XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

DENISE BITTENCOURT FREIDRICH

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-142-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessita de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado , bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, noticiais sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado e ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonto e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade . Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

EFICIÊNCIA E CONTROLE NA EXECUÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS EM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UM ESTUDO DE CASO.

EFFICIENCY AND ACCOUTABILITY OF PUBLIC RESOURCES IN SOCIAL ORGANIZATIONS: A CASE STUDY

André Vitorino Alencar Brayner

Resumo

As Organizações Sociais são entidades privadas sem fins lucrativos que são qualificadas para celebrar uma parceria público-privada através do instrumento denominado Contrato de Gestão. O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ADI 1923, que versa sobre essas organizações, para conferir interpretação conforme a constituição na íntegra da Lei 9637/98. A decisão permite a essas entidades uma aplicação de procedimentos simplificados que guardem consonância com os preceitos da Carta Magna. Uma das características dos Contratos de Gestão é a elaboração de metas a serem atingidas com determinado quantum de recurso público. As metas são definidas pelo poder público e executadas pelas entidades. Trata-se de controle de gestão por resultados que implica, por sua vez, em controle de eficiência. Para tanto, medidores de eficiência, pautados em critérios objetivos para aferir possível caráter vantajoso das Organizações Sociais são essenciais. Neste artigo analisa-se um caso específico sobre interpretações entre administração direta e entidade contratada. Trata-se de modelo recente que pode trazer benefícios importantes na execução de serviços públicos não exclusivos do Estado.

Palavras-chave: Organizações sociais, Adi 1923, Eficiência e controle de gastos públicos

Abstract/Resumen/Résumé

Social Organizations are private nonprofit organizations eligible to enter into a public-private partnership through an instrument known as Management Agreement. The Supreme Court partially upheld the ADI 1923 which deals with these organizations to give interpretation according to the constitution. The decision allows these entities an "interpretation-application", being able to develop simplified procedures that keep line with the precepts of the Constitution. One of the features of Contract Management is the elaboration of especific goals to be achieved with a certain quantum of public resource. The goals are set by the government and carried out by entities. The State focuse on accountability basesd on results. Therefore, efficiency meters, lined on objective criteria to assess possible beneficial nature of social organizations are essential. This article analyzes a specific case of differences between direct administration and the contractor to identify the preconceptions insert that reduces the debate of the supremacy of the public interest. It is a very recent manegment model that can be beneficial in carrying out public non exclusive state services.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social organizations, Adi 1923, Efficiency and accoutability of public spending

1 Introdução

As Organizações Sociais são entidades privadas sem fins lucrativos que são qualificadas para celebrar uma parceria público-privada através do instrumento Contrato de Gestão. Para tal, devem ser observados requisitos obrigatórios da Lei 9.637, de 1998, como criação de Conselho de Administração e Auditoria Externa realizada anualmente. A qualificação é oriunda de lei própria, cuja finalidade e objetivos são pré-estabelecidos.

Esse modelo de gestão, que se enquadra no movimento de privatização do direito público (ou de publicização do Direito Privado – público não estatal), foi criado junto com a Reforma Administrativa do Estado Brasileiro no final da década de 1990 e tem como principal marco a Emenda Constitucional nº 19/98, através da qual agrega o princípio da Eficiência aos da Administração Pública no art. 37 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

Procedimentos simplificados de contratação, salários compatíveis com o mercado, autonomia gerencial e aumento das transferências de recursos públicos por meio de parcerias entre o Estado e entidades qualificadas como Organização Social têm colocado esse tema no centro do debate. Circunscrevem necessariamente uma discussão científica sobre o assunto, critérios e parâmetros para avaliar sua eficiência, a aplicação do princípio da economicidade, o controle de gastos públicos e a supremacia do interesse público exercido diretamente pelo Estado.

Esse debate é de extrema relevância para a sociedade, pois obriga a reflexão sobre modelos de gestão pública, situando a supremacia do interesse público entre o poder de fiscalizar, controlar os recursos públicos e atender às demandas sociais cada vez mais exigentes.

Trata-se ainda de tema extremamente atual, considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1923, julgada, em Abril de 2015, parcialmente procedente, conferindo interpretação conforme a Constituição de suas normas.

Vale ressaltar que não há pretensão de esgotar este debate, nem sequer trabalhar todos os elementos que envolvem esse recente instituto jurídico, todavia apresentar reflexões sobre

a eficiência das Organizações Sociais na execução de recursos públicos e a existência de controle sobre estas transferências de recursos.

A reflexão apresentada neste artigo foi desenvolvida com base em pesquisa bibliográfica e documental. Pesquisa bibliográfica "baseia-se na análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsa, imprensa escrita e até disponibilizada na internet" (MARCONI; LAKATOS, 2001, p. 31). Parece adequada para este tema, pois "permite ao pesquisador a análise comparativa de vários posicionamentos sobre um mesmo assunto", possibilitando "englobar a temática de forma um pouco mais ampla do que aquela que seria possível na pesquisa de campo" (2001, p. 32).

Do ponto de vista da análise documental, ela consiste em estudos sobre legislações pertinentes e análise da ADI 1923, cuja hermenêutica jurídica deve ser parâmetro para o conjunto de debates que envolvem este instituto. Foi analisado a Decisão final e o voto de vista do Ministro Luiz Fux. Ao final do trabalho é apresentado um breve estudo de caso para subsidiar elementos já apresentados no decorrer do artigo.

2 ADI 1923 e a interpretação conforme a Constituição

2.1 ADI nº 1.923/DF: Marco Legal das Organizações Sociais

O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN contra a Lei nº 9.637/98 que "dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, [...]" e art. 24, inciso XXIV, sobre dispensa de licitação para Organizações Sociais.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente para conferir interpretação conforme a constituição aos diplomas impugnados. Ou seja, exercendo o papel de corte de constitucionalidade, delimitou questões suscetíveis à interpretação dos aplicadores. Destacam-se cinco questões da decisão: (i) Dispensa do dever de licitar, que se subdivide em (i.1) dispensa de licitação para fins de qualificação de uma determinada entidade; (i.2) a não obrigatoriedade de a Organização Social licitar para contratação de terceiros na execução de obras e serviços; (ii) a dispensa de concurso público para contratação de pessoal por reconhecer natureza jurídica de empregado privado e não de servidor para funcionários da entidade; (iii) a legitimidade do controle externo exercido pelos tribunais de conta e

ministério público e (iv) a constitucionalidade da dissolução de determinados órgãos e sua incorporação por parte de Organizações Sociais. Todos esses elementos devendo ser interpretados conforme a Constituição, especialmente no art. 37.

Este trabalho abordará apenas o ponto sobre dispensa de licitação, considerada pelos fundamentos que levaram o legislador a optar por este regime. Introdutoriamente, apresenta-se parte da decisão sobre o assunto:

> [...] as atividades desempenhadas "são deveres do Estado e da Sociedade e que são livres à iniciativa privada, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação do poder público, de forma que não incide in casu, o art.175, caput da Constituição; [...] As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar.

2.2 Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição é uma das modernas formas de hermenêutica, evita a retirada antecipada de normas infraconstitucionais que se apresentam incompatíveis com o Texto Maior, conferindo-lhe interpretação possível, garantindo, assim, coesão ao ordenamento jurídico.

A interpretação, que deixou de ser vista como apenas um procedimento de descoberta da vontade da lei ou do legislador, é uma atividade criadora do Direito. O intérprete não deve ser mero aplicador de regras, construindo a inteligência das normas, respeitando o enunciado normativo como "uma moldura ou um quadro a preencher por este ato" (KELSEN, 1984, 464).

A interpretação, porquanto, deve ser percebida como necessária e inerente ao processo de análise de normas, de comunicação com uma dada redação. Não se trata de "defeito", mas de "dado da realidade", tanto para leis como para sentenças, resoluções e mesmo para os contratos privados (MENDES, p. 74). O intérprete pode alargar ou restringir o sentido da norma supostamente inconstitucional para adequá-la ao ordenamento, evitando a decretação de nulidade e a consequente exclusão do cenário jurídico, configurando-se como uma técnica de salvamento da norma.

Não é dado ao intérprete a discricionariedade para subverter o sentido da lei, onde a interpretação conforme a Constituição enfrenta os limites do próprio texto legal. Portanto, se a

norma for inevitavelmente incompatível com a Constituição deve ser declarada inconstitucional. É justamente por isso que Kelsen fala em moldura que limite os poderes, delimite a livre interpretação[1]. Não há como conceber o intérprete como "psicanalista" do legislador, que compreende inclusive as vontades do subconsciente do legislador. Por isso é preferível tratar de interpretações adequadas ao invés de "verdadeiras" (MENDES, p. 74).

> o respeito a autonomia do texto é indispensável à objetividade e controlabilidade da interpretação, a letra da lei possui uma dupla finalidade, funcionando, por um lado, como ponto de partida da elucidação do sentido pelo intérprete e, por outro, definindo os limites postos à sua atividade interpretativa. (Meier-Hayoz, apud Mendes. p.78)

A letra da lei possui apenas valor heurístico, sem que lhe possa atribuir o valor normativo. O texto legal atua como uma ponte para que o intérprete e o aplicador percebam a norma jurídica que regula o direito (espírito da lei) a ser interpretado e realizado. (Heck apud NEVES, A. Castanheira. op. cit. p. 659).

> o trabalho do intérprete apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como uma tentativa de mediação e de superação daquela distância real, daquele abismo que separa o geral e o particular, o abstrato e concreto (GILMAR MENDES).

O dever de cumprir a constituição é de todos. Cumprir a constituição, por sua vez, pressupõe uma "interpretação-aplicação" dessa. Para Peter Häberle (33; 1997) "a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos". Assim, na esteira do princípio democrático e da ideia de hermenêutica pluralista, todos devem participar do processo de interpretação, principalmente aqueles que estão diretamente no contexto de relações com a norma.

Destaca-se essas questões interpretativas por duas razões: (a) a necessidade de compreender para além da "declaração parcial de constitucionalidade" a fundamentação que emerge da sentença (em sede de ADI 1.923), cujas reflexões devem subsidiar todos os procedimentos das Organizações Sociais; (b) porque o exercício das Organizações Sociais pressupõe uma reflexão permanente sobre eficiência na gestão pública e a combinação com os demais preceitos constitucionais, especialmente os elencados no art. 37 da CRFB/88.

[1] Charles Hugnes, então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados

3 O desafio da eficiência

A Administração Pública é regida no ordenamento jurídico com base no art. 37 da CRFB/88, que estabelece como princípios fundamentais da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A Lei Federal 9.637, que cria as Organizações Sociais, através de qualificação de uma determinada entidade, tem base na Reforma Administrativa do Estado, introduzida dentre outros atos pela Emenda Constitucional 19/98. Seu contexto é o de superação do Estado burocrático para um chamado "Estado Gerencial", como sendo uma nova etapa para a Administração Pública.

> A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. […]O objetivo geral da reforma administrativa será transitar de uma administração pública burocrática para a gerencial (BRESSER PEREIRA, 1996, online).

Trata-se de entidade pública não-estatal de Direito Privado, credenciada pelo Estado por ele financiado que, mediante Contrato de Gestão, executa serviços sociais, científicos, que esse Estado considera dever ser fornecida de maneira gratuita ou subsidiada. Há o encontro da dinâmica de otimização dos recursos pela lógica gerencial de mercado com o funcionamento sob a lógica dos princípios da administração pública – boa governança, transparência e controle – que compõem as preocupações centrais.

As Organizações Sociais configuram-se como entidades privadas sem fins lucrativos que exercem funções públicas não exclusivas do Estado, "cujas 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 Lei 9637). Desde que atendidos os requisitos previstos em Lei, executam recursos públicos com procedimentos mais flexíveis no intuito de permitir maior eficiência à gestão, afinal "o fim último dos Contratos de Gestão é a eficiência" (DI PIETRO, 2007, p. 316).

Embora somente recentemente esse princípio tenha ganho *status* de princípio constitucional, doutrinadores como Hely Lopes Meirelles (1996, p. 90-91) já destacavam como intrínseco à prática da boa governança:

> o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade,

> exigindo resultados positivos, para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Sobre a dimensão dos princípios aproveita-se da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 747-748), que conceitua:

> é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de um todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Compreendidos introdutoriamente o significado de eficiência e a importância/papel dos princípios, cabe aplicar estes princípios à Organização Social. Conforme destacado no primeiro ponto, a decisão do STF obriga ao intérprete-aplicador que se debruça sobre as Organizações Sociais, seja no âmbito acadêmico ou gerencial, a tarefa permanente de realizar os procedimentos conforme princípios constitucionais.

Uma das características dos Contratos de Gestão é a elaboração de metas a serem atingidas com determinado *quantum* de recurso público. As metas são definidas pelo poder público e executadas pelas entidades. Além do controle financeiro que será brevemente abordado no próximo ponto, há o controle de resultados. Esses são permanentemente avaliados pelos diversos órgãos, especialmente pela comissão de avaliação, composta pelo órgão concedente, ou melhor, contratante. "Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará invariavelmente submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado[2]".

Controle em Gestão de Resultados implica em "controle de eficiência". Para tanto, são essenciais medidores de eficiência e critérios objetivos para avaliar seu possível caráter vantajoso em relação à Administração Pública. Uma possibilidade de identificar, ou melhor, quantificar a eficiência, seria a elaboração de um "coeficiente de eficiência". Esse poderia ser obtido a partir da combinação dos elementos eficácia e tempo/recurso.

---

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.923. Julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme a Constituição. p. 3. Relator BRITO, Aires. Voto-vista. FUX, Luis. Sentença 16 de Abril de 2015. Voto vencedor: Luiz Fux.

Sendo eficácia o alcance dos resultados pretendidos, ou seja, uma taxa que combinasse resultados esperados com resultados obtidos[3]; e economicidade (tempo/recurso) o total de valores investidos na execução[4] e o tempo para a consecução daquele resultado[5]. Não se trata, portanto, de uma busca incessante pelo "mais barato", como prevê, limitadamente, algumas opções da Lei de Licitação, mas de avaliar, com base no resultado pretendido, o resultado alcançado, o gasto público efetuado (quantitativo), o tempo de execução e os custos agregados ao tempo.

Esse ponto é de suma importância, pois parece que aqui existe uma das principais limitações do poder público, qual seja o de identificar os medidores de eficiência e eficácia, intervir, ante a discricionariedade de conveniência e oportunidade, e avaliar/reavaliar as metas estabelecidas pela OS's (Lei 9637/ 98).

> Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.
>
> § 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.
>
> Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:
>
> I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade. [grifo nosso]

Essas metas constituem os resultados esperados/alcançados quantificáveis, constituem-se como objetivos estratégicos definidos pela Administração Pública Direta, por meio da comissão de avaliação (Art. 8º, §2º), que para melhor cumprir sua função deve periodicamente reavaliar as próprias metas. Com fito em aprimorar critérios de eficiência, economicidade e eficácia, devem ser discutidos e rediscutidos especialmente quais são os objetivos esperados e não apenas seu cumprimento em um dado exercício financeiro.

---

[3] Resultados esperados seriam aqueles pactuados pelos contratos de gestão, quantificados em metas e resultados obtidos aqueles apresentados à comissão de avaliação.

[4] Aqui devem ser levados em consideração o total de valores, inclusive os gastos com custeio "permanente", custos indiretos, valores específicos para as metas e valores de atividades que subsidiem as metas.

[5] Há outras possibilidades de criar uma "taxa de eficiência", combinando outros elementos. A que foi apresentada é um exemplo elaborado para subsidiar o Instituto Dragão do Mar em Parecer Técnico em resposta aos questionamentos de seu respectivo órgão concedente.

4 Controle dos gastos públicos e gestão de resultados

Parte significativa da doutrina é extremamente temerária com as Organizações Sociais por considerar que elas desvirtuam o regime público e, assim, o interesse público, ao ser dispensada de licitação (art. 24, inciso XXIV, Lei 8.666). Aliás, quem define os mecanismos de interação de capitais para execução dos recursos públicos é a própria entidade. Em parceria com o executivo, através de seu Conselho de Administração, a Organização Social o faz por meio de "regulamento próprio contendo os procedimentos para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade" (Art. 4, inciso VIII, Lei. 9637).

A dispensa de licitação se dá em dois momentos: (i) A dispensa de licitação para eleger uma determinada instituição a ser qualificada como Organização Social e a (ii) dispensa de licitação realizada pela própria entidade ao contratar prestações de serviço[6].

Sobre o primeiro ponto, destacamos a experiência da Bahia[7], em que se realiza processo de seleção pública entre as distintas entidades, ou seja, mesmo sendo dispensada das "formas-tradicionais" de licitação, existe a obrigação do cumprimento da impessoalidade. Nas palavras do Supremo em sua decisão recente "o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art.37". Com vistas em ampliar ao máximo a concorrência, no Estado da Bahia as entidades não qualificadas podem participar do certame e, se vencedores, passam pelas devidas adaptações para que possam ser qualificadas.

Sobre o segundo ponto: como pode uma entidade não ser obrigada a licitar com o dinheiro público? Como garantir a supremacia do interesse público? Bem, sobre essa questão existem as duas perspectivas que se somam: controle dos gastos públicos e gestão de resultados (com flexibilização dos procedimentos).

---

[6] Interessante observar que com o advento da Lei Estadual cearense nº 15.356, as Organizações Sociais que celebrem contratos de gestão com esse estado devem realizar, para contratação de bens e serviços comuns, pregão, preferencialmente eletrônico (art.13).

[7] As legislações específicas que regulamentam as OS's na Bahia são Lei Estadual 8647/2003 e Decreto Estadual 8890/2004.

Sobre o controle dos gastos públicos, faz-se uma comparação com os sujeitos/instituições/órgãos responsáveis pela fiscalização exercida sobre a Administração Pública Direta e da Organização Social[8]:

Governos	Organizações Sociais
	Auditoria externa
	Conselho Fiscal[9]
	Conselho de Administração
	Órgão Contratante
	Comissão de Avaliação
Controle Interno	Controle Interno
Tribunal de Contas	Tribunal de Contas
Sociedade	Sociedade

É nítido observar que existem mais mecanismos de fiscalização sobre os recursos da Organização Social comparado à Administração Pública Direta, ao contrário do que em regra se propaga. Parece-nos, então, que a crítica sobre uma possível "falta de fiscalização" ou "não controle sobre os recursos" é impertinente.

Naturalmente, há uma certa "fuga do regime publicista tradicional". Daí a importância de analisar o tema sempre observando à luz dos princípios precípuos da Administração Pública. Existe, concernente à Reforma Administrativa da EC nº 19/98, um modelo de gestão desburocratizada. Ora, no lugar de ampliar os mecanismos de fiscalização social, a solução fácil é burocratizar a máquina, valorizar excessivamente o controle contábil financeiro a partir dos procedimentos e não dos resultados. O próprio TCU vem recomendando sistematicamente em seus relatórios que para a prática da boa governança o Brasil e seus órgãos administrativos devem fazer uma transição de "*accountability* de processos" para "*accountability* de resultados".

Por outro lado, é sempre prudente destacar a crítica de vários doutrinadores de Direito Administrativo sobre o tema. Celso Bandeira de Mello (2012, p. 227), que chama a reforma pejorativamente de "emendão" adverte:

[8] Este quadro foi apresentado pelo Advogado Eduardo Panuzzo Em recente encontro em São Paulo a ABRAOSC (Associação Brasileira de Organizações Sociais)

[9] O Conselho Fiscal não está previsto na Legislação Federal (9.637) como obrigatório, todavia, é obrigatório na maior parte das legislações estaduais, a exemplo da Lei do Estado do Ceará, art. 5º da Lei 12.781.

> As figuras mencionadas (dentre as quais as Organizações Sociais), componentes de uma pretensa reforma administrativa, são expressões de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo. Este, pretendendo a submersão do Estado Social de Direito, apresenta-o como praticante de um intervencionismo exacerbado, incompetente e economicamente inviável, propondo então a "Reforma do Estado", como uma redefinição de suas atividades.

Ideologia, em todos os sentidos e funções, contexto histórico, condições econômicas, políticas, sociais e sócio afetivas, bem como experiências individuais das mais diversas interferem e formam as pré-compreensões[10].

O ato de aplicar a norma pressupõe sua interpretação, pressupõe o entendimento do que significam aquelas palavras combinadas. A questão de entender para aplicar é complexificada quando se observa que o intérprete necessariamente intervém no objeto de sua interpretação.

Finaliza-se essa parte destacando a ideologia, por ela parecer ser um dos fundamentos reconhecidos e destacados na ADI 1.923 e que de certa maneira enfrenta a crítica apresentada.

> Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica, que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime privado (Acórdão).

Esse confronto ideológico deve, tanto quanto possível, ser evitado para dar lugar a uma avaliação contínua dos resultados das Organizações Sociais nos seus respectivos campos, tanto em relação à Administração Pública Direta como em relação às outras Organizações Sociais. Desse modo, a servir efetivamente de instrumento gerencial, não da entidade em si, mas de consecução do Estado como expressão da supremacia do interesse público.

5 IACC x SECULT: um estudo de caso sobre procedimentalismo x eficiência

Para subsidiar o debate já apresentado, destaca-se o recente *"embate"* técnico-jurídico entre o Instituto Dragão do Mar[11] e seu respectivo órgão contratante, a Secretaria da Cultura

---

[10] O Ministro do STF Gilmar Mendes, em nítida referência ao debate heideggeriano, confirma: "O ser do intérprete – como o de todo homem –, é o seu existir ou seu modo de estar no mundo, um dado de realidade que limita nossa cosmovisão, tornando-a necessariamente parcial, porque restrita à nossa perspectiva no momento da compreensão".

[11] O Instituto de Arte e Cultura do Ceará (IACC), criado em 26 de março de 1998, qualificado pelo Governo do Estado do Ceará como **Organização Social**, através do Decreto nº 25.020, de 03 de julho de 1998, tem como objetivo administrar e operar o Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura, o Centro Cultural Bom Jardim, a Escola de Arte Ofício Tomás Pompeu e a Escola de Formação e Criação Porto Iracema, produzindo e difundindo o conhecimento e a informação nas áreas de arte e cultura, para proporcionar ao cidadão-usuário referência artística-cultura, lazer e entretenimento.

do Estado do Ceará – SECULT. O jurídico dessa última, após determinada alteração no gestor da pasta e seu respectivo corpo técnico, passou a supervalorizar atos normativos secundários em detrimento de primários, restringindo direitos por formalidades e procedimentos não oriundos sequer de lei, gerando um grave nível de instabilidade jurídica.

A Secretaria suspendeu recursos da entidade por meio de diligência – ofício nº 484/2014 na qual questionava: 1. Aplicação de rendimentos em CDB/INVESTPLUS; 2. Falta de numeração "dos convênios" nos contratos de prestação de serviço; 3. Falta de apresentação de "3 propostas orçamentárias" para contratação de artistas; 4. Pagamentos não realizados nos meses previstos.

Todos os pontos poderiam ser respondidos pela inadequação em utilizar a Instrução Normativa 01/2005 SECON/SEFAZ/SEPLAN que regula Convênios e Instrumentos Congêneres no âmbito do Estado do Ceará. Inadequação ratificada pelo art. 31 do Decreto Estadual nº 31.406, que exclui os Contratos de Gestão dos "instrumentos congêneres"[12], da IN 01/2005. Todavia, o objetivo aqui e na resposta das diligências era elucidar ou "provocar uma reflexão" a partir dos princípios como instrumentalidade das formas, supremacia do interesse público e eficiência.

Sobre a aplicação em CDB/INVESTPLUS, justifica-se por sua rentabilidade, sendo considerada, a partir de critérios de mercado, investimento seguro e com rentabilidade muito maior do que poupança, como propunha a referida Secretaria. A modalidade ora apresentada permite resgate e aplicação automática e imediata, sendo lastreada em títulos da dívida pública federal. São características dessa modalidade que confirmam sua rentabilidade e segurança a liquidez diária após o período de carência; ampla rede de bancos emissores; Aplicação Garantida pelo Fundo Garantidor de Crédito[13]. Ou seja, trata-se de uma opção de investimento mais eficiente, utilizada pelo instituto há mais de dez anos e que nunca fora objeto de questionamento por parte do Tribunal de Contas do Estado.

Falta de numeração "dos convênios" nos contratos de prestação de serviço. Ora, o instituto jurídico é o do Contrato de Gestão, o ato-falho, revela por si a completa

[12] Destaca-se que essa norma, bem como a própria Instrução Normativa nº 01/2005 SECON/SEFAZ/SEPLAN inclui os Termos de Parceria, celebrados por OSCIP's, que aniquila a lógica de Gestão de Resultados, decorrentes de falta de compreensão dos gestores sobre a natureza jurídica das OSCIP's.

[13] Outro fator "desconsiderado": Cláusula Sexta do Contrato de Gestão assinado pelas partes que indica – Dos Recursos Financeiros, parágrafo quarto: "Os recursos repassados ao IACC poderão ser aplicados no mercado financeiro, e os resultados dessa aplicação devem ser utilizados, integralmente, no objeto deste contrato de gestão, ou a obrigações a ele vinculadas".

incompreensão por parte do Órgão Contratante. Necessidade oriunda da IN não aplicável, desconsiderava, ainda, que o IACC, possui 4 (quatro) Contratos de Gestão, um para cada equipamento de sua responsabilidade e que estes são identificados pelo nome em todos os contratos, nas cláusulas obrigatórias que descrevem a origem do recurso – Contrato de Gestão CDMAC (Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura), Contrato de Gestão Porto Iracema; Contrato de Gestão EAOTP (Escola de Artes e Ofício Tomás Pompeu) ou CG CCBJ (Centro Cultural Bom Jardim).

O Contrato de Gestão diligenciado versava em sede de contratação artística exclusivamente sobre editais culturais, cujas apresentações haviam sido selecionadas conforme instrumento convocatório. Difícil compreender porque pediam três orçamentos para as apresentações. Por um lado, sem entender o caráter de singularidade de cada artista/grupo ou banda que jamais podem ser selecionados por orçamentos, considerando a unicidade de cada produção/apresentação/intervenção; por outro lado o aparente desconhecimento do objetivo e dos Termos do Contrato celebrado com o Órgão Contratante[14].

Aliás, mesmo que não fossem selecionados por edital, muito acertadamente o Regulamento de Contratações do Instituto Dragão do Mar em seus arts. 18 a 22 estabelece um procedimento análogo e simplificado ao de inexigibilidade para contratação de serviços artísticos, conferindo, inclusive, a possibilidade de reconhecer no âmbito estadual a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública[15].

Sobre o último ponto, diversas razões podem incidir nessa diferença entre pagamentos efetuados e serviços prestados/apresentações realizadas. Destaca-se como principais a demora

---

[14] O provável equívoco se deu na confusão entre Serviços de Produção e de Apresentação Artística, cujos procedimentos adotados são os estabelecidos pelo Regulamento de Contratação: **Art. 19.** Para fins deste Regulamento, entendem-se: I - Serviços Artísticos: todas as expressões relacionadas aos diversos segmentos da arte e da cultura, tais como música, literatura, cinema, dança e teatro; II – Serviços de Produção Cultural: todas as atividades de natureza técnica envolvendo a organização, sistematização, coordenação e supervisão de feiras, exposições, seminários e demais eventos de cunho eminentemente artístico-cultural. **Art. 21.** As contratações de Serviços Artísticos e de Produção Cultural observará o seguinte procedimento: I – As contratações de Serviços Artísticos serão realizadas diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; II – Nas contratações de Serviços de Produção Cultural, deverá ser realizada a cotação prévia de preços, de, no mínimo, 03 (três) fornecedores, salvo impossibilidade técnica a ser exarada no processo de contratação; **[...] §2º.** Os serviços a serem desempenhados por pessoa física deverão observar o caráter eventual da realização das atividades, restando vedada qualquer contratação com funções idênticas àquelas desempenhadas pelo quadro de cargos constantes no Regulamento de Pessoal do IACC.**Art. 22.** Ficam autorizadas as contratações diretas de Serviços Artísticos e de Produção Cultural, quando decorrentes de aprovação nos Editais Culturais do IACC, ou nos casos de concessão de incentivos à iniciação no campo da arte e da cultura, devendo ser observado o disposto no §1º do artigo anterior. [grifo nosso]

[15] A consagração pela crítica especializada e a opinião pública pode e deve ocorrer para artistas locais, especialmente quando no âmbito federativo tratar-se de recursos estaduais e/ou municipais.

da empresa em buscar o cheque, o atraso no repasse das parcelas financeiras mensais e a documentação entregue fora do prazo.

O ponto central desse tópico reside na principal consequência decorrente de uma prestação de contas baseada em critérios eminentemente financeiros, sem qualquer foco em resultados: o atraso no repasse de parcelas, ocasionando descontinuidade na prestação dos serviços à comunidade. O desconhecimento técnico e a incompreensão teórica sobre esse modelo de gestão acarretam questionamentos acerca do papel da Administração Pública em questão.

A interpretação das normas jurídicas é composta por um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – que se complementam. Os diversos elementos (como afirma Savigny) gramaticais, lógicos, históricos e sistemáticos não são modelos distintos que o intérprete possa optar livremente, são operações cuja integração é indispensável. Aqui vale a ressalva de que o intérprete não pode basear seu julgamento nas suas pré-compreensões e utilizar a interpretação ou o método que lhe convir para fundamentar um resultado apriorístico de sua valoração axiológica do justo. Não havia um conflito entre "publicistas" e "neoliberais", ou entre "legalistas" e "informais", mas deveria haver uma parceria público-privado onde ambos deveriam constituir uma relação harmoniosa.

Essa "natureza híbrida"[16] entre o Público e o Privado faz com que as OS's celebrem diversos contratos de prestação de serviço, e sua obstinação por executar os recursos obriga ao instituto uma organização financeira capaz de suportar o atraso de repasses (injustificados ou equivocados). Do mais óbvio, atraso em pagamentos geram multas, juros, protestos em cartórios. Como resolver o problema anual dos dissídios coletivos? As OS's são obrigadas a pagar, mas o poder público, ao menos no IACC, quase nunca logra pagar no mês de referência e aplicação obrigatória.

O processo fora posteriormente remetido a outras instâncias de consultas – de maneira informal – tendo a Secretaria de Cultura voltado a trás de sua posição. A decisão do STF na ADI 1923 deve conduzir a uma interpretação que reforce a busca e o controle por resultados e

[16] Juarez FREITAS, partindo de outro ponto de vista, defende que as organizações sociais "obedecem a um regime ***sui generis***, não-estatal, porém certamente dominado por regras de direito privado e princípios de direito público". [grifo nosso]

não por exigências burocráticas e formais e em casos como este podem subsidiar as controvérsias. acarreta

6 Considerações finais

Os procedimentos hiper-complexos oriundos da vasta legislação brasileira, especialmente os procedimentos de contratação de serviços públicos previstos na Lei 8.666, interpretados de maneira heterogênea nas controladorias, nos Tribunais de Contas e até mesmo no Judiciário não têm sido capazes de evitar a malversação do dinheiro dos cidadãos.

Cesare Beccaria, no século XVII, já anunciava as leis simples e acessíveis à fiscalização. Ora, é impensável um Estado capaz de fiscalizar todos os direitos e deveres e procedimentos realizados, principalmente em um Estado da magnitude territorial e populacional. Porquanto, as mais modernas discussões sobre o Estado Democrático de Direito centram bastante força no fortalecimento da sociedade civil e, assim, na maior fiscalização a ser realizada pela sociedade.

No Brasil a própria imprensa tem dificuldade de acompanhar os processos licitatórios de tão burocráticos e suscetíveis à interpretação. Como poderá um cidadão fazê-lo? Ao passo que qualquer cidadão conhece valores de produtos e sobre esses pode auferir se aquele item foi ou não comprado a um preço compatível ao mercado.

É, pois, nesse espectro, que as práticas de boa governança exigem que a avaliação e o monitoramento priorizem resultados pré-definidos como prioritários para determinada verba pública. A gestão de resultado significa a flexibilização dos procedimentos e o foco no resultado. Para que isso seja possível é imprescindível que as Organizações Sociais sejam cobradas cada vez mais por transparência, fazendo divulgar em seu site todos os regulamentos de contratações, contratos de gestão e aquisição de bens e serviços a partir de determinado valor.

A despeito de preocupações pertinentes sobre o uso do dinheiro público por particulares, a ideia de boa governança obriga um monitoramento permanente da eficácia de determinado modelo e sua economicidade. Porquanto, medidores ou critérios para aferir "eficiência" compõem as obrigações da Administração Pública Direta que queira celebrar contratos de gestão. Nesse sentido, as Organizações Sociais devem ser instrumentos de

eficiência e sob as diretrizes estratégicas do Estado devem executar, por meio de procedimentos facilitados, serviços públicos não exclusivos.

A ADI 1923 é uma importante ferramenta nesse sentido, permitindo uma flexibilização nos processos de contratação com vistas em ser mais específica. Para tanto, os elementos de "objetividade", "publicidade" e "impessoalidade" devem ser regras. Os princípios da Administração Pública são a referência do parâmetro constitucional, tornando os executores dessa entidade em intérpretes-aplicadores na medida em que lhes é facultada a elaboração de procedimentos próprios.

Esse modelo de gestão ainda é muito recente para qualquer avaliação minimamente conclusiva, mas a perspectiva de que podem corroborar significativamente com a prestação de serviço público parece razão para que mais análises científicas se debrucem sobre o tema.

7 Referências bibliográficas

BRESSER PEREIRA, L.C. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: **Revista do Serviço Público**, 47 (1) janeiro-abril 1996. Disponível em <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/1/1d/Bresser.pdf.>. Acesso em: 14 jun. 2015.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contratos de Gestão**: Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e sobre as Organizações Sociais. Cidade: Editora, Ano.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. Cidade: Atlas, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bezerra de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia do Trabalho Científico**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PONTE, Elizabeth. **Por uma Cultura Pública**: Organizações Sociais, Oscips e a Gestão. São Paulo: Iluminuras, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1923**. Julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme a Constituição. Relator BRITO, Aires. Voto-vista. FUX, Luis. Sentença 16 de Abril de 2015. Voto vencedor: Luiz Fux.

FREITAS, Juarez. As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 140, p. 133-138, out./dez. 1998.