TERCEIRO SETOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. CONTRATO DE GESTÃO

Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus “vínculos contratuais” com o Estado.

EGON BOCKMANN MOREIRA*

1. Introdução. — II. O “terceiro setor” e o Direito brasileiro. — III. As Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): o “terceiro setor” oficial. — IV. As Organizações Sociais e os “contratos de gestão”. — V. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e os “termos de parceria”. — VI. Conclusões.

1. Introdução

1. É conhecido o fato de que o Direito Administrativo brasileiro vem sofrendo sérias alterações desde a última década do Séc. XX. De forma rápida e ininterrupta, a disciplina foi modificada devido ao grande número de normas editadas todos os meses, versando sobre os mais diversos temas. Modificação qualitativa e quantitativa, oriunda de alterações “verticais” (as emendas constitucionais que modificaram o ideário da legislação, de cima para baixo), “horizontais” (a legislação ordinária, as medidas provisórias e mesmo os decretos, que transformam o interior dos diplomas administrativos) e “transversais” (oriundas da promulgação de leis que interagem com o Direito Administrativo, como é o caso do novo Código Civil).

Tais alterações têm ampliado sobremaneira a dimensão cognitiva que se exige do intérprete, fazendo com que as leis administrativas não mais se submetam aos mesmos critérios e paradigmas de um passado recente. Está ocorrendo uma verdadeira contrução, desconstrução e reconstrução do Direito Administrativo brasileiro,

* Advogado em Curitiba, mestre em Direito Administrativo pela UFPR.

simultâneas a uma interação com noções estranhas ao nosso sistema jurídico. De um instante para outro, expressões como autoridades administrativas independentes, serviços de interesse geral, núcleo estratégico, terceiro setor, princípio da subsidiariedade, contratos de gestão, princípio da eficiência, pregão eletrônico etc. passaram a fazer parte de nossa realidade jurídico-cultural.

2. Por óbvio, os efeitos dessa metamorfose não serão exauridos nem sentidos por completo de imediato. Um período de estabilidade normativa e o transcurso de algumas décadas serão necessários para que se possa avaliar com exatidão este novo Direito Administrativo. Lembre-se que o mundo ainda vive os reflexos da contaminação global das privatizações, cujo marco inicial pode ser atribuído aos governos Reagan e Thatcher, que disseminaram ativamente o modelo econômico-administrativo norte-americano ao final da década de 70. Desde então, e tal como aponta Cosmo GRAHAM, desenvolve-se mundialmente a idéia por detrás das privatizações promovidas pelo Partido Conservador inglês a partir de 1979: a de que os *utilities services* deveriam ser tratados como *commodities*, da mesma forma que quaisquer outros bens ou serviços disponíveis no mercado¹.

Ou seja, esse fenômeno de célere metamorfose jurídica não é exclusivo do Direito brasileiro, mas é uma realidade mundial. Especialmente a Comunidade Européia vem sofrendo sérios impactos, ao ponto de a compreensão do Direito Administrativo interno aos Estados membros passar pela compreensão do Direito Comunitário, que traz consigo um “Direito Administrativo Europeu”, obrigando cada uma das nações comunitárias à alteração e conformação de sua compreensão interna da matéria (legislativa, jurisprudencial e dogmática)².

II. O “terceiro setor” e o Direito Administrativo brasileiro

3. Nesse cenário de mudanças, o Estado brasileiro tem ampliado cada vez mais as opções de relações integrativas com pessoas jurídicas de Direito Privado. Seja através de subsídios e repasses de verbas públicas, seja mediante estímulo e apoio institucional a iniciativas privadas, a Administração Pública vem implementando novos modos de ver prestigiado o interesse público.

Tais relações integrativas inserem-se num campo de atividades cuja competência para o seu desenvolvimento é pública, mas não exclusiva. De usual desdobram-se em empreendimentos tipicamente solidários nas áreas de saúde e educação, nos quais

1 *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 3.

2 Cfr. Fausto de QUADROS, especialmente ao afirmar que “o Direito Comunitário, num movimento vertical, de cima para baixo, e ancorado no princípio do seu primado sobre o Direito interno, tal como a jurisprudência comunitária o construiu, *penetra directamente* no Direito Administrativo estadual, introduzindo neste alterações que os órgãos nacionais de criação e de aplicação do Direito ainda *não quiseram* ou, porventura, até *rejeitam*” (*A nova dimensão do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 26 — grifos do original).

o Estado estimula a cooperação desinteressada de particulares e dela se vale para atingir objetivos públicos.

4. Frente ao Direito brasileiro, pode-se afirmar que uma das origens históricas dessa integração público-privada está nas chamadas “paraestatais”. Especialmente na década de 40, deu-se a criação de entidades relativas a determinadas categorias profissionais, auto-administradas pelas respectivas agremiações coletivas (os “serviços sociais”).

As funções das paraestatais têm cunho eminentemente social, profissional e solidário — oferecendo cursos de formação, serviços de treinamento, apoio à criação de empresas atividades de lazer e culturais (colônia de férias, teatro, cinema, publicações, debates etc.). Ao Estado cabe instituí-las e estabelecer uma forma de financiamento público para suas atividades. Sua disciplina normativa funda-se em leis e (ou) regulamentos públicos específicos, além de seus estatutos internos.

Trata-se de entidade conhecidas por suas siglas, cada qual reveladora da categoria profissional pertinente: SESI (Serviço Social da Indústria), SESC (Serviço Social do Comércio), SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários), SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) etc.

Em suma: as paraestatais dependem do Estado para sua criação e têm por finalidade o atendimento a determinada classe sócio-econômica, sob administração de seus membros e financiamento mediante contribuições sociais compulsórias.

5. Mais recentemente, e aperfeiçoando o modelo dessas parcerias público-privadas, deu-se o desenvolvimento do chamado “terceiro setor” através da promulgação de leis que regem a instituição das “Organizações Sociais — OS” e “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público — OSCIP”. São pessoas jurídicas de Direito Privado, submetidas espontaneamente ao influxo (ao menos parcial) de regras de Direito Público, que desenvolvem atividades de interesse social (não-exclusivas do Estado), com o apoio da Administração.

Ao contrário dos serviços sociais, o terceiro setor é gerado imediatamente pela iniciativa de pessoas privadas e visa a atingir objetivos não necessariamente vinculados a determinada categoria profissional. No caso brasileiro não é o Estado que cria as OS e OSCIP, mas apenas estimula a sua criação (seja através de benefícios, seja através da propaganda oficial) e outorga tais títulos àqueles que se submetem a a determinadas exigências legais. São pessoas jurídicas de Direito Privado instituídas e qualificadas com vistas ao exercício da solidariedade em favor de terceiros. Para tal fim e enquanto atuarem legitimamente, recebem benefícios públicos.

6. Como bem anota Vital Moreira o terceiro setor possui “contornos não incontroversos”, que se refletem inclusive na discrepância acerca de sua denominação: “terceiro setor”, “setor não lucrativo”, “setor de utilidade pública” e “economia social” são algumas das designações propostas pela doutrina. O que existe de unânime é ser uma realidade híbrida dos setores público e privado: “Trata-se de um sector intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles”. Além disso, o interesse pelo terceiro setor é fenómeno mundial, “produto do descomprometimento do Estado em

relação a serviços públicos que a teoria do Estado-providência e do Estado social tinham acarretado e que a voragem neoliberal dos anos oitenta veio repelir” e seu crescimento é, em grande parte, “uma consequência do ‘emagrecimento’ do sector público e da assunção de tarefas públicas por entidades privadas”³.

Em suma, o terceiro setor tem por objeto o chamado “setor público não-estatal”, através de um programa simultâneo de publicização parcial de entidades privadas e despolitização de decisões administrativas, conferindo autonomia e reflexibilidade a serviços públicos não-exclusivos, com o consequente incremento da responsabilidade de seus executores, aumentando a participação e controle popular quanto aos seus objetivos e resultados.

Ao mesmo tempo em que se confere determinado título jurídico a pessoas de Direito Privado, a fim de que atinjam específica finalidade de interesse público, suprime-se a participação direta da Administração na gestão da atividade. O resultado é um setor híbrido da economia, em que as pessoas privadas organizam-se com o intuito de exercer atividades públicas e não-lucrativas.

III. As Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): o “terceiro setor” oficial

7. A partir dos anos 90, um dos objetivos da Reforma Administrativa instalada no Brasil foi justamente o de criar meios jurídicos para estimular a transferência de determinadas atividades estatais a entidades particulares, que atenderiam a interesses públicos desvinculados do assim denominado “núcleo estratégico”, configurado por funções essenciais à definição e execução das políticas públicas (Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público e determinados setores do Poder Executivo).

Tais pessoas ocupariam o terceiro setor: um espaço privado, destinado ao cumprimento de tarefas com índole e finalidade públicas, mediante fomento estatal. Houve uma fusão de aspectos pertinentes às duas esferas (Pública e Privada), unindo parcelas dos conceitos de “autonomia privada”, “fomento”, “utilidade pública” e “Administração indireta”. Pretendeu-se a implementação de pessoas privadas cujas existência vise a atender e cumprir interesses públicos — porém, sob peculiares estímulo e controle jurídico-administrativo.

Tudo isso ocorre como se o Estado abrisse mão de determinados encargos sociais, transferindo sua execução mediante a qualificação jurídica e a outorga de benefícios a pessoas privadas. A Administração apenas fomenta e controla os particulares que exercem essa categoria de atividades públicas, despojando-se da responsabilidade por sua execução.

8. Dentro dessa concepção, as “Organizações Sociais — OS” (Lei 9.637/1998) consubstanciam um dos modelos normativos de pessoas do terceiro setor. Foram

3 *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 33. Acerca do terceiro setor e seus dilemas, veja-se também Ana Paula Santos QUELHAS, *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*, Coimbra, Almedina, 2001, especialmente pp. 19-33 e 103-126.

arroladas na condição de entes privados que exercem atividade de interesse público, pois: 1) não integram o núcleo estratégico; 2) não exercem as “atividades exclusivas” (serviços que somente o Estado pode realizar — v.g., segurança pública e justiça); 3) suas atividades são desenvolvidas apenas nos campos da educação, meio ambiente, cultura e saúde; 4) não podem prestar serviços ou produzir bens com objetivos mercantis.

A Lei 9.637/1998 confere as seguintes características às OS: sua qualificação decorre de decreto emitido discricionariamente pelo Poder executivo (art. 1º); o conselho de administração é formado por representantes do Poder Público e da sociedade civil (art. 3º); licitações através de regulamento próprio (art. 17)l; os recursos de fomento são oriundos do contrato de gestão (arts. 5º e 12), cuja execução deve ser fiscalizada pelo órgão público supervisor e TCU (arts. 8º e 9º); a desqualificação exige como motivo o descumprimento ao contrato de gestão e deve ser precedida de processo administrativo (art. 16).

Na lição de PAULO MODESTO, a outorga de tais títulos atende especialmente a três propósitos: “Em primeiro lugar, *diferenciar* as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um *regime jurídico específico*. Em segundo lugar, a concessão do título permite *padronizar* o tratamento normativo de entidades que apresentem *características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades*. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um *mecanismo de controle* de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que não admite apenas concessão, mas também suspensão e cancelamento”⁴.

A fim de exercer tarefas de interesse público, a OS goza de benefícios de fomento, especialmente a transferência de recursos, bens e servidores públicos (Lei 9.637/1998, arts. 11 a 15). O que torna imprescindível sério e minucioso controle quando da constituição de tais entidades e na execução de suas atribuições, além de ter gerado sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de tais “transferências”: afinal, trata-se da utilização de bens públicos por pessoas privadas e da disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública, colocando-se-os numa situação de subordinação hierárquica em face de particulares.

Assim, e apesar de privadas, é nítida a “contaminação” de tais pessoas jurídicas pela Administração Pública — que não só interage ativamente na elaboração do “contrato de gestão”, mas integra a administração gerencial da entidade (financiamento, bens, pessoal e conselho de administração) e controla suas atividades. Pouco há de privado e muito de público no regime jurídico das Organizações Sociais.

4 “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, RTDP 24/77.

9. Recentemente, duas entidades foram qualificadas pelo Governo federal como Organizações Sociais, mediante contrato de gestão a ser firmado com o Ministério da Ciência e Tecnologia⁵.

10. Um ano após a criação das Organizações Sociais, foi editada a Lei 9.790/1999, que estabeleceu a chamada “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (OSCIP). Essa legislação visa a possibilitar a outorga de título a outra categoria de pessoas jurídicas do terceiro setor, com objeto social mais amplo e aperfeiçoado que o anterior. Além disso, há um distanciamento maior do Estado, que não mais pode ceder servidores nem tampouco participa da gestão interna da OSCIP.

A legislação da OSCIP prevê para tais entidades: 1) ausência de fins lucrativos; 2) finalidade explícita e socialmente útil; 3) não-inclusão no rol das impedidas; 4) previsão de normas quanto à estrutura, funcionamento e prestação de contas; 5) aprovação pelo órgão público competente, vinculada e aberta, a pessoas que cumpram os requisitos legais; 6) ausência da transferência de servidores públicos; 7) possibilidade da celebração de “termos de parceria”, visando ao atingimento de metas e prazos — preestabelecidos e fiscalizados —, com o dever de apresentar relatórios periódicos; 8) não-participação do Poder Público em seus quadros diretivos; 9) objeto social mais amplo do que aquele previsto para a OS (doze áreas de interesse da sociedade civil); 10) ato de qualificação vinculado, emitido pelo Ministro da Justiça; 11) licitação por regulamento próprio.

Especificamente no que diz respeito à OSCIP, PAULO MODESTO destaca os seguintes característicos: 1) a idéia de uma sobre-qualificação jurídica (nova qualificação para pessoas privadas sem fins lucrativos); 2) restrição expressa e absoluta quanto à distribuição de lucros ou resultados; 3) identificação de áreas sociais de atuação das entidades; 4) exigência de um órgão interno de fiscalização das entidades (conselho fiscal e/ou de administração); 5) previsão legal de exigências estatutárias; 6) dever de publicidade a documentos da administração e auditorias independentes; 7) criação de instrumento específico, formalizando a parceria e cooperação com o Poder Público (“termo de parceria”); 8) remuneração dos diretores com base em critérios de mercado; e 9) previsão de processo de desqualificação da entidade, sanções e responsabilização dos dirigentes, em caso de ilicitudes⁶.

Nos termos de relatório lavrado pelo Min. MARCOS Vinícios Rodrigues VILAÇA, em face da Lei das Organizações Sociais “a Lei das OSCIPs apresenta avanços quanto à abrangência institucional (a nova lei alcança diversas áreas de

5 Trata-se do “Centro de Gestão e Estudos Estratégicos”, que tem como objetivo a realização de estudos e pesquisas prospectivas na área de ciência e tecnologia e atividades de avaliação de estratégias e de impactos econômicos e sociais das políticas, programas e projetos científicos e tecnológicos (Dec. 4.078, de 9.1.2002) e da “Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa — RNP”, cujo objetivo é a execução de atividades de pesquisas tecnológicas em redes, de desenvolvimento e operação de meios e serviços de redes avançadas e do desenvolvimento tecnológico na área de redes (Dec. 4.077, de 9.1.2002).

6 “Reforma do marco legal...” cit., p. 83.

interesse da sociedade civil), ao processo de qualificação (menos burocrático, mais transparente, ágil e criterioso), ao acesso aos recursos públicos (critérios mais objetivos), aos mecanismos de planejamento, avaliação e controle dos projetos que envolvem recursos públicos (convênios x termos de parceria) e publicização da parceria Estado-OSIP”⁷.

IV. As Organizações Sociais e os “contratos de gestão”

11. Talvez a grande celeuma gerada pela legislação das Organizações Sociais diga respeito justamente ao seu “vínculo contratual” com o Estado. Para evitar confusões, frise-se desde logo que mais uma vez a Reforma Administrativa afeiçoou-se a uma espécie de “nominalismo legislativo”, afastando-se da realidade do ordenamento jurídico.

12. Porém, a paternidade de tal “contrato de gestão” não pode ser atribuída exclusivamente ao processo de Reforma instalado a partir de 1995.

12.1 Por um lado, os contratos de gestão já estavam previstos no art. 8º do Dec. 137, de 27.05.1991 (instituiu o “Programa de Gestão das Empresas Estatais”, revogado pelo Dec. 3.735, de 24.01.2001). Dispositivo que foi executado frente à Associação das Pioneiras Sociais (Lei 8.246/1991, art. 3º), Companhia Vale do Rio Doce (Dec. de 10.06.1992) e Petrobrás (Dec. 1.050/1994).

Tais regras deram origem a inúmeros acórdãos do TCU, dentre os quais merecem destaque duas decisões, lavradas pelo Min. Luciano Brandão ALVES DE SOUZA: nº 24/1993⁸ e nº 20/1994⁹.

12.2 Por outro lado, trata-se também de um fenômeno global. Os vínculos gerados por tais “contratos de gestão” aproximam-se daquilo que LAUBADÈRE e VENEZIA qualificam de “procedimentos de aparência contratual”. São convenções que “certamente repousam sobre um acordo de vontades, mas comportam certas estipulações bastante heterogêneas: umas possuem uma característica normativa, outras uma característica diretiva; além disso, a convenção, ao contrário do princípio do efeito relativo dos contratos, pode não somente reger as partes como estender seus efeitos a terceiros”. Em França, dentre tais convenções os autores mencionam os “*contratos de villes moyennes*” e “*contrats de pays*” (firmados entre o Estado e coletividade locais) e os “*contrats de programme*”, “*contrats d’entreprise*” e “*contrats de plan*” (firmados entre o Estado e empresas, públicas ou privadas, ou coletividades locais)¹⁰.

7 TCU — Plenário, decisão 931/1999, sessão de 15.12.1999, *BTCU* 78/1999.

8 Processo 010.982/92, que discorre a respeito dos contratos de gestão e a “descentralização por cooperação” (DOU 09.09.1993, p. 2.791).

9 Processo 003.518/94, que firma entendimento em caráter normativo acerca da impossibilidade de se considerar os contratos de gestão como contratos administrativos e que tais contratos não desobrigam as entidades governamentais do cumprimento de preceito legais e constitucionais (DOU 17.02.1994, p. 2.338).

10 *Traité de Droit Administratif*, t. 3, 6ª ed., Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 29-30.

René Chapus qualifica tais “contratos” de “prolongamentos contratuais da descentralização”, destacando a vantagem derivada do necessário estabelecimento de metas, flexibilização e controle. Porém, alerta para as possíveis desigualdades de tratamento e injustiças, derivadas da “tentação de escolher os beneficiários de tais contratos em virtude de considerações políticas”¹¹.

13. Frente à legislação brasileira, a OS, depois de ser qualificada, poderá celebrar tal contrato de gestão com o Poder Público, visando à “formação de parceria entre as partes para fomento e execução” das atividades de cunho social da entidade (Lei 9.637/1998, art. 6º).

Por óbvio, essa parceria só pode prever objetivos comuns aos “parceiros”, com distribuição proporcional de encargos (mesmo porque não existe parceria instruída por interesses contrapostos). Exige a definição de metas comuns a serem atingidas mediante colaboração recíproca: o Estado fomenta e controla, a pessoa privada planeja, propõe e executa.

Ademais, a celebração do contrato de gestão torna-se uma consequência óbvia e quase que inarredável da qualificação de uma pessoa jurídica como Organização Social. Em primeiro lugar, a qualificação é ato do Presidente da República e o contrato de gestão é firmado por um ministério (órgão imediatamente subordinado na hierarquia da Administração federal). Depois, não haveria razão para tal qualificação discricionária se não fosse firmado o contrato de gestão — configuraria um atentado ao princípio da eficiência.

Ocorre que as peculiaridades relativas aos contratos de gestão não se encerram nesse aspecto.

14. Em primeiro lugar, a lei dispõe que o contrato é “elaborado de comum acordo” entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, para, depois de ser aprovado pelo Conselho de Administração da entidade, ser submetido ao Ministro ou autoridade supervisora da área (Lei 9.637/1998, art. 4º, inc. II, c/c 6º, *caput* e parágrafo único).

14.1. Contudo, e apesar de o art. 7º da Lei prever uma gama de princípios a serem observados e um conteúdo mínimo para o contrato, o parágrafo único desse mesmo artigo atribui ao Ministro ou à autoridade supervisora da área o dever de “definir as demais cláusulas do contrato de gestão de que sejam signatários”.

Note-se bem: trata-se de competência vinculada (“devem definir”), no sentido de impor cláusulas estranhas àquelas originalmente definidas (“as demais cláusulas”). Nítido que esse poder de inserir novas cláusulas inclui também a possibilidade de modificar ou suprimir as cláusulas originais. Caso contrário, o Ministro ou a autoridade supervisora somente poderiam inserir cláusulas acessórias, complementares e compatíveis com as originais, submetendo-se à essência do documento que lhes foi apresentado. Não é esse o espírito da lei, que determina a tais órgãos o dever de revisar os contratos e estabelecer as demais cláusulas (desde que necessárias, úteis e compatíveis com a proposta original).

¹¹ *Droit Administratif Général*, t. 1, 12ª ed., Paris, Montchrestien, 1998, p. 403.

14.2. Assim, a formação do contrato de gestão possui três momentos: o primeiro deles é a elaboração pela OS e autoridade administrativa imediatamente a ela vinculada; o segundo é a aprovação do contrato pelo Conselho de Administração da OS; o terceiro é o seu exame pelo Ministro ou autoridade hierarquicamente superior, que devem livremente incluir novas cláusulas (sem nenhuma previsão de aprovação futura ou revisão pelo Conselho de Administração da OS).

14.3. Logo, só excepcionalmente o contrato de gestão será “elaborado de comum acordo”, representando uma composição bilateral. Esse característico não o faz parte de sua essência, mas se trata de elemento conjuntural: pode ou não ocorrer. O documento encaminhado ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área de atuação é mera sugestão de contrato. Caso se repete que não há mais cláusulas a serem inseridas, permanece o contrato original. Caso contrário, são definidas unilateralmente e incluídas *a posteriori* as cláusulas reputadas convenientes.

Talvez seja justamente esse aspecto de imposição unilateral das cláusulas que mais aproxime o contrato de gestão dos contratos administrativos (mas não gerando a sua identificação). Na precisa lição de MARÇAL JUSTEN FILHO: “A grande peculiaridade do instituto [contrato administrativo] consiste na possibilidade de adoção de disciplina vinculante de conduta futura das partes. E, nesse ponto, poderia reconhecer-se que a vontade privada reduz-se quase apenas à concordância com as condições impostas pela Administração Pública”¹². A especialidade dos contratos de gestão reside em que a elaboração da proposta contratual original sempre conta com a participação ativa do particular interessado e a imposição unilateral dá-se *a posteriori*, a depender da apreciação da autoridade competente.

15. Depois, o art. 5º da Lei 9.637/1998 dispõe que o contrato deve ser firmado “entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social”. Ao seu tempo, o parágrafo único do art. 7º prevê que os respectivos Ministros de Estado e autoridades supervisoras da área de atuação da entidade serão alguns dos signatários do contrato de gestão. Ou seja, o contrato deve ser firmado entre uma pessoa de direito privado e órgãos públicos.

15.1. Ocorre que os órgãos públicos não têm personalidade jurídica, não são sujeitos de direito, mas representam meros círculos definidores de competências.

Na organização administrativa pública, os órgãos compõem a estrutura funcional íntima da Administração, encadeados sob critério hierárquico. São as repartições internas, definidas pelas esferas de atuação legalmente outorgadas a cada pessoa administrativa. Nos termos da Lei 9.784/99, órgão é “a unidade de atuação integrante da estrutura da administração direta e da estrutura da administração indireta” (art. 1º, § 2º, inc. I)

Ora, meras subdivisões internas da estrutura administrativa estatal não podem preencher um dos pólos da relação jurídico-contratual. Nem mesmo a previsão da Lei 9.637/1998 prestar-se-ia a suprir a ausência de capacidade contratual pública nos contratos de gestão, pois não se trata de uma relação estabelecida com um ente

12 *Concessões de serviços públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 42.

despersonalizado (mas com um órgão, uma parcela da competência interna de uma pessoa).

15.2. Além disso, os contratos de gestão das Organizações Sociais não são sinalagmáticos nem tampouco comutativos, pois não possuem prestações equivalentes e/ou recíprocas. Não podem visar ao lucro nem tampouco à distribuição de riquezas entre os signatários, mas se dirigem ao atingimento do fim público que lhes é comum.

15.3. Nem sequer se cogite de qualificá-los de “contrato plurilateral” ou “de organização”, institutos que envolvem a busca de interesses particulares da esfera privada dos signatários. Nessas espécies negociais, os contratantes unem-se para o desenvolvimento de um objetivo comum (comunhão de escopo), mas visando a auferir benefícios individuais (personificação do lucro).

A respeito desse tipo de contratos, MARÇAL JUSTEN FILHO destaca a lição de FERRI, ao consignar que mesmo nos contratos com comunhão de escopo “as partes perseguem um interesse individual próprio e permanece sempre que a perseguição deste interesse individual é o resultado de um acordo”¹³. O que não se pode dar nos contratos de gestão, em que a pessoa privada deve perseguir um interesse que transcenda a sua individualidade e a pessoa pública deve exercer função administrativa, prestigiando apenas o interesse público primário.

15.4. Os contratos de gestão não se subsumem nem mesmo à concepção mais aperfeiçoada acerca da “natureza funcional” dos contratos administrativos, que os afasta dos contratos típicos de direito privado para inseri-los numa categoria de instrumentos a serviço do interesse público. Isso porque mesmo essa construção pressupõe a legítima busca do lucro pelas pessoas privadas que firmam o contrato administrativo. Tal como firmou Waline, “o co-contratante do Estado era considerado antigamente como tendo naturalmente interesse antagônicos aos do Estado. Era um adversário, ou, ao menos, a ‘parte adversa’ em um conflito sempre latente [...] Hoje, a Administração considera o seu co-contratante como um colaborador voluntário, não desinteressado, cujos interesses, ainda que pecuniários, não são necessariamente opostos ao interesse bem entendido do Estado”¹⁴

16. A conclusão é uma só: os contratos de gestão não são contratos, tampouco contratos administrativos. Não possuem a natureza de um negócio jurídico contratual.

Os contratos de gestão têm natureza jurídica que poderia ser qualificada de “acordos cooperativos funcionalizados”: manifestações plurilaterais de compromisso, cujos objetivos devem ir além dos limites dos interesses íntimos dos participantes. Não albergam interesses patrimoniais quer contrapostos quer próprios dos signatários, mas se dirigem a, mediante cooperação e aplicação de recursos (Estado) e trabalho (OS), atingir um fim compartilhado, que exclusivamente beneficie a terceiros (a coletividade).

¹³ *Concessões...*, cit., p. 22.

¹⁴ *Apud* Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 438/439.

V. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e os “termos de parceria”

17. Ao instituir as OSCIPs, o art. 9º da Lei 9.790/1999 criou mais uma figura pseudo-contratual e a denominou de “termo de parceria”, cuja natureza jurídica é semelhante à dos contratos de gestão. Suas diferenças residem especialmente nos requisitos da contratação e formalização.

O termo de parceria é um acordo de cooperação funcionalizado, através do qual se formalizam os compromissos de fomento e execução de determinada atividade de interesse público (Lei 9.790/1999, arts. 3º e 9º).

Dentre outros aspectos, o projeto consignado no termo deve envolver objetivos, metas, resultados, indicadores de desempenho e mecanismos de desembolso (Lei 9.790/1999, art. 10, § 2º). A execução do termo de parceria será fiscalizada pelo órgão signatário (“parceiro”), além do Conselho de Política Pública da respectiva área (Dec. 3.100/1999, art. 17) e pelo sistema de controle estatal interno. Por fim, também se submete ao controle externo do TCU.

A parceria pode ser proposta pelo órgão estatal competente (futuro “parceiro”), através ou não de concurso, ou pela própria OSCIP (Dec. 3.100/1999, arts. 23 a 31). O encaminhamento da parceria sugerida pela OSCIP está na competência discricionária do órgão público. Em ambas as hipóteses, a decisão final sobre a celebração do termo de parceria cabe ao órgão estatal responsável (Dec. 3.100/1999, art. 8º, parágrafo único).

O termo de parceria será avaliado ao seu final por uma comissão mista (dois representantes do órgão estatal, um da OSCIP e um do Conselho de Política Pública da área do projeto), que deverá apresentar um relatório conclusivo a respeito do cumprimento de metas e resultados (Lei 9.709/1999, art. 11).

18. Segundo informação do Ministério da Justiça, desde 1999 até janeiro de 2002 foram apresentados 807 pedidos de qualificação para a OSCIP, dos quais 343 já foram deferidos e 464 indeferidos¹⁵.

VI. Conclusões

19. O modelo do Direito Administrativo continental-europeu, no qual o brasileiro tem suas mais profundas raízes, passa por nítido processo de desconstrução. Fenômeno que se aproxima de um “pós-modernismo administrativo”, muitas vezes resultando numa hostilidade ao outrora consolidado e estabelecido não porque houvesse motivos que autorizassem a sua destruição, mas antes derivado de “ondas globais” (e mesmo de “modas globais”). Idéias construídas através dos séculos em realidades nacionais específicas são espalhadas e implementadas aos empurrões em nacionalidades estranhas e antitéticas a tais novidades. Mais do que isso, essa espécie de pós-modernismo administrativo pretendeu inserir conceitos muitas vezes inconciliáveis (e cuja conjunção é imprestável).

15 Dado constante no endereço eletrônico “<http://www.mj.gov.br/snj/oscip.htm>”.

Mesmo o estímulo ao híbrido “terceiro setor” merece também ser compreendido nesse diapasão. Boaventura Sousa Santos é esclarecedor quanto ao fomento público do terceiro setor neste período de globalização: “[...] se nos países centrais o terceiro sector parece ser o resultado de forças endógenas identificáveis no espaço nacional, em alguns países periféricos, sobretudo nos menos desenvolvidos, o terceiro sector é o efeito local de induções, quando não de pressões, de interferências internacionais”¹⁶. Trata-se mesmo de uma sugestão/imposição internacional que resultou em movimentos nacionais, através de estímulos públicos que visam a fazer com que as pessoas “ampliem” a sua solidariedade, passando a se dedicar e exercitar benefícios sociais que, nesse momento histórico, o Estado deixa de prestar.

20. Por outro lado, seria anti-científico simplesmente refutar tais modificações, ignorando que se trata de verdadeiras e efetivas transformações dos respectivos direitos nacionais. Não podem ser negadas ou simplesmente deixadas de lado. Ora, o Direito Administrativo é real, como também o é a sua investigação científica. Não se olvide que a construção do Direito Administrativo tem origem recente, com um pouco mais de duzentos anos desde sua origem histórica na Revolução Francesa. Nesse curto espaço de tempo ambos provocaram e potencializaram mais mudanças nas condições da vida humana do que todos os milênios antecedentes da história.

O que se propõe não é um conformismo passivo a tais mutações, uma mera absorção do imposto, mas um enfrentamento dos novos modelos jurídico, a fim de que se torne possível a compreensão e, quem sabe, a transposição desse “Direito em permanente ‘estado de devir’”¹⁷.

16 “A reinvenção solidária e participativa do Estado”, p. 15 (*apud* Ana Paula Santos QUELHAS, *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*, cit., p. 31).

17 A expressão é de VASCO PEREIRA da Silva, *Ensinar Direito (a Direito)*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 21.