

O Programa Nacional de Publicização (PNP)

Alcione Vicente Schimitt

advogado da União, lotado na Procuradoria da União em Florianópolis (SC), mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Sumário: 1. Introdução; 2. As organizações sociais; 2.1. Características; 2.2. Natureza dos serviços públicos prestados; 2.3. Qualificação; 2.4. Conseqüências; 2.5. Desqualificação; 2.6. Contrato de gestão; 2.7. Pontos controvertidos que merecem ênfase; 2.7.1. Destinação de recursos orçamentários; 2.7.2. Recepção de bens públicos em permissão de uso e sem licitação; 2.7.3. Dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços; 2.7.4. Cessão de servidores públicos a expensas do erário; 2.7.5. Absorção de serviços públicos por organizações sociais; 2.8. Requisitos necessários para que a organização social se enquadrasse nos princípios constitucionais; 3. Considerações finais; 4. Referências das fontes citadas.

1. INTRODUÇÃO

Corolário da reforma administrativa, o PNP foi expressamente introduzido no ordenamento jurídico do Brasil pela Lei nº 9.637/98,¹ especificamente em seu artigo 20.²

Tal regramento tem o intuito de fazer absorver pelas organizações sociais as atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas áreas ligadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, nos exatos termos do artigo 1º da mencionada Lei.³

Denota-se que, apesar de esta Lei falar em PNP, na prática as organizações sociais enquadram-se no Programa Nacional de Desestatização, que o Governo FHC se utilizou para diminuir o tamanho do aparelhamento do Estado, pois com lembra Di Pietro, a atividade prestada muda a sua natureza jurídica de direito público para privado, ou seja, a entidade pública é substituída por uma particular.⁴

Neste artigo também estudar-se-á o contrato de gestão que é instrumento jurídico criado pelo legislador para definir as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e das organizações sociais.

2. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Pode-se conceituar as organizações sociais como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade de desempenhar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.⁵

Aliás, como resulta da Lei nº 9.637/98, são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e

preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º) e a pessoa atenda a determinados requisitos formais óbvios e preencha alguns poucos requisitos substanciais, travando contrato de gestão com o Poder Público.⁶

Vale lembrar que não integram a Administração Pública indireta, pois são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público se dispõe a manter "parcerias" com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos.⁷

Gasparini adverte que as organizações sociais são entidades privadas que se valem do contrato de gestão para prestar atividades públicas, com apoio das pessoas políticas que as aceitam como parceiras.⁸

Destaca-se ainda, que as organizações sociais estão enquadradas no chamado "terceiro setor", assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o "primeiro setor", que é o Estado, e o "segundo setor", que é o mercado.⁹

Alguns juristas, como *verbi gratia* Edson Rafael, incluem na economia mais dois setores, quais sejam, o quarto que seria a economia informal e o quinto denominado de "não setor", nele incluídas as pessoas excluídas da sociedade em razão da miséria absoluta.¹⁰

Já Lopes Meirelles alude que são nova forma de "parceria", com a valorização do chamado "terceiro setor", ou seja, serviços de interesse público mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.¹¹

O importante é que, apesar de prestados por particulares, tais serviços sejam contínuos, eficientes e acessíveis à toda população.

2.1. Características

Di Pietro leciona, *in verbis*:

Podem ser apontadas as seguintes características na organização social:

- a) é definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é declarada, pela Lei nº 9.637/98, como "entidade de interesse social e utilidade pública";
- c) ela pode atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- d) seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são definidas por meio de contrato de gestão, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade;

f) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada; o controle que sobre ela se exerce é de *resultado*;

g) o fomento pelo Poder Público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social;

h) a entidade poderá ser desqualificada como organização social quando descumprir as normas do contrato de gestão.¹²

Verifica-se que, na prática, nem sempre as pessoas jurídicas são constituídas por particulares para após habilitarem-se como organizações sociais e serem declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública.

Prova disso são os anexos I e II, ambos da Lei nº 9.637/98, que denotam a realidade atual e podem ser representados pelo quadro a seguir:

Órgão e entidade extintos	Quadro em extinção	Entidade autorizada a ser qualificada como organização social
Laboratório Nacional de Luz Síncroton	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq	Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncroton – ABTLuS
Fundação Roquette Pinto	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE	Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP

Em face da extinção do MARE, pela MP nº 2.123-27/2000, e reedições, suas atribuições passaram ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Ademais, à luz do artigo 21, § 4º, da Lei nº 9.637/98, a AGU¹³ deverá representar a Fundação Roquette Pinto nos processos judiciais em que seja parte, ativa ou passivamente.

2.2. Natureza dos serviços públicos prestados

As organizações sociais, via de regra, não prestam serviços públicos delegados pelo Estado, pois vão exercer atividades de natureza privada, com incentivo do Poder Público.¹⁴

Entretanto, Di Pietro prossegue com a seguinte afirmação, *litteris*:

Mas a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social; quando a entidade absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais.¹⁵ (Destacou-se).

Isto porque, nos exatos termos do artigo 196 da Constituição da República, a saúde é dever do Estado.¹⁶

Atente-se que, como os serviços trespassados às organizações sociais não são privativos do Estado, não há concessão ou permissão de serviços públicos, nos ditames do artigo 175 da Constituição da República,¹⁷ em virtude destas somente terem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos particulares, mas exclusiva do Estado.¹⁸

Os serviços trespassáveis a organizações sociais são insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão, já que constituem num dever do Estado prestá-los diretamente,¹⁹ não podendo este eximir-se totalmente de desempenhá-los, nos moldes utilizados por Bandeira de Mello.²⁰

O problema é que o Estado sozinho não os consegue prestar satisfatoriamente, o que denota, pelo menos em tese, que a intenção de seu repasse aos particulares é para garantir o acesso da população a serviços eficientes, contínuos e de boa qualidade.

Citadas atividades podem ser prestadas livremente pela iniciativa privada porque nessa hipótese não se cuidam de serviços públicos.

O Estado tem a obrigação de fiscalizar os serviços prestados pelas organizações sociais.

2.3. Qualificação

A qualificação de organização social somente será concedido às entidades que atenderem aos requisitos arrolados no art. 2º da Lei nº 9.637/98, mediante prévia habilitação.

Lopes Meirelles escreve, *verbis*:

A qualificação da entidade privada como *organização social* é ato *administrativo discricionário* do Poder Público. No âmbito federal o exame da conveniência e oportunidade da medida cabe ao Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade pretendente, assim como ao Ministro da Administração. 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.²¹

As pessoas jurídicas de direito privado, após qualificadas como organizações sociais e tendo celebrado contrato de gestão com a Administração Pública, estarão aptas a receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação, serem beneficiárias de recursos orçamentários e de servidores públicos que lhes serão cedidos a expensas do erário.²² Caberá ao Poder Público, fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução, verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade, *ex vi* dos artigos 7º, I c/c 8º, da Lei nº 9.637/98.^{22-A}

Entretanto, as benesses concedidas pela Lei às organizações sociais são objeto de severas críticas por parte da doutrina.

2.4. Conseqüências

Assevera Di Pietro que, *in litteris*:

(...) o órgão ou entidade estatal será extinto; suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidos à organização social; o serviço que era público passará a ser prestado como atividade privada. Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada, por meio dessa nova forma de parceria.²³

Assim, das conseqüências advindas com a absorção pelas organizações sociais das atividades hoje desempenhadas por órgãos ou entidades estatais, denota-se verdadeira intenção da reforma administrativa de privatizar a execução de serviços públicos.

2.5. Desqualificação

O artigo 16 da Lei nº 9.637/98 dispõe sobre a desqualificação das organizações sociais.²⁴

Basicamente se dará quando descumprido o contrato de gestão pela organização social, sendo-lhe assegurado prévio processo administrativo com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Gasparini sobre o tema aduz, *ipsis verbis*:

A desqualificação importará na reversão dos bens permitidos e dos valores entregues e não utilizados pela então organização social. Nos casos de desqualificação por desobediência do contrato de gestão os dirigentes da então organização social responderão, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.²⁵

Acrescenta-se que a conveniência e oportunidade do ato que desqualificar a organização social, quando não descumprido o contrato de gestão,²⁶ não poderá ser

revisto pelo Judiciário, ao qual é vedado adentrar no mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação de Poderes.²⁷

A propósito apresenta-se, *ipsis litteris*:

RECURSO ORDINÁRIO.

Toda atividade administrativa é, por excelência, subordinada ao cumprimento de certos interesses, sendo defeso ao Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo que se apresenta como o campo de liberdade suposto pela lei e que efetivamente remanesce no caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade.²⁸

Registra-se porém, o dever de indenizar do Estado, notadamente quando a entidade não der causa à desqualificação, a fim de que seja evitado possível locupletamento sem causa em favor daquele.

2.6. Contrato de gestão

Instrumento jurídico-constitucional, *ex vi* do artigo 37, § 8º, da *Lex Mater*,²⁹ que norteia as atividades das organizações sociais.³⁰

Cuida-se mais "de um *acordo operacional*" pelo qual é estabelecido o programa de trabalho, com a fixação de objetivos a alcançar, cronograma da liberação de dotação orçamentária, critérios de avaliação de desempenho, prazos de execução e limites para despesas.³¹

O contrato de gestão, como salienta Lopes Meirelles, "não é fonte de direitos", sendo simplesmente o instrumento jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei.³²

Os artigos 5º a 10 da Lei nº 9.637/98 cuidam da temática, que não disciplinarão aludidos contratos quando celebrados entre o Poder Público e órgãos ou entidades da Administração direta e indireta, bem como com as agências.

Enfatiza-se o citado artigo 10 que trata do pedido para a decretação judicial de indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro de bens dos seus dirigentes, assim como agente público ou terceiro, que possam ter se beneficiado indevidamente com a malversação de bens ou verbas públicas.

Mencionado petitório poderá ser intentado pelo Ministério Público, pela AGU, ou pela Procuradoria da entidade, mediante representação do órgão ou entidade supervisora da área de atuação da atividade fomentada, ao qual compete a fiscalização da execução do contrato de gestão celebrado.

Colaciona-se o escólio de Bandeira de Mello a respeito do tema, *in verbis*:

"(...) É que neles não entra em pauta qualquer ampliação de competências de entidades estatais, pois são vínculos jurídicos travados com *pessoa de Direito Privado alheia ao aparelho estatal*.

Seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente "contratos administrativos", figura jurídica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão – como é corrente no Direito Administrativo – um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado.

Todo questionamento que possa caber – e cabe, diga-se, desde já – não diz respeito à viabilidade de um contrato entre Estado e um terceiro, mas a alguma particularidade de disciplina que se lhe queira outorgar. No caso, o tema se propõe porque a lei disciplinadora das "organizações sociais" pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.³³ (Destacou-se).

Observa-se a polêmica que envolve o tema, principalmente pela dispensa de licitação nas permissões de uso de bens públicos móveis ou imóveis a serem destinados às organizações sociais e nos contratos de prestação de serviços.³⁴

Outrossim, o jurista Marcos Juruena salienta que, na ausência de dispositivo legal, o contrato de gestão poderá prever que não dependerão de autorização prévia do Executivo os seguintes atos de gestão administrativa e empresarial, *verbis*:

- seleção, admissão, remuneração, promoção e desenvolvimento de pessoal, bem como a prática de todos os demais atos próprios de gestão de recursos humanos;
- negociação e celebração de acordos coletivos de trabalho, de natureza econômica ou jurídica, bem como sua defesa ou postulação judicial por meios próprios;
- realização de viagens ao exterior de administradores e empregados;
- contratação e renovação de operações de crédito de quaisquer espécies com instituições financeiras e com fornecedores de bens e serviços, nacionais e internacionais, inclusive arrendamento mercantil, bem como a emissão de obrigações e de quaisquer outros títulos nos mercados nacional e internacional, previamente submetidos a uma análise de classificação de risco e observados os limites de endividamento fixados pelo Senado Federal;
- contratação e renovação de operações de empréstimos e financiamentos, títulos descontados, adiantamentos, arrendamento mercantil e garantias de qualquer natureza, realizadas pelas instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, livremente escolhidas;
- elaboração, execução e revisão do planejamento e dos respectivos orçamentos, em consonância com as orientações gerais do planejamento federal;
- cessão de ativos com objetivo de ampliar garantias e reduzir custos de emissões.³⁵

Assim sendo, apesar dos pontos controvertidos que giram em torno da matéria, os contratos de gestão objetivam que a Administração Pública pelo menos se aproxime,

em determinadas áreas, da eficiência tida pelas empresas particulares, a fim de que, em última instância, tudo seja revertido em prol do bem estar e interesse públicos.

2.7. Pontos controvertidos que merecem ênfase

Da Lei que regula as organizações sociais surgem determinados pontos controvertidos que, por serem supostamente inconstitucionais, ilegais ou imorais, vêm causando apreensão. Assim destacam-se: I) destinação de recursos orçamentários; II) recepção de bens públicos em permissão de uso e sem licitação; III) dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços; IV) cessão de servidores públicos a expensas do erário; e V) absorção de serviços públicos por organizações sociais.

2.7.1. Destinação de recursos orçamentários

É regra insculpida no artigo 12 *caput* e seus §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.637/98.³⁶

Resta clarividente a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico publicista, ou seja, sem a submissão àquilo que se costuma chamar de "amarras" da Administração Pública.³⁷

Não há exigência de que a organização social demonstre habilitação técnica ou econômico-financeira, como por exemplo, de capital social mínimo, para a percepção de dotações orçamentárias, o que se revela preocupante.

Apenas a qualificação da organização social por ato discricionário do Ministro de Estado ou titular de órgão supervisor ou regulador da área da atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão,³⁸ a torna apta a receber verbas públicas, o que, no entender de Bandeira de Mello, cuida-se "da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie."³⁹

O princípio constitucional da isonomia⁴⁰ certamente esta maculado, haja vista da indiscutível ausência de critérios objetivos de verificação da capacidade para as organizações sociais, em descompasso com as minuciosas demonstrações de aptidão a serem comprovadas previamente pelas demais empresas privadas quando pretendem firmar contratos administrativos.

Bandeira de Mello diz que: "a qualificação como organização social seria um gesto de 'graça', uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado Moderno."⁴¹

Como o ordenamento jurídico-constitucional resta, em tese, violado, entende-se perfeitamente cabível a movimentação da máquina do Judiciário, por aqueles que se sentem prejudicados, para reverter a situação, invocando-se inclusive, o princípio da razoabilidade.

2.7.2. Recepção de bens públicos em permissão de uso e sem licitação

Corolário do artigo 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98.⁴²

Atente-se em primeiro lugar que não há distinção sobre tais ou quais bens a serem destinados às organizações sociais, ou seja, tanto os móveis quanto os imóveis podem ser objetos do referido dispositivo.

Em segundo lugar, não há a quantificação dos aludidos bens, pois, em certos casos, todo o patrimônio de uma entidade pública extinta poderá ser destinado às organizações sociais, que passaram a absorver as atividades desempenhadas por aquela na qualidade de suas sucessoras.

Ademais, o princípio constitucional da licitação⁴³ resta expressamente postergado.

Bandeira de Mello ao discorrer sobre a matéria dita, *litteris*:

(...) Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arrear tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma.⁴⁴

Entende-se que a dispensa de licitação somente deverá ser procedida em casos excepcionais, o que não se parece nesta hipótese, ao menos em tese.

2.7.3. Dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços

A Lei nº 9.648/98, alterando a Lei nº 8.666/93, acrescentou em seu artigo 24, o inciso XXIV, que prevê a dispensa de licitação "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão."

O comentado artigo 24, XXIV, ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, no entender de Bandeira de Mello, está eivado de inconstitucionalidade, pois tais contratos é o que ensancham a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens.⁴⁵

As observações trazidas no item 2.7.2. são pertinentes.

Menciona-se a ensinância abaixo, *verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO.

Liminar que suspende a eficácia do acordo administrativo. Não se evidenciando presente o requisito da fumaça do bom direito, por não estarem os serviços elencados pela administração inseridos dentre aqueles de caráter essencial e social que teriam ensejado a criação do instituto candango de solidariedade, cuja emergencialidade autorizasse a contratação direta, por meio de contrato de gestão, dispensando-se o

procedimento licitatório correspondente, não há como se cassar a liminar que suspende os efeitos do contrato administrativo. Agravos conhecidos, mas improvidos. Unânime.⁴⁶

Denota-se que por ação civil pública⁴⁷ é perfeitamente atacável os contratos de gestão que dispensam o procedimento licitatório para as contratações de prestação de serviços celebradas entre a Administração Pública e as organizações sociais.

Contudo, deve-se atentar que o uso generalizado e indiscriminado de ação civil pública, como alude Lopes Meirelles, "pode constituir séria ameaça à ordem jurídica e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do País."⁴⁸

Então, o uso desse remédio deve ser detidamente analisado, caso a caso, a fim de se evitar lides temerárias, tendo o Judiciário a missão de filtrar as que realmente se adequam ao ordenamento jurídico.

2.7.4. Cessão de servidores públicos a expensas do erário

Está prevista no artigo 14 da Lei nº 9.637/98.⁴⁹

Observa-se que os servidores públicos não podem ser obrigados a trabalhar em entidades particulares, pois os concursos foram prestados para entidades e órgãos da Administração Pública. Os vínculos trabalhistas que detêm com o Poder Público não podem ser trespassados à iniciativa privada.

Também, no saber de Bandeira de Mello, "não se admite que o Estado seja provedor de pessoas de entidades particulares."⁵⁰

Os princípios constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito⁵¹ podem ser invocados pelos servidores públicos que estão na presente situação e se sintam lesados, inclusive com a impetração de mandado de segurança,⁵² dada a suposta ilegalidade do ato.

Por seu turno, a advocacia pública defenderá o ato ou texto impugnado alegando o aspecto político da questão, "já que é cediço que nenhum servidor, mesmo estável, tem direito à preservação do cargo ou lotação, os quais são estruturados de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do Administrador".⁵³

Ou seja, alegará que não há direito adquirido a determinado regime jurídico.

Nesse diapasão apresenta-se, *verbis*:

RMS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXTINÇÃO DO ÓRGÃO DE LOTAÇÃO ORIGINÁRIA. REESTRUTURAÇÃO DO ESTADO. DESMEMBRAMENTO DOS VENCIMENTOS. LEI ESTADUAL 12.287/94. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E DA ISONOMIA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES.

I – Conforme cediça jurisprudência do Pretório Excelso e desse Colendo Tribunal, inexistente direito adquirido quanto a regime jurídico, ressalvada contudo, a manutenção das verbas remuneratórias anteriormente percebidas. Precedentes: REsp. 209.681-RJ e RMS 10.467-PR.

II – Desta forma, comprovada a inexistência do decesso remuneratório, em face do desmembramento dos vencimentos introduzido pela Lei 12.287/94, não há direito líquido e certo a ser amparado na via mandamental, pois não restaram malferidos os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia.

III – Recurso ordinário conhecido, mas desprovido.⁵⁴

E também, *litteris*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECEBIMENTO DE VALE-REFEIÇÃO. EX-SERVIDORES DA FUNDAÇÃO ROQUETE PINTO. REGIDOS ATUALMENTE PELO REGIME JURÍDICO ÚNICO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTENTE.

I. Não existe direito adquirido quanto a regime jurídico, conforme já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal (RE n. 1000144/SP, Rel. Min. Moreira Alves).

II. Uma vez que os autores, ora regidos pela Lei n. 8.112/90, pretendem garantir o benefício que percebiam quando sob o regime de contrato de trabalho (CLT), não fazem jus ao pretendido.

III. Negado provimento ao apelo.⁵⁵ (Sublinhou-se).

Desta última citação percebe-se que determinados servidores da Fundação Roquette Pinto, atualmente Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP, ingressaram no serviço público pelo regime celetário, tendo a seguir passado para o estatutário, o que revela a inexistência de qualquer direito adquirido à espécie.

Outrossim, verifica-se que a categoria jurídica *regime jurídico único* foi suprimida do texto constitucional pela EC nº 19/98, o que também fortalece a tese de inexistência de direito adquirido ao mesmo.

2.7.5. Absorção de serviços públicos por organizações sociais

Tal fato contraria o artigo 175 da Magna Carta, principalmente quando relacionados com a saúde e a educação, que são deveres do Estado,⁵⁶ circunstâncias que, como escreve Bandeira de Mello, "o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais."⁵⁷

As qualificações como organização social estão expostas, segundo Bandeira de Mello, a serem fulminadas por ações populares, devendo seus responsáveis responderem patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas.⁵⁸

Anota-se a possibilidade da propositura de ADI em face da Lei nº 9.637/98, o que se revela pertinente para o controle concentrado da constitucionalidade da mencionada norma perante o STF.⁵⁹

2.8. Requisitos necessários para que a organização social se enquadrasse nos princípios constitucionais

Preleciona Di Pietro, *in litteris*:

Para que a organização social se enquadrasse adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo:

- a) exigência de licitação para a escolha da entidade;
- b) comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d) submissão aos princípios da licitação;
- e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato de ela administrar patrimônio público.⁶⁰

Sobre a importância da alteração da Lei nº 9.637/98 Di Pietro fala que é "para imprimir ao instituto um mínimo de moralidade que se espera na administração da *res publica*."⁶¹

A adequação da Lei em comento aos ditames constitucionais entende-se como bem vinda.

Já Moreira Neto recebe com entusiasmo a legislação das organizações sociais, quando diz, *verbis*:

A nova legislação das organizações sociais deve ser saudada como um avanço significativo no Direito Administrativo nacional abrindo portas para multiplicadas práticas institucionais de despolitização, de aplicação do princípio da subsidiariedade e de descentralização social, qualidades importantes para um diploma contemporâneo voltado à realização do princípio fundamental do pluralismo, considerado em seu aspecto político na Constituição de 1988, como o caminho certo para a valorização do homem e o reforço de sua cidadania, de sua liberdade e de sua responsabilidade social.⁶²

De igual forma, o administrativista Marcos Juruena enaltece o instituto como uma alternativa viável para a melhoria da qualidade dos serviços de saúde, por exemplo.⁶³

Entende-se que este instituto jurídico deve ser analisado com reservas.

Não por causa de seus objetivos, que são louváveis, mas sim porque seu regramento, principalmente na parte referente à extinção de órgãos e/ou entidades da Administração Pública e respectiva absorção de seus serviços por organizações sociais, busca fugir demasiadamente do regime jurídico publicista, o que pode ser considerado perigoso.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Corolário da reforma administrativa, o PNP foi introduzido no ordenamento jurídico do Brasil pela Lei nº 9.637/98 e tal regramento tem o intuito de fazer absorver pelas organizações sociais as atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas áreas ligadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Denota-se que, apesar de a Lei falar em PNP, na prática as organizações sociais enquadram-se no Programa Nacional de Desestatização, que o Governo FHC se utilizou para diminuir o tamanho do aparelhamento do Estado.

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade de desempenhar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.

O contrato de gestão que é instrumento jurídico criado pelo legislador para definir as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e das organizações sociais.

O instituto das organizações sociais pode ser uma alternativa viável para a melhoria da qualidade dos serviços de saúde, por exemplo.

Contudo, entende-se que deve ser analisado com reservas.

Não por causa de seus objetivos, que são louváveis, mas sim porque seu regramento, notadamente na parte referente a extinção de órgãos e/ou entidades da Administração Pública e respectiva absorção de seus serviços por organizações sociais, busca fugir demasiadamente do regime jurídico publicista, o que pode ser considerado perigoso.

Em verdade vislumbra-se que as organizações sociais resultam, em determinados casos, da extinção de órgãos e/ou entidades da Administração Pública.

O Estado deve fiscalizar os serviços prestados pelas organizações sociais.

O papel incentivador e fiscalizador do Estado é sensivelmente notado quando do estudo das organizações sociais.

4. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 727p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 875p.

MEDAUAR, Odete; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Coletânea de legislação administrativa**. São Paulo: RT, 2001. 1177p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 790p.

_____. **Mandado de Segurança – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 254p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 918p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. 351p.

RAFAEL, Edson José. **Fundações e direito – 3º setor**. São Paulo: Melhoramentos, 1997. 450p.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 870p.

NOTAS

¹ BRASIL. Lei nº 9.637, de 15.05.1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. MEDAUAR, Odete; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Coletânea de legislação administrativa**, p.834-840.

² "Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente."

³ "O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 420.

⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 419.

⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 211-212.

⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 220.

⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, p. 385.

⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 413.

¹⁰ RAFAEL, Edson José. **Fundações e direito – 3º setor**, p. 40-42.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 361.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 419-420.

¹³ O artigo 1º da LC nº 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União dispõe: "A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar."

¹⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 420.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 420.

¹⁶ "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

¹⁷ "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado."

¹⁸ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 216.

¹⁹ A educação também é dever do Estado, nos ditames do art. 205 da *Lex Mater*.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 216.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 361-362.

²² A serem analisados no item 2.7.

^{22-A} Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 214.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 420.

²⁴ "O Poder Executivo 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."

²⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, p. 386.

²⁶ "A lei não trata, mas é certo que a desqualificação também poderá ser determinada por mérito, pois em nenhum momento a Administração Pública transferiu a titularidade dos serviços, podendo retomá-lo quando entender conveniente, devendo, eventualmente, satisfazer alguma indenização, conforme os termos do contrato de gestão. Como regra, cremos não caber qualquer indenização, por tratar-se de parceria e pelo fato de a organização social não visar lucro." GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, p. 386.

²⁷ Art. 2º da Constituição da República: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

²⁸ BRASIL. TRT-21. RO nº 27-00769-97-0. Rel.: Juiz José Vasconcelos da Rocha. DOERN 15 jan. 1999.

²⁹ "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal." (Grifou-se).

³⁰ Os contratos de gestão ainda não foram regulamentados, o que os torna inválidos ou impossíveis, isto é, irrelevantes juridicamente, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 203.

³¹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 256.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 257.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 211.

³⁴ O item 2.7. detalhará mais o tema.

³⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação**, p. 531.

³⁶ "Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º. São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º. Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social."

³⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 421.

³⁸ Em face da extinção do MARE pela MP nº 2.123-27/2000, e reedições.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 215.

⁴⁰ Art. 5º *caput*, da Constituição da República: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:".

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 217.

⁴² "Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão."

⁴³ Art. 37, XXI, da Constituição da República: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 215.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 216.

⁴⁶ BRASIL. TJDF. AGI nº 20000020053667. Rel.: Des. Vasquez Cruxên. DJU 21 fev. 2001, p. 45.

⁴⁷ Vide o artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**, p. 146.

⁴⁹ "É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º. Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º. Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º. O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social."

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 217.

⁵¹ Art. 5º, XXXVI, da Carta Magna: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

⁵² Artigo 5º, LXIX, da Magna Carta: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

⁵³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação**, p. 395.

⁵⁴ BRASIL. STJ. ROMS nº 8762. Rel.: Min. Gilson Dipp. DJU 04 jun. 2001, p. 0186.

⁵⁵ BRASIL. TRF-1. AC nº 199734000343248. Rel.: Juiz Carlos Fernando Mathias. DJU 12 mar. 2001, p. 158.

⁵⁶ Vide item 2.2.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 216.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 217.

⁵⁹ Art. 103, da *Lex Mater*: "Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 421.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 421.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, p. 197-198.

⁶³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação**, p. 396.