

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE ESPECIALIZAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO – PNAP/UAB
ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA

VALESKA TAKAHASHI ILHA

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUAS PRERROGATIVAS FRENTE
AOS PRÍNCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

PORTO ALEGRE
2015

VALESKA TAKAHASHI ILHA

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUAS PRERROGATIVAS FRENTE
AOS PRÍNCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Especialização em Gestão Pública modalidade a distância, da Universidade Federal do Rio Grande Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Renata O. Albernaz

**PORTO ALEGRE
2015**

VALESKA TAKAHASHI ILHA

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUAS PRERROGATIVAS FRENTE
AOS PRÍNCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Especialização em Gestão Pública modalidade a distância, da Universidade Federal do Rio Grande Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Renata O. Albernaz

Aprovado em: Porto Alegre, 11 de Maio de 2015.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Renata O. Albernaz

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

A pesquisa objetiva discorrer sobre as prerrogativas das Organizações Sociais frente à administração direta e seus desdobramentos no que diz respeito à aplicabilidade dos princípios administrativos dispostos na Constituição Federal. A questão merece ser investigada uma vez que conduz a uma ideia de liberdade na utilização de recursos públicos e vai de encontro com os princípios administrativos dispostos em nossa Constituição Federal. Essa liberdade de gestão pode ser identificada como argumento para a conquista de maior eficiência dos serviços prestados, mas também pode ser interpretada como uma ameaça à violação dos princípios de impessoalidade e moralidade. Dessa forma, a conclusão da pesquisa busca evidenciar as ferramentas já existentes na esfera do direito administrativo que podem ser utilizadas para mitigar esse risco.

Palavras-chave: Organizações Sociais. Princípios Administrativos.

ABSTRACT

The research aims to discuss the prerogatives of the Social Organizations towards the central government administration, and its ramifications regarding the applicability of administrative principles outlined on the Federal Constitution. The matter ought to be investigated since it directs an idea of freedom in utilizing public resources, and conflicts the principles of the Federal Constitution. This management liberty can be pointed as an argument to conquering better efficiency on providing services to the population, but also can be interpreted as a threat to violating the principles of impartiality and morality. Thus, the conclusion of the research is set to bring evidence to tools already existing in administrative law that can be utilized to diminish this risk.

Key words: Social Organizations. Administrative principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	8
1.1. A Constituição Federal de 1988	8
<i>1.1.1. Os Direitos de Primeira e de Segunda Geração.....</i>	<i>8</i>
<i>1.1.2. Os Direitos Sociais</i>	<i>9</i>
1.2. A Reforma Gerencial	14
1.3. Características das Organizações Sociais	18
2. AS DIFERENÇAS ENTRE OS ARRANJOS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	22
2.1. Os Arranjos Contratuais da Administração Direta	22
<i>3.1.1. Os Princípios Administrativos</i>	<i>22</i>
<i>3.1.2. Licitações e Contratos</i>	<i>24</i>
3.2. Os Arranjos Contratuais das Organizações Sociais	29
<i>3.2.1. Prerrogativas das organizações sociais e a dispensa de licitação como justificativa para a eficiência.29</i>	<i>29</i>
3. ALTERNATIVAS CAPAZES DE BALIZAR A CONDUTA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	32
3.1. Fiscalização das Atividades das Organizações Sociais	33
3.2. Aproximação com os Princípios Administrativos.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

A nova proposta de organização da atividade do Estado que emergiu com a reforma gerencial ocorrida na década de 1990 teve como um dos componentes básicos o movimento de “publicização” das atividades denominadas não exclusivas. Nesse cenário de mudanças, surgiram novos atores entre os quais se destacam as organizações sociais.

A fim de permitir essa mudança, foi criado um novo arcabouço legal cujo conteúdo deixa evidente a busca por maior eficiência e qualidade do serviço prestado. As organizações sociais, de acordo com a Lei 9.637/1998, são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à proteção da cultura e da saúde.

Os arranjos contratuais exercidos pelas organizações sociais, a fim de que seja possível a consecução de seus objetivos, são marcados por diversas prerrogativas que a administração pública não possui.

Diante desse cenário, o presente trabalho discorrerá principalmente sobre os arranjos contratuais das organizações sociais quanto à sua elaboração, evidenciando as suas prerrogativas em comparação com os arranjos contratuais da administração pública cuja conduta obedece aos princípios administrativos dispostos na Constituição Federal.

O trabalho foi dividido em três partes: no primeiro capítulo serão tratados os aspectos constitucionais relacionados aos direitos sociais e sua concretização. Será identificado o contexto e os pressupostos sobre os quais emergiram as organizações sociais identificando o arcabouço legal que sustenta sua criação, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional nº 19/1998 até a reforma gerencial ocorrida na década de 1990. No capítulo 2 serão demonstradas as diferenças entre os arranjos contratuais da administração pública e os das organizações sociais sob uma perspectiva comparativa, evidenciando, primeiramente, a maneira como são elaborados os arranjos contratuais da administração pública, salientando os princípios que regem seus atos e o processo licitatório obrigatório. Posteriormente, será realizada uma exposição das prerrogativas que as organizações sociais usufruem frente à administração pública sob a justificativa de maior eficiência.

Por último, no capítulo 3, serão analisadas as alternativas capazes de balizar a conduta das organizações sociais e os instrumentos capazes de favorecer a aproximação com os princípios administrativos sem negligenciar, contudo, o propósito de sua atuação.

1. O SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Inicialmente, para compreender as razões que deram suporte ao advento do arranjo jurídico das organizações sociais se faz pertinente analisar também o cenário político e social do período e detalhar os fatos que exerceram notável influência sobre tal arranjo. Dentre os fatores que merecem destaque pode-se mencionar a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a Reforma Gerencial ocorrida na década de 1990.

1.1. A Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida, uma vez que a partir dela a saúde, a educação e a assistência social se tornaram direitos sociais fundamentais de todos e dever do Estado. Anteriormente, somente eram proeminentes os direitos fundamentais relacionados às liberdades individuais, denominados direitos de primeira geração e o Estado não tinha nenhuma contrapartida em sua consecução. Após a inserção dos direitos sociais no rol constitucional, denominados direitos de segunda geração, o Estado passa a ter o dever de materializar esses direitos. A evidenciação das características dessas duas abordagens se faz necessária a fim de justificar a atuação do Estado.

1.1.1. Os Direitos de Primeira e de Segunda Geração

Os direitos sociais de primeira geração, que correspondem aos direitos civis ou políticos são também chamados de direitos de liberdade e começaram a ser colocados em pauta durante os séculos XVI e XVII a fim de limitar os poderes do Estado. Esses direitos conforme Barreto (2003) defendem a autonomia individual e a liberdade em seu aspecto negativo, ou seja, apregoam a ausência de restrições e interferências do Estado na qual o indivíduo tem a oportunidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado. Nessa categoria incluem-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política entre outros. Ainda nesse raciocínio, o autor ressalta que essa ideia traz à tona uma concepção de economia de livre mercado e ausência de intervenção do Estado propensa para uma situação na qual as injustiças se aprofundam, ou seja, as desigualdades aumentam de proporção e dessa forma maior fica o abismo entre aqueles que estão em pior

situação e os que estão em melhor situação. Sendo assim, foi construído o cenário ideal para que ocorresse o surgimento dos direitos de segunda geração, conforme explica Barreto (2003):

Com efeito, a ordem liberal politicamente institucionalizada através dos direitos civis e políticos, assegurou o estabelecimento de um sistema social em torno da economia livre de mercado, economia esta que terminou por gerar um quadro de profundas e injustas desigualdades sociais [...]. O Estado Liberal se comprometia apenas a garantir a liberdade dos cidadãos, e, por isso, pretendia apresentar-se como um instrumento neutro, afastado de qualquer implicação “material” de sua atividade e voltado para estabelecer claramente os seus limites com a sociedade civil. BARRETO (2003, p.506).

Por outro lado, conforme disposto em Barreto (2003), os direitos sociais que também podem ser chamados de direitos de igualdade, correspondem à segunda geração dos direitos humanos. Em tal categoria de direitos se incluem os direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa abordagem o enfoque se dá ao Estado como provedor de serviços denominados essenciais à existência dos seres vivos e ultrapassa a ideia dos direitos de primeira geração nos quais o enfoque ocorre pela busca de maior autonomia individual inerente a pessoa e oponível ao Estado. Em outras palavras, conforme sugere o mesmo autor, passa a ser do Estado a obrigação de retificação da ordem social, removendo as injustiças encontradas na sociedade e reduzindo as desigualdades. É importante lembrar que essa modificação de enfoque não se trata de retrocesso da liberdade conquistada, já que os direitos de primeira geração continuam garantidos, mas sim de uma evolução para um estado democrático de direito no qual a questão social merece destaque.

1.1.2. Os Direitos Sociais

A modificação de enfoque e o advento dos direitos sociais no âmbito jurídico foram legitimados com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desse fato foi dado início à construção de um arcabouço legal que permitiu a busca desses direitos de forma sua conquista não ficasse dependente somente da vontade política, mas sim pelo atendimento das disposições do que está previsto em lei. Essa então se tornou uma questão de política pública, garantida pela legislação e que deve ser garantida pelo Estado seja qual for o seu gestor.

É importante lembrar que a Constituição Federal em seu artigo 6º dispõe sobre o seguinte:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Essa modificação expressa em nossa carta magna permitiu abrir o escopo de atuação do Estado e ampliou o acesso a direitos para uma parcela maior da sociedade, já que permitiu a inclusão de demandas ainda não garantidas por meio da elaboração legislativa, conforme complementa Barreto (2003). De fato essas demandas existiam e deveriam ser satisfeitas a fim de garantir um maior bem estar para toda a população.

Barreto (2003) vislumbra com clareza o aspecto da função estatal em função dos direitos sociais, nos seguintes termos:

[...] se o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem recursos para pagar um plano privado de saúde, essas pessoas acabam sendo ameaçadas diretamente no seu direito à vida e à integridade física. Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. (BARRETO, 2003, p. 508)

Com relação à aplicabilidade aos direitos humanos de primeira geração, Barreto (2003) enfatiza que o surgimento dos direitos sociais não suprimiu nem apagou as conquistas referentes aos direitos civis e políticos. É possível observar, no entanto, que no século XX, os direitos civis, políticos e sociais sofreram um processo de convergência, em virtude da maior democratização no exercício do poder, e, dessa forma, passaram a constituir o núcleo da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Não podemos esquecer que a efetivação dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal pressupõe uma atuação do poder público e esse é o grande desafio na consecução desses direitos, pois, segundo Bühring (2014), é necessário dedicar empenho a diversas variáveis, tais como as variáveis: econômicas, de orçamento, de políticas públicas específicas e deliberações do poder legislativo e executivo. No caso do surgimento das organizações sociais, pode-se dizer que o esforço pelo enfoque normativo de sua criação foi iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e culminou com a promulgação, em 15 de maio de 1998, da Lei Federal nº 9.637/98.

Juntamente com a ideia de direitos sociais que emergiu com a promulgação da Constituição federal de 1988, também surgiu a concepção de formulação e implementação de políticas públicas. Dessa forma, a política pública, em sentido mais abrangente, compõe parte de notável influência no processo de concretização dos direitos sociais, uma vez que é materializada por meio de serviços públicos prestados pela administração pública ou por seus delegatários com o objetivo de promover direitos fundamentais, conforme evidenciou Bucci (1997).

É importante lembrar que apesar do importante papel da atuação mais efetiva do poder público, existe também uma tendência de sobrecarregar as suas competências e, desta forma, tal sobrecarga pode resultar em perda de eficiência e eficácia dos serviços prestados. A crise do estado demonstrou que o poder público já não se mostrava eficiente para satisfazer todas as demandas, sozinho já não conseguia oferecer os serviços necessários com eficiência. Nesse caso, o mais importante conforme ressalta Bucci (1997), é a tentativa de uma harmonização entre as atividades desenvolvidas pela administração pública, pelos seus delegatários e pelas entidades de natureza privada a fim de concretizar esses direitos.

Ainda segundo Bucci (1997, p. 92):

As políticas públicas buscam fundamento primordial na Constituição e, quando houver, nas leis que lhes regulamentam. Assim, se cabe ao Poder Legislativo editar determinada lei, mesmo que a iniciativa de tal espécie normativa tenha partido de outro Poder, cabe à Administração Pública, efetuar prestações com eficiência e também as regulamentar – no caso de prestações por entes privados, delegatários ou prestadores de serviços compartilhados –, seguindo, sempre, as diretrizes e limites apontados pelo Legislativo e os comandos constitucionais, a fim de concretizar direitos fundamentais.

Barreto (2003) traz à tona o conceito de “eticidade” cuja ideia pressupõe que os direitos sociais dispostos em nossa carta magna apresentam a dignidade da pessoa humana enquanto o princípio norteador da ordem jurídica e estatal, a fim de possibilitar maior liberdade e igualdade, sendo essa conquistada por meio da redução das desigualdades e pela garantia, a cada indivíduo, de uma situação mínima de renda, de moradia, de emprego, de assistência, de educação. Dessa forma, é possível inferir, de maneira mais abrangente, que o atendimento dos direitos de segunda geração possui uma dimensão maior relacionada com as exigências éticas a que o poder público deve responder.

A conduta positiva do poder público exige não somente a direta prestação do serviço público, mas também pode ocorrer de forma indireta, ou seja, na atuação de terceiros, guardados, porém, certos pressupostos materiais necessários. Conforme ressalta Bühring (2014), esses pressupostos materiais podem ser identificados como os instrumentos normativos que devem nortear o funcionamento de um sistema que seja capaz de tornar possível a prestação de um conjunto de serviços tidos como públicos ou de interesse público.

Há ainda a corrente de pensamento que indica que os direitos fundamentais não são limitados aos expressamente previstos no artigo 5º § 2º e regem que há uma extensão natural desses direitos, conforme pressupõe Sarlet apud Bühring (2014, p.58).

Outros autores conferem à inexperiência do poder constituinte de 1988 como sendo o motivo da existência da abrangência e da heterogeneidade de direitos fundamentais dispostos, ou seja, atribuem à existência de problemas relacionados à precária técnica administrativa, tal como Sarlet (2008). Dessa forma, segundo o autor, os direitos sociais, tidos ou não como direitos fundamentais, possuem tanto características positivas, isto é, prestacionais, com negativas, ou seja, defensivas.

Sarlet (2008, p. 36) ressalta também que:

Nesta perspectiva, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário[...] (SARLET, 2008, p. 36)

Conforme observa Bucci (1997, p. 91), mesmo o arcabouço institucionalizado acaba por ferir os preceitos ora regulamentados pelo mesmo norte legal, ou seja, ainda que tenha ocorrido a tentativa de assegurar os direitos sociais isso não correspondeu ao efetivo amadurecimento teórico do direito administrativo, o que pode causar conflito entre os preceitos em determinadas situações. Como um exemplo disso é possível citar o arcabouço legal que permitiu o surgimento das organizações sociais e o conflito que suas prerrogativas trazem à discussão sobre a aplicabilidade dos princípios administrativos declarados na Constituição Federal.

O Estado-serviço público foi sucedido pelo Estado-políticas públicas, mas, tem-se aqui por hipótese, que essa evolução não correspondeu ao amadurecimento teórico do direito administrativo de modo que tal teoria explicasse, sistematicamente, as tarefas de coordenação que o Estado cada vez mais passava a assumir, isto é, a função administrativa das políticas públicas e não a sua prestação total e imediata. O amadurecimento das ações do estado para a sociedade a fim de reduzir as desigualdades e permitir que a sociedade obtivesse uma situação mínima necessária e digna foi iniciado na constituição federal e desencadeou um processo de revisão normativa que tornasse essa transição possível.

É importante ressaltar a ideia de atuação suplementar da iniciativa privada na prestação de serviços quando o interesse geral não pode ser satisfeito de forma eficiente diretamente por órgãos estatais. Essa ideia também é defendida por outros autores. Conforme Bobbio (1997, apud BUCCI, 1997, p. 92), nesse cenário político atual ocorre a complementaridade, ou seja, uma vez que o poder público identifica que o interesse geral não poderá ser satisfeito por sua própria ação, ou que o seria de maneira ineficiente e não célere, ele passa a compartilhar os encargos de realizar esse interesse geral às iniciativas particulares. O mesmo autor evidencia também que devido à evolução do Estado de direito para o Estado social, emerge a visão do Estado “como forma complexa de organização social, da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos” (BOBBIO, 1997, apud BUCCI, 1997, p. 92),

Faro (2014) sustenta a ideia da coexistência de direitos e deveres, uma vez que a existência de um direito corresponde à existência de um dever, dessa forma os direitos sociais exprimem o aspecto ativo e também passivo no cumprimento dos interesses sociais. Além disso, para que a administração pública seja capaz de realizar políticas públicas que se concretizem em direitos é necessário que sejam adotadas pelo menos uma de duas medidas, afirma o autor. A primeira alternativa seria a realização de procedimentos licitatórios para contratação de empresas eficientes e capazes e a outra é a criação de agências reguladoras que estabeleçam diretrizes e que realizem a fiscalização das etapas do processo de contratação, já que embora a eficiência seja uma característica inerente à administração pública, no entanto, há uma séria dificuldade por parte do poder público em alcançá-la adequadamente. Ao contrário do que ocorre na atuação estatal, a livre concorrência permite que a eficiência seja uma consequência natural.

1.2. A Reforma Gerencial

A fim de prosseguir a análise, é necessário evidenciar os fatores que desencadearam o movimento de reforma gerencial que ocorreu na década de 1990, cujo desfecho está diretamente ligado ao surgimento das organizações sociais.

As reformas advindas das alterações constitucionais culminaram na implantação de um novo modelo de administração pública, denominado administração gerencial cujo foco era o princípio da eficiência com o objetivo de substituir o modelo de administração burocrática, cujo foco era o princípio da legalidade.

Bresser-Pereira (1995) atribui a denominação de “reforma do Estado” para identificar o movimento de reforma administrativa e estatal ocorrido a partir de 1995, no Brasil, mas que foi uma tendência em boa parte do mundo ocidental. O significado dessa reforma também é mais abrangente, pois consiste, sobretudo, na alternativa encontrada para superar a crise fiscal, recuperando a poupança pública e estabilizando os preços de forma a financiar os investimentos, ou seja, provocando uma alteração em toda a estrutura do aparelho estatal e em seu pessoal, substituindo as práticas patrimonialistas e o modelo burocrático.

Segundo o mesmo autor, a crise econômica que assolou o Brasil durante a década de 1980 teve razões internas de notável influência. De fato, a crise fora desencadeada pelo segundo choque do petróleo, no entanto, a crise fiscal, a crise do modo de intervenção da economia e a crise do aparelho do Estado também não podem ser negligenciadas nesse processo reformista. Portanto, em outras palavras, foram três crises que conduziram a tal situação do Brasil na década de 1990.

A reação imediata à crise, ainda nos anos 80, logo após a transição democrática, foi ignorá-la. Uma segunda resposta igualmente inadequada foi a neoliberal, caracterizada pela ideologia do Estado mínimo. Ambas revelaram-se irrealistas: a primeira, porque subestimou tal desequilíbrio; a segunda, porque utópica. Só em meados dos anos 90 surge uma resposta consistente com o desafio de superação da crise: a ideia da reforma ou reconstrução do Estado, de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas conjuntamente com a sociedade. (BRESSER-PEREIRA, 1995 p.8)

Primeiramente, conforme Bresser-Pereira (1995), pode-se evidenciar a crise fiscal com o colapso do crédito público e a poupança negativa, isto é, a administração pública não estava

em condições de se financiar, seguindo essa tendência, pode-se citar também a crise no modo de intervenção estatal, com o fracasso da tentativa de criação de um Estado de Bem-Estar nos moldes social-democrata europeus, ou seja, uma vez incapaz de se financiar, o Estado não tinha condições de empregar políticas sociais intervencionistas. A crise do próprio Estado, segundo Bresser-Pereira (1995), é a mais importante dessas crises, pois diz respeito à criação do MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Segundo Bresser-Pereira (1995, p. 5), tal crise estatal era marcada pelo clientelismo e pela profissionalização incompleta e, além disso, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi iniciado um processo de “enrigecimento burocrático extremo”, culminando em ineficiência e má qualidade da administração e da prestação dos serviços sociais.

A Constituição Federal de 1988, no ponto de vista de Bresser-Pereira (1995), remete-se aos anos 30, na ocasião da administração burocrática clássica, e, por isso, os princípios sacramentados no *caput* do art. 37 seriam os de uma administração pública arcaica e burocrática ao extremo, centralizada, hierárquica, rígida, fundamentalmente baseada na ideia do controle por processo e não por resultados e objetivos. De fato, é importante frisar o papel da burocracia, operando sem disfunções, de maneira a superar a ideia de patrimonialismo, uma vez que é pautada pela impessoalidade. No entanto, esses aspectos de fato não mais condiziam com a situação de crise vivenciada naqueles anos de 1990s, cujas alternativas mais eficientes para reverter a tendência de crise, conforme utilizado nas empresas modernas, estavam baseadas na descentralização, na administração matricial, na confiança e no controle dos resultados, e não dos processos. Esse pressuposto trouxe à tona a ideia de controle por resultados, diretamente relacionado com o funcionamento de uma organização social e o conseqüente distanciamento de sua atuação com o que está disposto no referido artigo.

Conforme ressalta Bresser-Pereira (1995, p. 7)

[...] esse fato tornou-se ainda mais evidente quando o Estado capitalista deixou de ser o Estado liberal clássico orientado para garantir a propriedade e os contratos, para manter a ordem interna e defender o país contra o inimigo externo, e passou a ser o Estado social, que assumiu um número crescente de serviços sociais: educação, saúde, cultura, pesquisa científica e seguridade.

Dessa forma, conclui o autor que no texto constitucional, embora os direitos sociais fossem assegurados de maneira expressa, não foi percebido que as formas mais descentralizadas e flexíveis de administração eram uma resposta à necessidade de eficiência

no atendimento daqueles serviços sociais prometidos. O autor critica também que a Constituição Federal de 1988 não foi criada tendo em vista a crise fiscal e do aparelho do estado que o país estava passando. Dessa forma, ignorou e não deixou margem para uma intervenção estatal mais leve e eficiente. Devido à crise fiscal e do Estado, portanto, era necessário encontrar meios de reduzir gastos sem deixar de prover com eficiência os serviços sociais fundamentais constitucionalmente assegurados.

A reforma ocorrida a partir de 1995 considerou a existência de uma distinção fundamental entre o núcleo burocrático do Estado e o setor de serviços sociais de infraestrutura. Bresser-Pereira (1995, p.10) delimita essas duas esferas com clareza, destacando que o núcleo burocrático estaria voltado para as funções de legislar e tributar, administrar a justiça, garantir a segurança e a ordem interna, defender o país contra o inimigo externo e estabelecer políticas públicas de caráter econômico, social, cultural e do meio ambiente. Já o setor de serviços faria parte do Estado, porém não faria parte do governo, deveria cuidar da educação, da pesquisa, da saúde pública, da cultura e da seguridade social e são funções que também existem no setor privado e no setor público não-estatal das organizações sem fins lucrativos.

Enquanto que no núcleo burocrático o essencial é a segurança das decisões tomadas, no setor de serviços o importante é a qualidade dos serviços prestados aos cidadãos. Por isso, enquanto no núcleo burocrático o princípio administrativo fundamental é o da efetividade, da capacidade de ver obedecidas e implementadas as decisões tomadas, no setor de serviços o princípio correspondente é o da eficiência, ou seja, de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público. (BRESSER-PEREIRA, 1995, p.10)

Dessa forma, ficou claro que a crise do Estado deveria ser superada e que era necessário rever as estratégias de intervenção no plano econômico e social, abandonando a intervenção direta e adotando a forma de regulação somente. Conforme Bresser-Pereira (1995, p. 11), reformar o aparelho do Estado significava:

- 1) tornar a administração pública mais flexível e eficiente;
- 2) reduzir seu custo;
- 3) garantir ao serviço público, particularmente aos serviços sociais do Estado, melhor qualidade; e

4) levar o servidor público a ser mais valorizado pela sociedade ao mesmo tempo que ele valorize mais seu próprio trabalho, executando-o com mais motivação.

Para alcançar esses objetivos era necessário manter aquilo que a administração burocrática trouxe de mais positivo, ou seja, a profissionalização do serviço público, baseada na impessoalidade contra o clientelismo e a corrupção, porém, ao mesmo tempo era necessário buscar combater a rigidez, o formalismo e a centralização de processos. Dessa forma, o principal objetivo, segundo Bresser-Pereira (1995), era combater a rigidez trazida pela Constituição Federal de 1988, tornando a administração pública mais flexível, segmentando os núcleos de formulação de políticas públicas de caráter regulatório e o de execução de serviços sociais.

A justificativa de Bresser-Pereira (1995) é a seguinte:

[...] como os serviços sociais do Estado exigem flexibilidade, eficiência e qualidade tão boas quanto as existentes nas atividades semelhantes no setor privado e no setor público não-estatal, será necessário para esses serviços encontrar uma forma de administração mais flexível do que a adotada no núcleo burocrático da administração direta. Este objetivo de autonomia financeira e administrativa dos serviços sociais do Estado poderá ser alcançado principalmente por meio do projeto das “organizações sociais”[...]. Bresser-Pereira (1995, p. 11)

Dentre outros aspectos, essa reforma foi marcada por alguns outros movimentos característicos dentre os quais podem ser evidenciados por Alexandrino (2013) a capacitação e produtividade como critério de avaliação utilizado no quadro de pessoal da administração pública e as privatizações em favor da exploração da atividade por empresas privadas por meio de concessões e permissões.

Dessa forma, o autor deixou claro que o primeiro projeto é o da descentralização dos serviços sociais do Estado, de um lado da União para os Estados e Municípios, e de outro, do aparelho do Estado propriamente dito para o setor público não-estatal. Esse projeto ocorreria por meio da concessão de autonomia às entidades de serviço do Estado, particularmente de serviço social, como as universidades, escolas técnicas, hospitais, museus e centros de pesquisa. Bresser-Pereira (1995) afirmava que o objetivo era de criar a possibilidade de essas entidades serem transformadas em “organizações sociais”. As organizações sociais seriam públicas não-estatais, sendo aquelas que teriam autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo, e dessa forma poderiam, por meio do órgão do executivo

correspondente, fazer parte do orçamento público federal, estadual ou municipal. A implantação de um programa de “publicização” permitiria que essas instituições ganhassem ampla autonomia na gestão de suas receitas e despesas. Ainda assim, continuariam a contar com a garantia básica do Estado, que lhes cederia, por mútuo, seus bens e seus funcionários estatutários, mas agora seriam entidades de direito privado, e não precisariam atender às normas e regulamentos do aparelho estatal, e particularmente de seu núcleo burocrático, que continuariam relativamente rígidas, mesmo depois da reforma constitucional.

Neste processo, conforme Bresser-Pereira (1995), o importante seria evitar que as essas organizações sociais fossem apropriadas por indivíduos que pudessem as utilizar como se elas fossem privadas. Com esse objetivo, uma série de cautelas legais e administrativas deveriam ser previstas e adotadas, tomando-se, entretanto, a cautela de limitar os controles por processo, já que o essencial seria, tanto da parte do próprio Estado, quanto da sociedade, o controle por resultados das organizações sociais.

Dessa forma, o movimento da reforma gerencial se manifestou, sobretudo, no movimento de “publicização” das atividades não exclusivas do Estado a fim de autorizar o poder executivo a qualificar entidades privadas para gerir o fornecimento de bens e serviços que não eram exclusivos da administração pública, incluindo a ação do terceiro setor. Nesse período é promulgada a Lei 9.637/1998, esta que criou, juridicamente, as organizações sociais.

A qualificação como organização social, segundo essa lei, é discricionária, considerando a conveniência e oportunidade da administração. Seu compromisso com o estado se estabelece por meio do contrato de gestão. Uma vez assinado o contrato de gestão, segundo Zolet (2011), as organizações sociais assumem o compromisso de fornecer os serviços de interesse social sob os termos dispostos no contrato de gestão, conseqüentemente, desfrutam de ilimitada autonomia gerencial, administrativa e financeira na gestão dos bens e recursos públicos recebidos para a consecução das atividades, ainda que a lei estabeleça o dever de prestação de contas e sujeição ao poder de fiscalização estatal.

1.3. Características das Organizações Sociais

Para ser qualificada como organização social, conforme dispõe a lei nº 9.637/1998, em seu art. 1º, é necessário que a entidade seja uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins

lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas a uma das seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. No art. 2º são destacados os requisitos para a habilitação à qualificação como organização social, os quais apresentam diferentes aspectos que abrangem desde a restrita conformidade legal até a discricionariedade que leva em consideração os atributos de conveniência e oportunidade.

O primeiro aspecto abrange a comprovação dos atos constitutivos da entidade. É necessário que seja comprovado que a natureza social da entidade está relacionada com pelo menos uma das áreas de atuação do âmbito das Organizações Sociais, quais seja ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde e, além disso, a entidade não pode ter fins lucrativos, ou seja, todos os excedentes de recursos financeiros auferidos deverão ser reinvestidos na atividade. Ainda sobre esse primeiro aspecto, cuja característica mais objetiva deixa evidente a necessidade de cumprimento de determinações legais deve-se ressaltar a necessidade de existência de um estatuto no qual estejam definidas a composição e atribuições dos órgãos de deliberação superior e de direção da entidade. No órgão colegiado de deliberação superior se faz necessária a participação de representantes do poder público bem como de membros da comunidade de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

O segundo aspecto está relacionado com os direitos e deveres dos sócios, pois se a entidade estiver constituída sob a forma de associação civil, somente poderá aceitar novos associados sob a forma determinada no estatuto. Ainda sobre os sócios, é proibida a distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade. No caso de extinção ou desqualificação da Organização Social é prevista a incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades 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.

O terceiro aspecto não foge da imposição legal, porém traz à tona uma ideia de transparência, tornando obrigatória a publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão da entidade.

E por último, mas que apresenta essencial importância é a necessidade de haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Conforme definição de Di Pietro (2013) nenhuma entidade nasce com o nome de Organização Social, a entidade é criada voluntariamente por particulares como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação para auxiliar o Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante mediante a assinatura de um contrato de gestão, dessa forma, trata-se de um título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.

Alexandrino (2013, p.139) faz observações pertinentes sobre o arranjo legal das Organizações Sociais. Para compreender a sua estrutura jurídica é necessário atentar para algumas diferenças. Primeiramente é importante evidenciar que nessa relação jurídica não há a efetiva delegação dos serviços públicos uma vez que não se caracteriza como uma concessão, pois não há processo licitatório e também não há a possibilidade de intervenção, encampação nem mesmo a possibilidade de cobrança de tarifas. Outro fato importante ressaltado pelo mesmo autor é que as organizações sociais são as únicas entidades privadas a celebrar contrato de gestão com o poder público. Assim, pode-se concluir que esse arranjo jurídico tem o objetivo de absorver atividades antes executadas por entidades públicas e a ideia que se deseja transmitir com a denominação de publicização é a de que a entidade é privada, porém está sujeita a determinadas normas uma vez que conta com recursos do poder público.

Ainda segundo Modesto (2005, p. 22 apud CANCELLIER)

[...] ser Organização Social não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo poder público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses requisitos são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva dos fins de interesse público e fixar as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria entre a entidade privada e o poder público.

Dessa forma, pode-se concluir que a qualificação atribuída pelo poder público é de caráter discricionário. Esse critério discricionário atribui maior subjetividade à prática do ato e por um lado pode, conforme disposto por Silva Neto (2005, p. 36 apud CANCELLIER), ajudar

o administrador no sentido de evitar escolhas de instituições duvidosas, mas, ao mesmo tempo por outro lado, pode permitir que haja margem para favoritismos e perseguições.

Paes (2005, p. 37 apud CANCELLIER) destaca de forma pertinente o seguinte aspecto:

Percebe-se, portanto, o elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade. Não está prevista sequer uma consulta que seja a algum órgão colegiado ou conselho de representantes da sociedade civil. Difícil é vislumbrar que decisões de tamanha envergadura e com reflexos importantes em áreas tão sensíveis e carentes da sociedade dependam exclusivamente do bom senso de alguns poucos mandatários do poder Executivo. Paes (2005, p. 37 apud CANCELLIER)

Da mesma forma, no que se refere à desqualificação da entidade, pode-se afirmar que o aspecto discricionário também vigora. O art. 16 da lei nº 9.637/1998 trata da desqualificação da organização social e dispõe que a organização social poderá ser desqualificada no caso de descumprimento do contrato de gestão, por exemplo, deixando evidente que essa é apenas uma possibilidade, ou seja, também é atribuído a esse artigo certo grau de discricionariedade.

Art. 16. 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.

Outro aspecto importante da lei é o art. 3º que trata do conselho de administração e de sua composição, novamente Paes (2005, p. 39 apud CANCELLIER) destaca de forma pertinente que a participação de diversos segmentos representativos da sociedade civil no conselho de administração das Organizações Sociais pode ser considerada como um aspecto que facilita o controle social, mas, por outro lado, a presença do poder público leva a ideia de que sempre o governo terá a maioria nessas organizações, já que é provedor dos recursos necessários para a prestação do serviço.

Dessa maneira, a criação desse novo título jurídico de Organização Social possibilitou uma série de novas garantias e cautelas, destinadas a preservar a finalidade das instituições

privadas que prestam serviço público, sem prejuízo das flexibilidades conferidas pela personalidade jurídica de direito privado. (CANCELLIER, 2005, p.26).

2. AS DIFERENÇAS ENTRE OS ARRANJOS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

2.1. Os Arranjos Contratuais da Administração Direta

Os arranjos contratuais da Administração Direta são norteados por princípios que regem seus atos. Esses princípios encontram-se expressos ou implícitos na Constituição Federal de 1988.

3.1.1. Os Princípios Administrativos

Conforme Alexandrino (2013, p. 181), os princípios constituem-se em ideias centrais de um sistema e estabelecem as suas diretrizes, conferindo ao sistema um sentido lógico, harmonioso e racional, e possibilitando a adequada compreensão de toda sua estrutura. Orientam toda a atividade administrativa e encontram-se explícitos ou implícitos no texto constitucional.

No *caput* do art. 37, após a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, tornaram-se explícitos os princípios que regem os atos administrativos quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade está diretamente relacionado à importância da Lei e sua interpretação. Conforme Alexandrino (2013, p. 181), ele é o contraposto ao que remete ao art. 5º inc. II da Constituição Federal de 1988, no que trata dos direitos individuais de liberdade, e que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou seja, é que é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Por outro lado, a partir dessa análise é possível inferir que a lógica do princípio aplicado à administração pública é diferente, uma vez que ela não possui vontade própria e está diretamente vinculada à lei que expressa a vontade geral. Dessa forma, à administração pública não é possível o princípio da liberdade, haja vista que, pelo princípio da legalidade só lhe é permitido somente fazer o que está disposto na lei.

O princípio da moralidade traz à tona a ideia de ética na prática dos atos da administração pública, denominada moral administrativa. Conforme Alexandrino (2013, p. 190), a moral administrativa não está sujeita a uma análise de oportunidade e conveniência, mas sim a uma análise de legitimidade, ou seja, se um ato for contrário à moral administrativa, esse ato será nulo e não somente inoportuno ou inconveniente. Dessa forma, a moralidade evidencia a ideia de boa fé, disposta de forma explícita no art. 2º da Lei 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

O princípio da impessoalidade, conforme o mesmo autor traz como principal objetivo a observância da finalidade dos atos administrativos. Todo e qualquer ato administrativo deve ter como finalidade a satisfação do interesse público. Se esse não tiver, fere, sobretudo, o princípio da impessoalidade. Dessa forma, o princípio da impessoalidade impede que o agente pratique atos que visem interesses dele próprio ou de terceiros. Por meio desse princípio, impede favorecimento ou desfavorecimentos, como perseguições ou discriminações e todo ato praticado que desvie desse princípio, ou seja, cujo objetivo não seja o interesse público, será considerado nulo.

No que se refere à finalidade, segundo Alexandrino (2013, p. 192) pode estar expressa ou implícita na lei. A partir disso pode-se inferir que a finalidade geral sempre será a satisfação do interesse público, no entanto, pode haver uma finalidade específica cujo fim direto a lei pretende atingir.

O princípio da publicidade, conforme Alexandrino (2013, p. 192) apresenta duas interpretações. A primeira está ligada à validade do ato, ou seja, sua eficácia. Dessa forma, enquanto não publicado, o ato não está apto a produzir efeitos. A segunda interpretação está mais ligada ao conceito de transparência.

O princípio da eficiência foi incluído pela EC 19/1998 como fruto da reforma administrativa ocorrida a partir de 1995. A intenção foi, segundo Alexandrino (2013, p. 206), superar a ideia antes vivenciada pela administração burocrática que se identificava mais com a aplicação do princípio da legalidade. Com esse princípio, a proposta era a de que a administração pública se aproximasse cada vez mais da eficiência da administração privada, deixando para trás a morosidade, desperdício, a baixa produtividade. No que diz respeito aos direitos sociais, esse princípio está diretamente relacionado, pois uma vez e somente a partir da plena aplicabilidade dela é que se podem oferecer efetivamente os direitos sociais como a

educação, saúde e com a devida qualidade e tempestividade. A eficiência conforme ressalta segundo Alexandrino (2013, p. 208) não é questão de oportunidade ou conveniência, mas sim um dever da administração pública.

Dentre os princípios implícitos na Constituição Federal de 1988, o da supremacia do interesse público exerce notável influência. Por consequência do regime democrático e do sistema representativo, é presumido que toda atuação do Estado tem como objetivo o interesse público, deixando clara a ideia de que se existir conflito entre o interesse público e o privado, o interesse privado prevalecerá. Alexandrino (2013) ressalta que nem todo o ato administrativo está revestido da supremacia do interesse público. Existem os atos de império os quais criam obrigações ou restringem direitos e que estão diretamente ligados ao princípio da supremacia do interesse público, por outro lado, existem os atos de gestão, os quais são puramente administrativos nos quais o princípio não se manifesta em sua plenitude. Todavia, é importante lembrar que o princípio da supremacia do interesse público pode ser observado em toda atuação do poder público.

Outro princípio implícito que merece destaque é o da indisponibilidade do interesse público. Desse princípio derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa, conforme ressalta Alexandrino (2013). Entende-se, portanto, que a administração pública não é dona da coisa pública, mas sim gestora dos bens e dos interesses públicos e os bens e interesses públicos são indisponíveis e a gestão deve ser realizada em prol da coletividade. Desse princípio implícito derivam-se vários outros explícitos, a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Esse princípio tem estreita ligação com o princípio da legalidade uma vez que a indisposição do interesse público implica que toda a atividade deve estar prevista em lei, ou seja, o único instrumento capaz de legitimar a vontade pública.

3.1.2. Licitações e Contratos

A licitação é um processo administrativo de observância obrigatória pelas entidades governamentais. Essa obrigatoriedade está expressa no art.37, inciso XXI da Constituição Federal, no entanto, o próprio dispositivo também ressalta que há a possibilidade de contratação direta, ou seja, sem processo licitatório. A edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos é de competência privativa da União, dessa forma, a Lei 8.666/1993 é a mais abrangente.

O campo de incidência Lei 8.666/1993 está disposto nos art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A finalidade principal do processo de licitação é a seleção da melhor proposta, respeitando a igualdade de concorrência entre os participantes a fim de evitar favoritismos a terceiros. Apesar da disputa isonômica, é importante lembrar também que é necessário que os participantes estejam habilitados conforme os requisitos que cada modalidade de processo licitatório existente. Uma vez selecionada a proposta mais vantajosa tendo em vista os interesses da administração, é celebrado o contrato administrativo.

O art. 3º da Lei 8.666/93 elenca os princípios que devem ser observados. Além dos quatro princípios constitucionais, o legislador expressamente nomeou três demais princípios próprios ao procedimento licitatório que vinculam a atuação dos agentes públicos.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O princípio da probidade administrativa refere-se à postura ética dos agentes em todas as etapas do processo, reforçando o princípio da moralidade. Tal princípio apresenta-se como parâmetro básico aos membros de comissões de licitação em todas as esferas de poder e de governo na administração pública brasileira. A melhor doutrina atrela ao conceito de probidade a íntima relação com a noção de honestidade, perante os licitantes, a gestão da instituição e, em maior nível, a população em geral. José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”, entende que “exige o princípio que o administrador [...] concorra para que sua atividade esteja voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível” (CARVALHO FILHO, 2010).

[...] o exercício honrado, honesto, probo da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes” (MENDES, 1991)

É importante lembrar também, conforme aponta Alexandrino (2013) que está disposto no artigo 37 da Constituição Federal que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Ressalta ainda que a observação a tal princípio deve abranger não somente os agentes administrativos, como também os administradores e os demais participantes do procedimento licitatório.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que o edital de abertura do certame licitatório deve ser respeitado ao longo de todo o procedimento, desde a publicação em imprensa oficial até a efetiva contratação do proponente da melhor oferta habilitada. Este princípio tem a vertente consequential aos princípios da publicidade e da legalidade, de modo que não poderia o administrador apresentar exigências às empresas licitantes que não estivessem nem previamente informadas a todos os candidatos, nem que respeitassem todos os prazos de divulgação previamente indicados em legislação própria federal. Além disso, no artigo 41 da Lei 8.666/93 está disposto que qualquer cidadão tem o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade.

De acordo com o Manual do Gestor Público, elaborado pela Secretaria da Fazenda do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório “impede que a Administração Pública, durante a licitação, se afaste das normas e condições estabelecidas no edital ou convite”. Importante a noção temporal apresentada no texto, que, conforme acima apresentado, se dá no interregno entre a publicação do instrumento no Diário oficial do ente e a adjudicação do objeto do contrato à vencedora.

Por fim, por previsão expressa do texto do caput do artigo 3º da Lei 8.666/93, está o gestor público vinculado ao julgamento objetivo das propostas, significando que deverá a administração selecionar a vencedora baseada em critérios previamente definidos, mensuráveis de forma quantitativa, qualitativa, ou mesclando ambas, dependendo sempre da modalidade escolhida para cada respectiva licitação. Infere-se deste conceito a ramificação do princípio da impessoalidade, de modo que será considerada a melhor proposta exclusivamente

aquela que melhor atenda as exigências do edital, de forma mais vantajosa à entidade contratante, independente de características personalíssimas do licitante.

Acrescentam-se aos princípios elencados no artigo terceiro da lei geral de licitações demais conceitos e paradigmas relacionados ao longo do texto da norma. Talvez a ideia de maior relevância e importância seja a noção de compulsoriedade de se contratar para a administração pública por meio de processo licitatório.

Lei 8.666, art. 2^o: As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Improbo, pois, o administrador que buscar suas contratações por outros meios que não utilizando uma das diversas modalidades de licitação (concorrência, pregão eletrônico, concurso, etc.), com exceção apenas daquelas hipóteses taxativa e exaustivamente expostas em legislação de nível federal, como, por exemplo, na própria Lei nº 8.666/1993, a possibilidade de contratações para realização de obras ou serviços de engenharia inferiores ao valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O caráter isonômico da licitação também é apresentado em sua lei geral, e exige do administrador tratamento igual a concorrentes que ingressem no certame licitatório em condições de igualdade. Exige também, por outro lado, tratamento diferenciado a empresas, que em razão de sua natureza, possuem desde seu ingresso condição desfavorável e de inferioridade. Latente o exemplo do artigo 5^o-A da referida norma:

Lei 8.666, art 5^o-A: As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Por possuírem menor capacidade econômica e menor escala de produção, o legislador previu a alternativa ao empresariado nacional de pequeno porte para que tivesse condições de concorrer em processos licitatórios. Inerente a esta ideia se enquadra também o princípio da competitividade, no qual o administrador deve tomar decisões que sempre visem um maior campo de concorrentes e participantes, buscando a melhor e mais vantajosa proposta para atender a demanda de sua instituição.

Neste panorama, por fim, encontra-se o princípio da vantajosidade da melhor proposta. Deve a administração contratar sempre a proposta que melhor atenda sua demanda, a um

menor custo ao erário. Significa este conceito que não basta apenas a proposta ser a de menor valor. Deverá ela sempre atender aos critérios objetivamente elencados no edital de abertura, como especificações técnicas, que se cumpridos, trarão o resultado esperado. Busca a administração o mínimo necessário para o atendimento da necessidade apresentada no projeto que originou o procedimento licitatório, e não simplesmente o mínimo necessário para se dispender para a aquisição. Estão inerentes ao conceito de maior vantagem na proposta as ideias de durabilidade de materiais, de performance técnica dos produtos, de economia no consumo energético e demais conceitos não necessariamente atrelados ao menor preço ofertado na proposta do licitante em uma determinada licitação.

A doutrina, conforme disposto em Alexandrino (2013) menciona também a competitividade, o procedimento formal, o sigilo das propostas e a adjudicação compulsória como princípios específicos implícitos.

A competitividade é a essência do procedimento, somente havendo a efetiva competição entre os participantes, evitando-se manipulações de preços e conluio é que será possível obter a proposta mais vantajosa para a administração pública.

O princípio do procedimento formal refere-se, sobretudo, à forma como o ato deve ser executado. Assim, o processo administrativo formal da licitação deve ser praticado por toda a esfera da administração pública.

O princípio do sigilo das propostas, ao contrário do que se possa inferir, não vai de encontro ao princípio da publicidade. Corresponde ao sigilo das propostas até a sua abertura. A violação do sigilo das propostas pode privilegiar um concorrente à licitação que, ao saber a proposta dos demais, poderá formular a sua proposta de forma a ganhar a competição, acarretando em fraude do processo licitatório.

Conforme Alexandrino (2013) adjudicar significa atribuir o objeto do certame ao vencedor. Esse princípio impede que a administração pública, após a realização do procedimento licitatório e após a definição do vencedor, celebre contrato com outrem que não o vencedor. Esse princípio também impede que haja nova licitação enquanto estiver válida a adjudicação anterior. É importante lembrar, porém que a adjudicação não corresponde à celebração do contrato em si. A adjudicação é um ato declaratório que garante apenas que quando a administração for celebrar contrato sobre o objeto da licitação, ela o fará com o

vencedor. O contrato, no entanto, tem a possibilidade de não ser celebrado, por motivos de anulação do procedimento licitatório, ilegalidade ou revogação da licitação por motivos supervenientes de interesse público.

3.2. Os Arranjos Contratuais das Organizações Sociais

3.2.1. Prerrogativas das organizações sociais e a dispensa de licitação como justificativa para a eficiência

A primeira delimitação para abordar a questão é definir como são traçados os arranjos contratuais das organizações sociais e quais são as suas prerrogativas, já que conduz a uma ideia de liberdade na utilização de recursos públicos e vai de encontro com os princípios administrativos dispostos em nossa Constituição Federal.

As Organizações Sociais, ao contrário do que deve ocorrer na administração pública, não precisam realizar processo licitatório para a contratação para a aquisição de materiais e serviços já que não fazem parte do escopo de obrigatoriedade previsto na Lei 8666/93. Por outro lado, as Organizações Sociais devem ter um conselho de administração e este deve, como atribuição privativa, aprovar, por maioria mínima de dois terços o regulamento dos procedimentos para contratação de obras, serviços, compras e alienações, conforme disposto no art. 4º, VIII, da lei nº 9.637/1998. Esse regulamento, por exemplo, tem a possibilidade de seguir orientações da própria lei 8.666/1993. Na opinião de Mello (2013), por outro lado, tal dispositivo fere o princípio da impessoalidade.

Também é importante lembrar que a administração pública possui a dispensa de licitação para a contratação de Organização Social conforme o disposto no art. 24 da lei 8.666/1993. No inciso XXIV desse mesmo artigo fica evidente essa prerrogativa, pois faz a prevê que as Organizações Sociais poderão ser contratadas para prestação de serviços previstos em seu contrato de gestão, pelo poder público qualificado pela sua respectiva esfera de governo com dispensa de licitação. A administração direta pode contratar uma organização social por meio de dispensa de licitação, e, dessa forma, a organização social se torna responsável pelo gerenciamento dos recursos orçamentários, dos bens móveis e imóveis e dos servidores públicos destinados a ela. No próprio inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1998 está clara a possibilidade de ressalva a aplicabilidade do processo licitatório. É de entendimento que esses casos de exceção se referem à dispensa e inexigibilidade. Conforme

disposto em Cancellier (2005, p. 73) é o princípio da supremacia do interesse público que confere a obrigatoriedade da realização de licitação e é o mesmo princípio que confere a sua dispensa, pois em princípio a participação de uma organização social confere maior eficiência no serviço prestado e, sobretudo, quem se beneficia é a própria sociedade.

Além disso, no que se refere à publicidade dos atos das Organizações Sociais, se faz obrigatória a publicação de resumo do contrato celebrado na imprensa oficial no prazo de cinco dias conforme art. 61 ou no caso de dispensa ou inexigibilidade no art. 26 da 8.666/1993.

Outra das prerrogativas conferidas às organizações sociais é a dispensa de realização de concurso público para a contratação de seu pessoal.

O art. 7º da lei nº 9.637/1998 traz a seguinte disposição:

Art. 7º Na elaboração do Contrato de Gestão devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das Organizações Sociais, no exercício de suas funções.

Dessa forma, ainda que exista essa prerrogativa, o Contrato de Gestão deverá prever limites e critérios para a contratação de pessoal, conforme ressalta Cancellier (2005, p. 28). De acordo com Silva Neto (2005, p. 29 apud CANCELLIER), a lei deveria prever para a contratação de pessoal o mesmo procedimento atribuído à contratação de serviços e compras de materiais, ou seja, o conselho de administração deveria ser responsável pela aprovação de regulamento sobre esse procedimento.

Outro aspecto relevante dentre as prerrogativas estabelecidas na lei das organizações sociais se refere aos auxílios que podem receber do Estado. Tendo em vista a teoria do direito administrativo e a própria legislação vigente, conforme estabelece Alexandrino (2013), as organizações sociais poderão receber recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, além disso, é facultada a cessão especial de servidor com ônus para o órgão de origem do servidor cedido.

No que se refere à fiscalização, Cancellier (2005) ressalta que as organizações sociais são fiscalizadas pelas entidades supervisoras de sua área de atuação e que estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas sempre que receberem verbas públicas, conforme art. 70 da Constituição Federal.

No âmbito do direito tributário, as Organizações Sociais também desfrutam de determinadas prerrogativas como imunidades e isenções tributárias.

É importante conceituar as imunidade e a isenção:

A imunidade pode ser conceituada como a renúncia fiscal ou vedação de cobrança de tributo estabelecida em sede constitucional. A isenção, por sua vez, é a dispensa de recolhimento de tributo que o Estado concede a determinadas pessoas, em determinadas situações, através de leis infraconstitucionais. Podem atingir quaisquer modalidades de tributos, seja na esfera federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Resende (2005, p. 78 apud CANCELLIER) ressalta que quando o Estado, por meio do legislador constituinte estabelece as imunidades, ou quando por meio do legislador ordinário concede as isenções, não está, como erroneamente alguns consideram, favorecendo um particular. Dessa forma, segundo o autor, a ideia que se deve compreender é a de que na verdade quem está favorecendo é o particular ao público, uma vez que realiza funções que suprem e em muitos casos até substituem o que é dever do Estado. Assim, a justificativa é de que é injusto é tributar aquele que auxilia ao Estado, ou até mesmo o substitui, no atendimento de serviços de interesse coletivo, como o fazem as Organizações Sociais, já que o objetivo do tributo também é o de viabilizar a prestação de tais serviços.

A imunidade das Organizações Sociais está prevista no art. 150 da Constituição Federal, porém como requisito, as instituições sem fins lucrativos apenas devem obedecer ao que está disposto no art. 14 do Código Tributário Nacional.

Paes (2005, p. 83 apud CANCELLIER):

Essas exigências legais visam a tornar possível o controle dessas instituições pela autoridade tributária, a fim de impossibilitar ou, pelo menos, diminuir o cometimento de fraudes, já que [...] recebem verbas públicas. Ou seja, o Estado abre mão de aparatos burocráticos visando à efetiva consecução dos serviços imunes. Não se justificaria, por exemplo, que uma entidade fosse beneficiada com a

imunidade se não aplicasse integralmente no Brasil os recursos na busca de suas finalidades. Na realidade, o que ocorre é uma verdadeira troca, em que o Estado abre mão de uma parte de sua receita e a entidade beneficiária atua onde, inicialmente, caberia àquele.

Assim, conforme Cancellier (2005, p. 84) sobre o patrimônio das entidades não incidirão: Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano (IPTU); Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doação de Bens e Direitos (ITCD); Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis (ITBI); Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Sobre a renda recebida pelas entidades não incidirá o Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza (IR), de competência da União. Nos serviços prestados pelas entidades não incidirão o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISQN).

As isenções estão dispostas no art. 150 §6º do Código Tributário Nacional. Desse modo, a isenção tributária decorre de lei específica do ente federativo que possui a competência legislativa para excluir o crédito tributário por razões de política tributária.

Dessa forma, pode-se concluir que a qualificação como organização social, conferida pelo poder público, faz incidir sobre as instituições reconhecidas uma série de disposições jurídicas especiais que lhes asseguram vantagens e impõem sujeições. Conforme ressalta Modesto (2005, p. 22 apud CANCELLIER)

[...] consta da lei exigência de adoção de regras impessoais para compras e plano de salários; existência de colegiado superior composto por fundadores, personalidades da comunidade e representantes do poder público; previsão de auditorias gerenciais e controle de resultados; fomento público condicionado à assinatura de 'contrato' ou acordo de gestão com o poder público, definidor de metas e tarefas a cumprir; responsabilização direta dos dirigentes pela regular utilização dos recursos públicos vinculados ao acordo de gestão, entre outras garantias atualmente não exigidas para o deferimento do título de utilidade pública para as entidade privadas sem fins lucrativos.

3. ALTERNATIVAS CAPAZES DE BALIZAR A CONDOTA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Tendo em vista os aspectos anteriormente evidenciados é possível concluir que é necessário procurar alternativas que sejam capazes de conferir maior aderência aos princípios

administrativos e que possam balizar a conduta das Organizações Sociais sem prejudicar a sua proposta de maior eficiência e eficácia frente aos serviços prestados diretamente pela administração pública. De fato, as Organizações Sociais desfrutam de recursos públicos diretamente transferidos e dessa forma, um controle maior sobre suas atividades de faz necessário.

3.1. Fiscalização das Atividades das Organizações Sociais

Desde o início da sua instituição, a organização social deve assinar um contrato de gestão com o Estado que conterá as metas e objetivos de sua atuação. Nesse contexto, a análise desse controle finalístico é o ponto de partida. O contrato de gestão, dessa forma estabelece o elo entre os meios e os fins da atividade das organizações sociais. Esse arranjo contratual e suas características também merecem destaque na análise.

O contrato de gestão, conforme Alexandrino (2013) é um acordo cuja finalidade é fazer-se cumprir uma espécie de programa em troca de algo que confere interesse da parte que se compromete atingir as metas nele definidas. Quando celebrado entre o poder público e entidades privadas possibilita a essas entidades o recebimento de recursos, sujeitando-as, por outro lado, à fiscalização da destinação desses recursos que receberam, ocorrendo, portanto, uma redução da autonomia dessas entidades. O contrato de gestão estabelece as obrigações do poder público e da Organização Social, ele deve ser submetido ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área de interesse relacionada à atividade da entidade, após a aprovação pelo Conselho de Administração.

Na elaboração do contrato de gestão, conforme Alexandrino (2013) devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e também outros quatro preceitos que obrigatoriamente devem estar contidos no contrato. Primeiramente o contrato deve dispor sobre as obrigações da Organização Social, especificando o programa de trabalho proposto pela entidade, a definição de metas a serem alcançadas bem como o prazo de execução. O segundo preceito é a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho que serão utilizados, quais sejam, os indicadores de qualidade e de produtividade. O terceiro preceito dispõe sobre os critérios para a despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza que serão recebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais no exercício de suas funções. O quarto e último evidenciado pelo autor é a importância da definição das demais cláusulas do contrato

de que serão subscritas pelos Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade.

Di Pietro (2013) traz à tona o conceito de “contratualização do controle”, uma vez que se confere maior autonomia em contrapartida de um compromisso assumido contratualmente. O controle é por resultados e por meio das organizações sociais se busca uma maior participação social já que o controle por meio dos conselhos também é recrutado em meio à sociedade civil.

Conforme Rocha (2011, apud ZOLET), o papel reservado ao contrato de gestão é o de substituir o sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público sobre o privado, pelo controle baseado no princípio da consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes.

Dessa forma, a fiscalização das atividades executadas pelas organizações sociais tendo em vista o que foi acordado em contrato de gestão é realizada, sobretudo, pelo conselho de administração. Esse conselho é formado por membros da própria administração pública bem como da sociedade civil, mas que, sobretudo são indicados pela administração. Esse conselho, no entanto, apenas tem a incumbência de realizar um controle finalístico das atividades e o controle efetivo.

A Organização Social deve apresentar relatório que apresente o comparativo das metas propostas e realizadas bem como a prestação de contas correspondente ao exercício financeiro ao órgão ou entidade do poder público supervisora e signatária do contrato ao final do exercício ou a qualquer tempo. Esses resultados serão analisados por uma comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialista de notória capacidade e adequada qualificação, conforme ressalta Alexandrino (2013). Depois de analisar o relatório, a comissão encaminha um relatório conclusivo para a entidade supervisora sobre a avaliação procedida. Dessa forma, durante a fiscalização do contrato de gestão, caso seja constatada pela autoridade supervisora qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ela deverá dar ciência ao Tribunal de Contas sob pena de responsabilidade solidária.

Assim pode-se concluir que na precariedade do controle finalístico é necessário que o controle externo ou o controle social manifestem a sua fiscalização, o que acarreta, sobretudo, a destinação de mais recursos públicos para o cumprimento de tal finalidade.

Essa é uma forma de fiscalização da conduta das organizações sociais, mais relacionada ao aspecto da conformidade, pois tais entidades também estão sujeitas a controle externo do Tribunal de Contas tendo em vista que recebem e administram recursos do poder público e seu estatuto deve conter regras rígidas sobre suas finalidades sociais como também regras para serem adotadas para a remuneração do pessoal e para a realização de compras. Além disso, o conselho de administração deverá ser composto por membros da administração pública.

O artigo 16 da Lei 9.637/1998 dispõe sobre as medidas necessárias no caso de descumprimento do contrato de gestão, uma vez ocorrido o descumprimento ela poderá ser desqualificada após processo administrativo e seus dirigentes serão responsabilizados pelos danos e prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. No parágrafo 2º fica claro que a desqualificação implica a reversão dos bens e valores cedidos pelo Estado, porém essa desqualificação da mesma forma que ocorre a qualificação trata-se de ato discricionário da administração pública.

3.2. Aproximação com os Princípios Administrativos

A pesquisa tem a intenção de evidenciar as prerrogativas das organizações sociais frente à administração direta e seus desdobramentos no que diz respeito à aplicabilidade dos princípios administrativos.

Como ferramenta de aproximação com os princípios administrativos pode-se citar o contrato de gestão como instrumento de fiscalização e como as alternativas propostas para a aproximação dessa conduta com a conduta prevista para a administração direta. Foi a Emenda Constitucional nº 19/1998 que incluiu no âmbito jurídico a possibilidade de realização de contratos de gestão na administração pública adicionando o termo a norma no art. 37 § 8º. CANCELLIER (2005). Em contrapartida, muitos autores consideram que o estabelecimento de contrato de gestão não é suficiente, e apontam alternativas que poderiam evitar a desobediência aos princípios da administração, segundo Zolet (2011), para atribuir maior

legitimidade aos princípios poderia ser exigido um processo licitatório prévio a qualificação das entidades.

Tendo em vista os princípios administrativos dispostos em nossa Constituição Federal, conforme Campos (2012) existe a possibilidade de buscar alternativas de aproximação da conduta das Organizações Sociais com esses pressupostos. Primeiramente a autora salienta que a necessidade de realização de um processo licitatório prévio a fim de escolher e qualificar a entidade como tal seria de notável importância. Dessa forma a qualificação deixaria de ser ato discricionário e de certa forma pode oferecer maior garantia de que a entidade realmente é capaz de prestar o serviço com a eficiência pretendida. Na mesma linha de raciocínio, Di Pietro (2013) defende a obrigatoriedade de demonstrar que a organização social possui qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público. O que ocorre é que muitas vezes as Organizações Sociais são qualificadas sem terem de demonstrar sua capacidade gerencial.

Outro aspecto que poderia favorecer essa aproximação é a comprovação, não somente dos atos legais constitutivos da entidade, como também da comprovação da evidência de sua continuidade de operações, ou seja, a análise da saúde financeira e outras análises desse mesmo caráter poderiam ser solicitadas como requisito. Podes-se ressaltar também a possibilidade de prestação de garantia tal como é exigido nos contratos administrativos. De fato o contrato de gestão não consta de todos os atributos de um contrato administrativo trivial, porém, no momento da qualificação poderia ser exigida uma garantia com o objetivo de afiançar as atividades da Organização Social que não cumprisse os seus objetivos.

Um terceiro aspecto ressaltado por Campos (2012) é a obediência aos princípios da licitação. Essa seria uma alternativa até mesmo se não fosse executada com todo o rigor uma vez que, já seria suficiente se as Organizações Sociais, ao contratar qualquer tipo de mercadoria ou serviço, observassem os pressupostos do julgamento objetivo, por exemplo. A autora ressalta também que o Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007 autorizou a realização de uma “cotação prévia de preços no mercado” em detrimento da utilização de pregão nas Organizações Sociais sob o argumento de maior celeridade e eficiência.

O último aspecto levando em questão está relacionado com a remuneração do pessoal contratado pelas Organizações Sociais. Já que é possível desfrutar de ampla liberdade na gestão dos recursos repassados pela administração pública, fica evidente a necessidade de

implantar uma limitação salarial para os empregados contratados. Dessa forma, se mitigaria o risco de desperdício dos recursos públicos para o favorecimento de terceiros. Ainda assim, as Organizações desfrutam da prerrogativa de valer-se do quadro funcional da administração pública sem nenhum ônus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa constatou que a consagração dos direitos sociais com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi ponto de partida para a legitimação da prestação de serviços relacionados à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência social.

O movimento de Reforma do Estado, iniciado na década de 1990, trouxe à tona o pressuposto de parceria na prestação de determinados serviços, denominados não exclusivos, que antes eram de responsabilidade somente da administração pública, sob o argumento da eficiência dos serviços prestados. Alguns autores defendem essa ideia e argumentam que foi possível obter maior qualidade, outros, no entanto, ressaltam que essa transferência de responsabilidade a particulares somente fere os princípios estabelecidos na Constituição Federal. Nesse arcabouço institucional foi promulgada a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 que criou um novo ator nesse processo, as Organizações Sociais. As Organizações Sociais são 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. Certamente, devido ao cenário social e econômico vivenciado no período, para que os objetivos pudessem ser alcançados seria necessário que a atividade fosse compartilhada, porém existem algumas prerrogativas inerentes a esse novo arranjo jurídico que criaram algumas lacunas para que essas entidades estivessem de fato alinhadas com os princípios dispostos na Constituição Federal.

As organizações sociais não são criadas, mas sim qualificadas e devem ter como finalidade atividades de interesse público ou socialmente relevante previsto em lei. Existe requisitos para a qualificação, mas por outro lado, a qualificação também proporciona prerrogativas, dentre elas, a utilização de bens materiais e recursos humanos da administração pública, a transferência de bens e recursos públicos desde que condicionados ao contrato de

gestão, o recebimento de subsídios, isenções e a possibilidade de aquisição de produtos e serviços sem processo licitatório.

Dessa forma, pode-se concluir que as Organizações Sociais, ao receberem recursos públicos devem usufruí-los de maneira livre e eficiente, mas ao mesmo tempo devem manter a obediência aplicando, sobretudo, o princípio da impessoalidade moralidade. O controle exercido por meio do contrato de gestão apresenta um caráter finalístico e não é eficiente no que diz respeito aos aspectos da conformidade. A possibilidade de transgredir os princípios administrativos é uma ameaça, porém sua violação pode ser evitada por meio de ferramentas capazes de balizar a seleção e a conduta das Organizações Sociais, tais como o alinhamento fino do contrato de gestão e sua fiscalização efetiva, o processo licitatório prévio na seleção da entidade e a exigência de garantias.

REFERÊNCIAS

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O planejamento de pesquisas qualitativas*. In: O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. São Paulo: Editora Pioneira, 1998. p. 147-158.

ALEXANDRINO, Marcelo; & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 129-586.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.129.

BOBBIO, Norberto, Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política, 1987. In: BUCCI, M. P. D. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, SF, v. nº 133, n.jan/março, p. 89-98, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU, Brasília, DF, 22 de junho de 1998.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 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. DOU, Brasília, DF, 18 de maio de 1998.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Reforma do Estado - *Organizações sociais*. / Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.74 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2).

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira* / Luiz Carlos Bresser Pereira. Brasília: ENAP, 1995. 23 f. (Texto para discussão, 1).

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Coleção Cadernos MARE, n. 1).

BUCCI, M. P. D. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, SF, v. nº 133, n.jan/março, p. 89-98, 1997.

BÜHRING, M. A. *Direito Social: Proibição de retrocesso e dever de progressão*. Direito & Justiça (Porto Alegre. Impresso), 2014.

CAMPOS, Márcia Pereira Corágem. *Organizações Sociais: Dispensa de Realização de Licitação para o Cumprimento dos seus Objetivos Estatutários*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano III, nº 8, p. 290-320, jul/dez.2012, ISSN 2175-7119.

CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. *As Organizações sociais e o novo espaço público*. 1. ed. Tubarão: Milenium, 2005.

CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contratos de Gestão. Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e sobre as Organizações Sociais*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 02.04.2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FARO, Julio Pinheiro. *Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 3, p. 251-269, 2014.

FARO, Julio Pinheiro. *Administração pública, financiamento e concretização dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Brasileira, v. 3, p. 191-207, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* - 17ª Ed., 2013

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* - 30ª Ed., 2013.

MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, 1991.

MODESTO, P. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 15.04.2015.

RIO GRANDE DO SUL, Secretaria da Fazenda. *Manual do Gestor Público: um guia de orientação ao gestor público*, Porto Alegre, 2013.

SARAIVA, Henrique (2005), *Contratos de gestão como forma inovadora de controle das organizações estatais*. X Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

TRIVIÑOS, Augusto N.S. *Alguns temas no desenvolvimento de uma pesquisa*. In: *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 91-98.

ZOLET, Rachel. *O contrato de gestão entre o poder público e organizações sociais como instrumento de fuga do regime jurídico administrativo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2792, 22 fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18550>. Acesso em: 03.02.2015.