “cliente-cidadão”, o que veda qualquer hipótese de que o modelo de organização social seja utilizado como fundação de apoio ou para prestar serviços de apoio à administração.

A diretriz “b”, que traça o foco na gestão para resultados e o controle social das ações - realizado por meio do conselho de administração das organizações com forte representação da comunidade beneficiária da prestação de serviços -, já foi abordada anteriormente.

A diretriz “c” coloca ênfase no controle social e na transparência em relação à prestação de serviços e à gestão da entidade. Essa definição do controle social abrange a participação social na gestão da entidade, via representação nos conselhos de administração definidos em lei como instância superior de direção das organizações sociais, e vai desde o planejamento das ações, o acompanhamento regular do desenvolvimento das atividades, até a avaliação de resultados ao final de cada exercício. Assim, o controle social é completo, não apenas *a posteriori*, e permite aos representantes da sociedade civil intervir durante o desenvolvimento das atividades, com vistas à correção de rumos e alteração de planos.

4. Algumas conclusões

As legislações aprovadas em vários estados, no Distrito Federal e em municípios, que supostamente se referenciam no modelo federal de organizações sociais aprovado pela Lei nº 9.637, de 1998, mas que não mantêm as características essenciais desse modelo, criam uma série de problemas jurídicos e operacionais para os administradores públicos, órgãos de controle e, também, para as entidades que colaboram com o poder público. Com a aprovação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, por meio da Lei nº 13.019, de 2014, isso se agudiza, porque várias legislações estaduais e municipais adotaram modelos diferenciados para a “publicização” de atividades e que se afastaram das características comunitárias e de cogestão dos serviços, essenciais do modelo federal. Em geral, são modelos de terceirização da gestão de hospitais e outras unidades prestadoras de serviços ou, ainda, de concessão de serviços para entidades sem fins lucrativo, de cunho religioso ou de tipo comunitário, mas refletindo a organização de comunidades de regiões distintas da beneficiária da prestação de serviços.

No Distrito Federal, como relatamos anteriormente, foi aprovada no governo Arruda, em 2008, uma legislação que não prevê a participação do poder público nos conselhos de administração, eliminando, portanto, o modelo comunitário de gestão compartilhada. A lei anterior, idêntica à federal, foi revogada. Ademais, a nova legislação introduziu dispositivos, dispensando especificamente a Real Sociedade Espanhola de Beneficência - contratada para gerenciar o Hospital de Santa Maria - de contar, na sua direção superior, com a representação da comunidade beneficiária local. Nesse caso em particular, foi eliminado, além da gestão compartilhada, o caráter comunitário da organização social, pelo menos no que se refere à população beneficiária dos serviços.

Em outros casos, tivemos também a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, de fundo religioso, para a gestão de hospitais públicos, sem a composição de uma direção colegiada

com adequada representação da comunidade beneficiária dos serviços e sem a participação do poder público. Assim, tanto no caso do Hospital de Santa Maria como nos outros casos citados, não estamos diante do modelo das organizações sociais previsto na Lei nº 9.637, de 1998, porque não estão presentes características essenciais desse modelo. Temos, sim, a contratação de prestação de serviços privados de gerenciamento de hospitais ou outros serviços públicos, o que é procedimento de duvidosa constitucionalidade. Mais ainda, considerando o afastamento de processo licitatório para esse tipo de contratação. No mínimo, não se poderia, nesses casos, afastar o processo de licitação para seleção competitiva de entidade.

Com a aprovação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, por meio de uma lei nacional que vincula não só a União, mas também os demais entes da federação, as relações com as entidades privadas sem fins lucrativos passam a ter uma regulação mais efetiva, deixando pouco espaço para modelos diferenciados e híbridos. Com o MROSC, as relações de parceria e fomento com as organizações da sociedade civil se concentram em dois modelos legais básicos: a) o da própria Lei nº 13.019, de 2014, que veio a substituir as normas infralegais dos convênios; e b) o das parcerias com qualificação prévia, da Lei nº 9.790, de 1999, referente às Oscip. Para as políticas e os programas de publicização de atividades não exclusivas de Estado, é aplicável o modelo da Lei Federal. Considerando que a Lei do MROSC estabeleceu como exceção apenas os contratos de gestão das organizações sociais “na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 1998”, supõe-se que as legislações diferenciadas de OS, que são variantes não consistentes com o modelo federal, terão que ser revistas e adaptadas à legislação federal referente a esse modelo.

Referências

BRASIL. Fundação Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Ano 47, v.120, n. 1; jan – abr, 1996.

BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho de estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

GRAEF, A. **Organizações sociais no Distrito Federal: uma perversa metamorfose**. Gespublica. Disponível em: < http://www.gespublica.gov.br/projetos-aco/es/pasta.2009-07-15.5584002076/Organizacoes_Sociais_no_Distrito_Federal_uma_perversa_metamorfose.pdf >

MODESTO, P. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n. 9. dez. 2001.

SALGADO, V.A.B. **Manual de administração pública burocrática**. Campinas; Saberes; 2012.