
2.3 A Organização Social como um Poderoso Instrumento para Desvio de Recursos Públicos, Violação de Direitos e Fragilização das Relações de Trabalho

Leonardo Romano Soares¹

INTRODUÇÃO

A organização social é instrumento poderoso e disseminado de corrupção, malversação de recursos públicos, fragilização de serviços públicos e precarização das relações do trabalho.

Não era para ser assim. A figura foi pensada para amparar parceria do estado com a sociedade para execução de serviços de índole não econômica². Substitui o antigo convênio. Tinha por escopo prover fomento estatal a atividades particulares de relevância pública, de titularidade de pessoas jurídicas privadas não pertencentes à administração direta, sem fins lucrativos, através de contrato de gestão. A doutrina mais atual e abalizada insere esse tipo de ajuste no gênero dos módulos convencionais de cooperação³. O modelo federal introduzido pela Lei n.º 9.637/1998 tinha esse objetivo (cooperação público-privada para fomento). O Supremo Tribunal Federal validou esse modelo considerando justamente esse objetivo.

1 Promotor de justiça do Ministério Público de São Paulo. Mestre e doutor em direito do estado pela USP.

2 Por “índole não econômica” se faz referência às atividades que, embora possam, por sua natureza e características, ser exploradas empresarialmente, com cobrança pelas utilidades ofertadas e fruídas pelos indivíduos, não o é, na prática, por opção legal ou da própria administração. É o caso, por exemplo, dos serviços públicos de educação básica e saúde, ofertados gratuitamente à população. Sobre essa questão, discutida em relação ao contrato de concessão de serviços públicos, conferir as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto.

3 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 240.

Entretanto, ao incorporarem a figura da organização social, estados e municípios deturparam o espírito da lei federal. Transformaram o instituto em mecanismo de delegação de serviços públicos não econômicos, sob o pretexto de firmarem parceria colaborativa com o terceiro setor. Fizeram isso para fugir das amarras do regime jurídico de direito público aplicável à administração pública, especialmente do regramento da responsabilidade fiscal quanto a gastos com pessoal próprio.

A fragilização do patrimônio público e a precarização das relações laborais é decorrência do artifício central que alicerça o modelo tal como aplicado pelos entes subnacionais: o desvirtuamento total do controle social e estatal sobre a gestão privada dos recursos públicos.

O objetivo deste artigo é demonstrar brevemente o que deu errado com as organizações sociais e sugerir caminhos para aprimorar o controle estatal e social sobre o patrimônio público, e sobre as relações de trabalho que orbitam em torno do contrato de gestão.

1 O QUE DEU ERRADO COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS?

A organização social é qualificação atribuída a pessoa jurídica privada sem fins lucrativos (associações, fundações) para permitir que o estado celebre contrato para fomentar a atividade particular que exercem, por conta dos benefícios públicos daí advindos.

Esse sempre foi o escopo do modelo das organizações sociais introduzido em nível federal. É obra de Luiz Carlos Bresser-Pereira, que, na qualidade de Ministro da Administração e Reforma do Estado na década de 1990 do século XX, buscou inspiração em modelos exitosos de outros países.

Porém, essa arquitetura foi originalmente pensada de modo tal que a organização social seria, de fato e de direito, uma empreitada comum, uma espécie de sociedade cogerida pelo estado e pela

sociedade civil, surgindo daí uma benéfica sinergia em prol do desenvolvimento de serviços concebidos como “públicos não-estatais”.⁴

A garantia dada pelo legislador federal de que a relação jurídica teria real índole de parceria e não teria finalidade lucrativa era estrutural e orgânica: a entidade gestora dos serviços teria conselho de administração formado tanto por agentes públicos, quanto por pessoas da sociedade civil, ou seja, composição paritária do seu mais elevado núcleo decisório. Isso, em tese, garantiria a participação direta e fiscalização efetiva e democrática da sociedade civil em um serviço antes tido como exclusivamente estatal e que, em verdade, deveria passar a ser considerado serviço “público”. Busca-se dar efetividade ao princípio republicano, considerando e tratando as atividades essenciais à coletividade como coisa de todos.

Isso caiu por terra quando estados e municípios reproduziram a Lei n.º 9.637/1998 nos seus ordenamentos. Ao invés de utilizar o instituto para fomento de atividade de titularidade privada, empregaram-no para delegar serviços públicos à iniciativa privada. Em acréscimo, abandonaram a exigência de que o conselho de administração tenha composição paritária. A um só tempo, caiu o objetivo da lei e a garantia fundamental de proteção aos recursos públicos.

Como o objetivo era fomentar, a simplicidade de regramento da Lei n.º 9.637/1998 era justificável, já que a atividade desempenhada era privada e desenvolvida por pessoa privada. Logo, não há sentido aplicar o regime jurídico da administração pública, senão naquilo que diz respeito ao controle para a garantir a boa aplicação dos recursos públicos.

Basta observar qualquer contrato de gestão da área da saúde para se verificar que se trata de delegação, porque se transfere a própria responsabilidade direta pela execução da atividade pública. Transfere-se a própria gestão, característica fundamental dos contratos de concessão de serviço público, como explica Vitor Rhein Schirato: “[...] o

4 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 235-250.

elemento essencial que define o regime de uma concessão de serviço público é a transferência para o concessionário das capacidades de gestão e organização do serviço concedido, assumindo o concessionário os riscos inerentes a essa gestão e a essa organização⁵.

Os contratos celebrados são de longo prazo, envolvem a transferência de serviços públicos complexos, custeados por vultosas quantias do orçamento público transferidas, e contam com a cessão de bens públicos e servidores públicos.

O vulto desses ajustes é, na essência e na complexidade, equiparável ao das concessões de serviços públicos. Porém, ao contrário destas, não contam com regras jurídicas de fonte legal para sua disciplina em aspectos fundamentais (licitação, requisitos do contrato, duração, fiscalização, monitoramento, sanções, responsabilidades). As leis estaduais e municipais são enxutas e genéricas, não apresentando soluções mínimas para o regramento seguro e satisfatório desses contratos.

Aqui, não se reverberam críticas – infundadas e ultrapassadas – no sentido da inviabilidade de delegar serviços públicos não econômicos à iniciativa privada⁶A delegação é constitucionalmente admissível. O problema é fazê-lo sob regime jurídico inadequado e sob o pretexto de desempenhar outra atividade pública que tem disciplina jurídica e propósitos distintos (fomento).

Ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.923/DF, o STF validou o corpo da Lei n. 9.637/1998 tendo em mira o seu espírito (fomento à iniciativa privada). Porém, apenas o corpo foi aproveitado por estados e municípios, que mataram o espírito. Por isso, a disciplina dos contratos é insegura. Segundo o STF, aplicam-se os princípios da administração *no que couber*. Ninguém sabe quando e como cabem de fato, porque princípios não são aplicáveis como regras.

5 SCHIRATO, Vitor Rhein Schirato. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 188.

6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 218-225.

O problema aumenta um degrau quando se percebe que tribunais judiciais e de contas acolhem o acórdão paradigma do STF para as organizações sociais, aplicando-o, agora, para validar o que não foi validado pelo STF: o espírito real dos contratos de gestão, que é de delegação de serviços públicos.

Mais frequentes (porque mais lucrativos), os contratos de gestão na área da saúde são validados tanto com amparo no acórdão da ADIN 1.923/DF, quanto no art. 199, §1º, da CF. Este último dispositivo é lido às avessas, porque nele se busca a sustentação da legitimidade de relações de parceria com a iniciativa privada para transferência de serviços públicos, quando, claramente, a regra autoriza a integração de serviços particulares ao SUS para suprir suas deficiências.

Sob o duplo pretexto de que a gestão é privada e o controle é, primordialmente, de resultados (controle esse que faria mais sentido se a relação fosse de fomento), não se fiscaliza adequadamente o emprego dos recursos públicos. A organização social é tratada como sociedade empresária concessionária de serviços públicos; o repasse de dinheiro público é tratado como tarifa (que, nas concessões, incorpora-se ao patrimônio privado).

Como nas concessões de índole econômica, o estado se abstém de interferir na gestão privada do serviço. A preocupação real é se o serviço é prestado, se as metas são atingidas, pouco importando como. A prestação de contas é formalmente exigida, sendo analisada como um fardo incômodo imposto pela lei, da mesma forma como se verifica o emprego de singela subvenção repassada à associação de bairro que atende algumas dezenas de pessoas.

2 INCENTIVOS PERVERSOS CRIAM A ASSOCIAÇÃO LUCRATIVA

Leis copiadas por estados e municípios mantiveram a forma original, mas foram aplicadas matando o espírito. O Supremo Tribunal Federal **validou** o espírito ao analisar a forma. Paradoxalmente, administração pública e tribunais passaram a celebrar e a legitimar

contratos de gestão de espírito desnaturado, suscitando a chancela dada pela Corte Suprema.

Há uma conjunção de fatores negativos que tornam o modelo da organização social disfuncional e nocivo: delegação onde deveria haver fomento, ausência de sólida disciplina legal e demissão do dever estatal de exercitar controle adequado e efetivo.

A institucionalização e disseminação dessas disfunções criou os incentivos perversos para o surgimento de uma espécie nova de pessoa jurídica: a associação de fins lucrativos. Não está arrolada no Código Civil, mas existe no mundo real. É uma figura que nasceu justamente quando estados e municípios resolveram utilizar o contrato de gestão para delegar serviços públicos, promovendo, com isso, o desligamento do patrimônio público do regime jurídico que o protege.

A associação com fins lucrativos não é aquela que gera excedentes financeiros reaplicados na própria atividade-fim. É sociedade empresária travestida de associação. É criada para o fim de obter lucros; contratualiza com o poder público e executa o contrato de gestão para esse fim. Ao cabo, embolsa e distribui os lucros, seja licitamente (segundo a 'licitude' instituída pelo modelo disfuncional), seja por meios escusos.

A cobiça é justificável, já que o estado viu no contrato de gestão uma forma de se livrar das amarras do regime jurídico de pessoal, bens e serviços de sua titularidade. Onde pode delegar, delega. Só no estado de São Paulo, organizações sociais gerenciaram, em 2021, R\$ 33 bilhões em recursos públicos, mais de 80% deles destinados à saúde⁷

Organizações sociais são associações lucrativas porque criadas para desempenhar atividade empresarial. Tanto que a) possuem objeto social amplo (para transitar por qualquer atividade pública passível de ser contratualizada), b) não contam com vínculo de identidade entre

7 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório** – Ação Conjunta TCESP/ Ministério Público-SP/MPC-SP – Organizações do Terceiro Setor. Disponível em: <https://tce.sp.gov.br/6524-tcesp-mpc-e-mpsp-realizam-acao-conjunta-para-fiscalizar-terceiro-setor>. Acesso em: 20 mar. 2023.

associados, baseado em princípios e valores (unem-se por interesses patrimoniais), c) agregam grupos circunstanciais de pessoas, que formam e pertencem ao quadro social de várias associações, ingressando e saindo dele com anormal frequência (ao sabor do interesse de ocasião), d) tem sedes meramente formais (em salas comerciais, escritórios de advocacia e contabilidade), e) contam com ‘filiais’ em várias cidades do país, sem vínculo de pertencimento com a localidade, f) participam sistematicamente de vários chamamentos públicos, de vários entes distintos, g) executam simultaneamente vários contratos de gestão com objetos distintos em várias localidades, h) associados, familiares e interpostas pessoas (‘laranjas’) integram quadros societários de empresas que prestam serviços para a organização social, em cumprimento dos contratos de gestão.

À luz desses e de outros indícios que se conjugam, é difícil sustentar que se esteja diante de verdadeiras associações destinadas a satisfazer móvel não econômico, como previsto no art. 53 do Código Civil. Os benefícios econômicos emergentes do contrato de gestão são um convite, um forte incentivo à corrupção, à precarização da qualidade dos serviços públicos e à fragilização das relações do trabalho. É o que se demonstra e discute a seguir.

3 LIBERDADE DESVIGIADA ONDE DEVERIA HAVER FISCALIZAÇÃO

Na concessão de serviços públicos econômicos, há uma diferença entre a organização do serviço e a gestão empresarial para sua exploração. A organização tem disciplina específica e mais intensa, caracterizada por normas de direito público, constantes do bloco regulamentar do contrato, garantindo a satisfação do interesse público. A gestão empresarial, traduzida como organização interna, é livre de restrições e limitações da concessão, seguindo normas de direito privado⁸.

A diferença (entre organização do serviço e gestão empresarial) e a solução disciplinar que a embasa fazem sentido, porque, na

8 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.181.

concessão, o preço (tarifa) é embolsado pelo concessionário, passando a integrar seu patrimônio. Já no contrato de gestão em que delegado serviço público, o fato de a verba orçamentária (e o imóvel, o equipamento, o servidor) transferida não integrar o patrimônio da organização social exige que se dê conta da forma exata com que o recurso público é utilizado. É lição antiga de direito administrativo, aplicável aos vetustos convênios e, agora, aos contratos de gestão⁹.

Se a concessionária tem gestão eficiente, reduzindo custos por força de medidas administrativas racionais, como a incorporação de inovações tecnológicas que reduzem seus custos, maximiza seus lucros. Se a organização social, gerindo múltiplos contratos de gestão com distintos entes públicos, resolve obter maior eficiência na sua gestão administrativa interna através de medidas de compartilhamento de custos, temos um problema.

O gestor público (por má-fé ou incompreensão) trata a delegação como se fosse uma concessão de índole econômica e, por isso, afasta a administração pública da execução do serviço, tratando o repasse da subvenção e dos demais bens como se fosse preço que se integra ao patrimônio da entidade. Sob o pretexto de não interferir na gestão empresarial, não verifica como o recurso público é realmente utilizado. O controle público sobre o contrato de gestão é (des)estruturado com base nessa ideia incorreta.

Essa concepção distorcida sobre a forma como o contrato deve ser fiscalizado se exterioriza por meio de atitudes que conduzem à severa fragilização do sistema de tutela do patrimônio público e das relações de trabalho, tornando muito difícil ou quase impossível o controle do interesse público e social, seja pela administração, seja pelo controle ministerial e de contas, seja pelo controle social.

Impede-se intencionalmente o controle. Se ele existe, é debilitado, limitado, impedido de ser desempenhado; se não existe ou já é frágil, nada se faz para corrigir essa situação (ou tudo se faz para mantê-la assim). A consequência desse comportamento deliberado é visível:

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.243.

servidores responsáveis pelo controle sem preparo, destreinados, sem recursos, sem autonomia, pressionados; atribuição da fiscalização a políticos ou comissionados; ausência de ações de monitoramento e fiscalização *in loco*; ausência de procedimentos e métodos para balizar a fiscalização; não realização de análise de risco com critérios claros para amparar a fiscalização; prestação de contas meramente formal e burocrática, baseada na análise de documentos fornecidos pela própria entidade; ausência de análise criteriosa de custos praticados e da eficiência da gestão dos recursos repassados; não acompanhamento de processos seletivos da entidade; não exigência de transparência ativa; não verificação de nepotismo.

Há um entrosamento perfeito entre a desestruturação administrativa que impede o controle e a opacidade quase que completa em que opera a organização social em determinadas situações e locais. Sob o argumento de que a gestão é privada e, por isso, segue a lógica privada, deriva-se a conclusão (falaciosa) de que é da própria natureza do ajuste que a associação privada tenha ampla margem de liberdade de atuação. Como consequência desse raciocínio tortuoso, por indução, o poder público estaria impedido de interferir indevidamente na gestão do serviço.

Isso serve de pretexto insidioso para que o estado se demita do dever fundamental de controle, não o exercendo de fato, seja pelo intencional impedimento da realização de medidas fiscalizadoras efetivas, seja incapacitando a estrutura administrativa incumbida do controle.

A consequência imediata disso é o solapamento do fundamento constitucional do sistema de tutela do patrimônio público, concebido justamente para garantir que os recursos públicos, sob o influxo do princípio republicano, concretizem o interesse público. As consequências reflexas e últimas são a lesão sistemática dos direitos fundamentais que os serviços públicos delegados objetivam satisfazer (dos usuários dos serviços) e a precarização das relações de trabalho.

As parcerias de fomento entre estado e organizações da sociedade civil são regidas pela Lei n.º 13.019/2014 (Lei das Parcerias

Voluntárias). Como o objetivo é incentivar atividades privadas de relevância pública, o pressuposto fundamental para a concessão de medidas de fomento é que essas atividades possuam, concretamente, os atributos qualificadores necessários para merecer o apoio estatal. Investigam-se os predicados de algo que existe concretamente (um projeto, uma atividade, um serviço) e possui valor pelas utilidades fruídas ou fruíveis pela coletividade.

Aliás, se o contrato de gestão realmente tivesse a intenção de promover fomento, estaria sob a égide desta lei. Alertados por suas bases acerca da possível perda dos “benefícios” trazidos com a liberdade do modelo da organização social disfuncional, o Congresso Nacional tratou de afastar o contrato de gestão da incidência da Lei das Parcerias Voluntárias (ver art. 3º III, da Lei n.º 13.019/2014, com a redação dada pela Lei n.º 13.204/2015).

Apesar de as leis das organizações sociais mencionarem que a relação é de fomento, isso não faz sentido em se tratando de delegação de serviço público, porque a administração pública não está incentivando algo que a organização faz originalmente, como atividade própria e cujos atributos intrínsecos e singulares geram valor para a sociedade. Está pagando para que ela execute um serviço de sua titularidade.

Sem o contrato de gestão, a organização social (na quase totalidade das vezes) não existe. É uma sala de escritório, um CNPJ ativo, um pedaço de papel, sem vínculo algum com a comunidade em que se insere. É uma entidade que se esforça para caçar oportunidades de negócios, e não o fruto da comunhão desinteressada de esforços para gerar benefícios públicos em determinado setor. Sem um contrato de gestão, ela é um parasita dormente aguardando um hospedeiro.

Essa característica das organizações sociais é sintoma claro da forma disfuncional como o modelo foi institucionalizado no Brasil. Não importa quem sejam e o que façam, justamente porque não são nada, não fazem nada, e não constroem coisa alguma (há exceções, que não abalam a regra). Extintos os contratos de gestão que as irrigam, colapsam.

São prestadoras de serviços que oferecem o melhor preço em um chamamento público no qual se analisa a proposta financeira como critério de escolha preponderante (inclusive porque entes públicos mais simples sequer contam com pessoal qualificado para fazer análises de objetos mais elaborados nas áreas de saúde, educação, esporte, tecnologia, meio ambiente etc.).

Sendo pessoas ocas, sem atributos distintivos, a pessoalidade do contrato de gestão, ou seja, a consideração dos atributos pessoais da contratada como pressupostos para a execução do serviço, é uma ficção. Essa feição das organizações sociais se associa à liberdade desvigiada, institucionalizada pelo modelo disfuncional, para estruturar o mecanismo extrativista e lesivo: a organização social frequentemente não presta o serviço diretamente, com pessoal próprio; ela transfere a execução do objeto para terceiros. Há total ou parcial subcontratação, sob a qual não se tem controle algum.

Como o regramento legal dos contratos de gestão é paupérrimo, não há regras quanto à subcontratação. Às vezes, o regramento do chamamento público faz alusão à aplicação da Lei de Licitações, mas não há clareza acerca de como aplicar essas regras, talhadas para contratos de escopo econômico, não para parcerias de caráter não lucrativo. Querendo, o poder público pode simplesmente afastar as regras do art. 122 da Lei n.º 14.133/2021, inclusive a regra moralizadora constante do seu parágrafo terceiro.¹⁰

Como consequência, a organização social constitui a face externa, visível e conhecida que se vincula ao poder público e sobre a qual pesa uma abstrata e frágil (e frequentemente inútil) sujeição a responsabilização patrimonial caso as coisas deem errado (e sempre dão!).

10 Art. 122. [...] § 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

É a ponta do iceberg, a décima parte de um colosso submerso, profundo, desconhecido e inacessível. São esses nove décimos não visíveis que escapam da transparência e do controle, que justificam o sucesso do modelo e a sua defesa encarniçada por ambos os polos do contrato de gestão.

Livre para executar o serviço da forma que bem entende e não tendo estrutura própria e prévia para executá-lo, a organização social opera como um centro de gestão de contratos com terceiros. Seu pessoal próprio é o essencial para realizar esse trabalho de gerenciamento. Não prestam diretamente o serviço. Quem o faz são terceiros, normalmente empresários e sociedades empresárias cujos responsáveis são ligados a políticos ou aos dirigentes da própria entidade.

Se a gestão é de hospital, contrata-se empresa que forneça mão-de-obra de profissionais da saúde, para diagnósticos por imagem, para exames laboratoriais, para serviços de manutenção, para limpeza e segurança, para cozinha, lavanderia etc.

Alguns postos-chave são ocupados por pessoal próprio (diretorias, chefias, coordenadorias), ligados aos dirigentes da organização (se não forem os próprios).

As atividades não submetidas a terceirização são desempenhadas por pessoal recrutado por processo seletivo, habitualmente fraudado e sujeito a interferências políticas dirigidas pela lógica do nepotismo e do patrimonialismo.

Planos de trabalho contam com planilhas de custos previamente superfaturadas para que os excedentes sejam apropriados. O escoamento desse dinheiro são os contratos com terceiros, superfaturados ou simplesmente não executados na quantidade e qualidade indicadas no contrato.

Aliada à ampliação artificial e fraudulenta da receita, há o expediente de interferir na despesa. Tendo a liberdade desviada como potente catalizadora, cortam-se custos onde é possível, especialmente os associados a medidas regulatórias, já que a fiscalização primária do

estado inexistente ou é falha. Assim, não há dimensionamento adequado de equipes para dar conta do trabalho, não há controle eficaz de jornada, prejudicando o atendimento à população por ausência de profissionais, jornadas de trabalho não são respeitadas, não há fornecimento de equipamentos de proteção individual suficientes e de qualidade, faltam insumos, equipamentos e materiais para a atividade-fim, a “pejotização” fraudulenta grassa. A terceirização, o trabalho temporário e o próprio estágio são expedientes de que a organização social lança mão fartamente, às raias do abuso, para cortar custos.

Quando a organização social só quer obter lucro e, em conluio com terceiros, estabelece relações jurídicas desenhadas para isso, a hierarquia é instrumento que foge à finalidade da organização e disciplina do trabalho interno para se desnaturar em ferramenta de opressão, de intimidação, de repressão, de perseguição e silenciamento de trabalhadores, evitando que denunciem malfeitos, impedindo a fiscalização e a transparência ativa¹¹. Eis aí o caldo nutritivo do assédio moral, individual e coletivo.

Como a própria administração não sabe (ou prefere não saber) realmente o que acontece nas entranhas da gestão privada do serviço público, o controle externo do Ministério Público e do Tribunal de Contas só consegue atuar quando as ilegalidades já foram cometidas e produziram seus efeitos nefastos. Sua atuação, portanto, é inexoravelmente repressiva e, por isso, fatalmente inútil. Depois de anos discutindo as ilegalidades (no plano do controle de contas ou no plano jurisdicional), não tem utilidade alguma declarar nulo contrato já extinto e não se consegue recuperar dinheiro público desviado ou mal empregado. A entidade, que já era oca, se desintegra e se dispersa no ar como fumaça.

11 Segundo verificação efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, de 67 organizações do terceiro setor fiscalizadas, que celebraram contratos de gestão com o poder público, praticamente 70% não deram evidências de cumprimento da Lei n. 12.527/2011. Não foi possível verificar o cumprimento da lei em 4% dessas entidades por falta de disponibilização de informações (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relatório – Ação Conjunta TCESP/Ministério Público-SP/MPC-SP – Organizações do Terceiro Setor. Disponível em: <https://tce.sp.gov.br/6524-tcesp-mpc-e-mpsp-realizam-acao-conjunta-para-fiscalizar-terceiro-setor>. Acesso em: 20 mar. 2023.)

A seguir, apresentam-se argumentos teóricos e medidas práticas possíveis para reagir a essa conjuntura desfavorável criada pela subversão da ideia original da organização social.

4 EM BUSCA DO CONTROLE PERDIDO

Há soluções possíveis para recobrar o controle perdido. Elas envolvem duas dimensões relacionadas entre si: a) mudança da teoria jurídica que explica o fenômeno da organização social e interpreta a ordem jurídica para dela extrair soluções disciplinares; b) mudança na forma como o controle externo (Ministério Público, Tribunais de Contas, Judiciário) enfrenta as vicissitudes do modelo da organização social.

Teoricamente, é preciso abandonar a ideia de que contratos de gestão são relações de simples fomento. Ela é equivocada, porque descolada da realidade. Como não explica o fenômeno como ele é, não permite que se interprete o direito de modo a dele extrair a disciplina jurídica mais adequada.

Contratos de gestão envolvem delegação de serviço público não econômico a entidades sem fins lucrativos. Partindo dessa constatação empírica (e não abstrata), induzem-se algumas conclusões. A primeira delas é que o serviço público deve ser delegado a quem demonstre melhor capacidade de exercê-lo, inclusive com igual ou maior eficiência que o poder público (sob pena de violação do princípio da eficiência).

Organizações sociais ocas, que não têm estrutura própria, que não têm pessoal próprio, que claramente serão meros centros de gestão de contratos alheios, intermediárias de mão-de-obra, não podem contratar com o poder público. São inidôneas, porque sem capacitação técnica e operacional. Não se trata de experiência anterior, que muitas têm por gerirem dezenas de contratos simultaneamente; é a demonstração de que possuem condições estruturais de realizar a atividade pública, o que se exterioriza pela existência de um núcleo estável, próprio, suficiente para executar o objeto.

A Lei n.º 13.014/2019 (Lei das Parcerias Voluntárias) exige essa comprovação como condição prévia para a celebração e formalização da parceria (art. 35, III). A norma deve ser aplicada aos contratos de gestão analogicamente, pois ele se insere no gênero dos módulos convencionais de cooperação (mesma razão, mesma solução).

A norma que exige a comprovação da adequada capacidade deriva do princípio da eficiência, já que não tem sentido conceder serviço público a quem não tem condições de desempenhá-lo, pondo em risco a sua prestação. Ela se faz presente na Lei n.º 8.987/1995 (concessão e permissão de serviços públicos econômicos), como se extrai dos arts. 2º, II, III, IV, 18, V, 27, §1º, I.

É justamente a capacidade técnica que vai impedir contratos de gestão, sobretudo da área da saúde, em que a organização social não tem pessoal próprio e vai contratar empresa privada para prestar diretamente os serviços que constituem o núcleo do ajuste. Ela funcionará na prática como mera intermediária, o que constitui ilegal transferência da execução do serviço. Além disso, fica demonstrado que a solução da delegação do serviço para organização social, nesse caso, é ineficiente, porque antieconômica, na medida em que a intermediação desempenhada pela entidade aumenta custos ao invés de diminuí-los. Essa situação deve ser reputada ilegal por cortes de contas e tribunais.

A essa conclusão não se pode opor o argumento de que a gestão é privada e, como tal, se rege pelo direito privado, que confere autonomia à entidade para desempenhar a atividade segundo melhor lhe aprouver (a liberdade de organização interna). Além do evidente caráter antieconômico na contratação em que a organização social é mera intermediadora, a terceirização de atividades essenciais que concretizam o objeto do contrato (em relação ao estado, a “quarteirização”) descaracteriza a pessoalidade, configurando transferência fraudulenta da delegação. Portanto, ainda que pessoas privadas possam terceirizar quaisquer atividades que desejem (algo autorizado pela lei), o objeto do contrato de gestão não admite terceirização das atividades direta e substancialmente relacionadas ao seu escopo, porque isso é vedado pelo direito público (viola a eficiência e a pessoalidade).

Frequentemente, a investigação efetuada pelo Ministério Público é reativa, ou seja, é deflagrada diante da existência de indícios de ilegalidades específicas já ocorridas. Essas ilegalidades podem ser sintomas do problema aqui discutido. Incumbe ao Ministério Público não apenas enfrentar a consequência negativa (equipes mal dimensionadas, falta de equipamentos de proteção individual, ausência de controle de jornadas, não recolhimento de verbas fundiárias ou previdenciárias), mas adotar o caminho contrário, utilizando a questão evidenciada para chegar à sua causa: a transferência fraudulenta da delegação.

Essa investigação “reversa” deve buscar elementos concretos que demonstrem que a organização social é mera intermediária: não tendo pessoal próprio ligado diretamente à execução do serviço (algo facilmente constatável pelo exame dos bancos de dados da RAIS e CAGED), tendo contratado empresa prestadora de mão-de-obra para todas as atividades-fim que compreendem o escopo do contrato, estará constatada a fraude. A organização social será pessoa oca que gerencia contratos com terceiros. Não foi contratada para gerenciar contratos com terceiras pessoas; foi contratada para prestar diretamente o serviço.

É possível prevenir a contratação de organizações sociais inidôneas (tecnicamente incapacitadas) examinando o processo administrativo de chamamento público. O Ministério Público pode recomendar ao gestor público que aprimore as regras do processo para proibir a transferência da execução do serviço, impedindo sobretudo a terceirização de mão-de-obra.

Também é possível exigir maior rigor nos estudos econômico-financeiros que subsidiam a decisão pela delegação do serviço. A delegação não é a única opção à disposição do gestor para desincumbir-se da execução do serviço. Além da parceria com entidade do terceiro setor, existe a possibilidade de contratar serviços de sociedade empresária para suprir as deficiências e insuficiências do serviço próprio. A natureza do serviço e o custo inerente a cada opção é que devem ser avaliados. Isso significa que não é suficientemente motivada a decisão da autoridade pública que simplesmente resolve

delegar o serviço adotando o modelo da organização social, sem antes estudar e prever os impactos financeiros de outras opções. Cumpre ao Ministério Público exigir motivação suficiente, o que implica cobrar a realização de avaliação adequada quanto à economicidade e vantajosidade de cada opção disponível.

Outro aspecto teórico decorrente da constatação de que o contrato de gestão envolve delegação de serviço a entidade não lucrativa é justamente a inviabilidade de o poder público se demitir de fiscalizar a gestão do serviço e a organização interna da organização social (a gestão empresarial), sob o pretexto de que essa gestão e essa organização estão sob disciplina privada e são de responsabilidade de entidade privada (como se fosse sociedade empresária concessionária de serviço público explorado economicamente).

Os recursos financeiros não são repassados a título de preço. Os demais recursos repassados não se integram ao patrimônio da organização social. Logo, não basta receber passivamente documentos que indiquem que o serviço está sendo prestado e as metas, atingidas; é preciso escrutinar a fundo como os recursos estão sendo gastos e explorados. O caráter público do recurso evoca o princípio republicano para determinar a magnitude e a intensidade do controle público e social.

A adequação do controle também deve ser feita pelo Ministério Público. Trata-se de investigação de caráter estrutural e preventivo. Desenvolve-se por meio de inquérito civil em que são colhidas informações acerca de todos os aspectos relevantes relacionados à estrutura e modo de funcionamento do controle estatal. Basicamente, são três as dimensões que devem ser examinadas: existência do controle (órgãos competentes, arcabouço normativo, procedimentos), suficiência do controle (pessoal estável, em número suficiente, treinado, capacitado, autônomo; recursos materiais suficientes; dotação orçamentária adequada), efetividade do controle (demonstração de que o trabalho gera resultados, através de exame de contas tempestivo e eficaz, medidas de monitoramento, vistorias no local, cobrança de irregularidades, aplicação de sanções, glosa de despesas etc).

A exigência de controle baseia-se no princípio republicano (onde há coisa pública, aí haverá fiscalização para que seu emprego satisfaça o interesse coletivo). A exigência de controle adequado e efetivo baseia-se no princípio da proporcionalidade, que é derivação do princípio da eficiência.

A investigação ministerial sobre a qualidade do controle vai buscar elementos concretos sobre como ele está estruturado. Índícios de ausência, insuficiência ou inefetividade derivam de achados como ausência de órgão ou agente de controle, controlador ocupante de cargo em comissão ou mesmo cargo político, sem qualificação, sem instrução, sem recursos materiais e orçamentários, sem disciplina normativa a respaldar as medidas de fiscalização, que não realiza monitoramento e visitas, com atraso na análise das prestações de contas, que exerce outras atividades concomitantes (às vezes incompatíveis com a fiscalização do contrato).

É contra essa situação que o Ministério Público deve se ocupar. Ela representa desestrutura orgânica que viola o princípio republicano por impedir ou fragilizar o controle sobre a coisa pública. É omissão caracterizadora de estado de coisas inconstitucional, que assim deve ser reconhecida pelas cortes de contas e tribunais, impedindo a continuidade da delegação ou exigindo implementação de controle adequado.

Tanto os tribunais de contas como os tribunais judiciais têm amparo teórico e ferramental apropriado para dar respostas adequadas de forma absolutamente respeitosa à ordem jurídica posta, à discricionariedade do gestor e à autonomia do particular. Isso porque a inexistência, insuficiência, ineficiência e inefetividade do controle interno, capazes de prejudicar a fiscalização do patrimônio público gerido pela entidade privada, são ilegalidades como outras quaisquer, que agridem diretamente o princípio republicano.

Reconhecida essa agressão, as cortes de contas podem julgar o contrato irregular por reconhecer o inadimplemento da obrigação (poder-dever) da administração pública de executar fiscalização condigna.

Já os órgãos jurisdicionais têm diante de si dois caminhos viáveis. Caso se demande a correção da falha (obrigação de fazer), solucionam a lide estabelecendo as diretrizes gerais pelas quais deve guiar-se o administrador, sem efetivamente indicar a solução concreta mais adequada. Essa ficará a cargo da administração pública, respeitando-se a discricionariedade do administrador. Caso se demande a proibição de realização de ato (obrigação de não fazer), como o chamamento público, a celebração do contrato ou a sua renovação, a proibição perdura até que a falha seja corrigida, ficando a escolha da solução adequada novamente a cargo do administrador. A ação civil pública é o instrumento por excelência para veicular tais demandas, mas também se mostra manejável a ação popular, se respeitados os seus limites legais de cabimento.

O raciocínio fundamental a estribar a decisão (de contas ou jurisdicional) é o seguinte: à vista de provas concretas apontando para proteção insuficiente do patrimônio público, de direitos fundamentais dos usuários dos serviços ou dos direitos dos trabalhadores, por omissão da administração pública quanto ao controle do contrato de gestão (em algum dos três níveis nos quais opera), há ilegalidade que deve ser enfrentada, declarando-se a ocorrência do estado de coisas inconstitucional para impedir que ajuste potencialmente lesivo venha a lume ou continue a ser executado, ou para impor a correção da falha.

Não sendo imposta determinada solução, quando há leque de opções, nenhum dos caminhos ofende a discricionariedade do gestor público.

O princípio da proporcionalidade vai dirigir tanto as providências impostas pelo controle externo sobre a administração pública, como a adequação das soluções por ela adotadas em cada caso concreto. É o vulto do objeto contratado (em termos temporais, de complexidade do objeto, de movimentação financeira, patrimonial e de pessoal) que vai determinar a magnitude quantitativa e qualitativa das providências que serão impostas e das soluções que serão implantadas pelo administrador.

Quanto à estrutura do controle: agentes públicos em número suficiente, ocupantes de cargos efetivos, com atribuição adequada e autonomia de ação; recursos materiais suficientes; procedimentos claros. Quanto ao funcionamento do controle: agentes públicos permanentemente instalados nas dependências das unidades sob gestão privada exercendo auditoria contínua dos vários aspectos relevantes; constante fiscalização *in loco*; avaliação amostral de contratos mais sensíveis (de escopo abstrato, envolvendo pessoas ligadas aos gestores da entidade); investigação permanente de conflitos de interesse e nepotismo; acompanhamento e participação direta nos processos seletivos para recrutamento de pessoal; periódica pesquisa de satisfação dos usuários; exigência de mecanismos internos de integridade por parte da OS; exigência contínua de divulgação das informações relevantes do contrato na internet e sempre que houver demanda.

Os parâmetros de qualidade utilizados para avaliar a estrutura e o funcionamento real do controle não são abstratos, mas fornecidos pela própria administração pública (serviços semelhantes executados com recursos próprios), pelas boas práticas do mercado para o mesmo tipo de serviço executado, por órgãos públicos de fiscalização do trabalho, por autarquias profissionais e até pelo conhecimento científico consagrado acerca da administração pública. Nesse ponto, dado o caráter complexo, estrutural e preventivo da investigação ministerial, é imprescindível que haja articulação institucional para que se tenha sucesso no enfrentamento dos problemas, sobretudo entre cortes de contas, órgãos de fiscalização, autarquias profissionais e os vários ramos do Ministério Público brasileiro.

Por fim, cabe ao Ministério Público instar o poder público a robustecer o controle social em relação às relações mantidas com organizações sociais. Isso se dá em duas frentes: divulgação dos dados essenciais no seu próprio portal de transparência e exigência de que as organizações sociais divulguem todas as informações relevantes sobre os contratos nos seus próprios sites, algo exigido pela Lei n.º 12.527/2011 (art. 2º). Para dar cabo dessa tarefa, o Ministério Público pode recomendar a edição de normas internas disciplinadas-

ras da transparência ativa a ser praticada pelas entidades ou mesmo ingressar com ação civil pública com pedido de obrigação de fazer.

CONCLUSÃO

Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas e a própria Administração Pública precisam se conscientizar do problema: a estrutura jurídica e a finalidade original da organização social foram capturadas e indevidamente utilizadas para delegar serviços, e não para fomentar atividade privada. Como o modelo não foi arquitetado para isso, criou-se uma situação anômala de concessão de serviços públicos não econômicos sem uma base normativa sólida, coesa, racional, estruturada principalmente por regras de fonte legal.

É preciso reconhecer que isso promoveu um descolamento entre o patrimônio público sob gestão privada e o regime jurídico de direito público que o disciplina e protege. A solidez e sistematicidade desse regime foi substituída por uma disciplina jurídica pouco coesa, de difícil identificação, interpretação e aplicação, já que agrega princípios, normas contratuais, regras esparsas de normas nacionais gerais, diretrizes de cortes de contas e julgados isolados.

A produção jurídica científica para dar conta de parcerias de colaboração mútua (os antigos convênios) não serve para compreender a organização social e os vínculos que mantém com o estado. O acórdão da ADIN 1923/DF fala de coisa totalmente diversa daquilo que é praticado na realidade. Acentuando (e aproveitando) a fragilidade disciplinar, o poder público se demite do controle sob o pretexto de que a gestão do serviço é privada.

A constatação desse contexto é fundamental para planejar a reação corretiva. Como demonstrado, essa reação envolve extrair do direito soluções aderentes à realidade. Implica parar de ignorar a realidade, abandonar conceitos abstratos e doutrinas impertinentes, e examinar o contrato de gestão para identificar o que ele realmente é e ao que efetivamente se destina: é contrato de concessão destinado a

delegar serviços públicos não econômicos a pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

O novo instrumental teórico corretivo é simples, mas poderoso: a delegação é possível, desde que feita a entidades que tenham capacitação técnica demonstrada (o que não se confunde com experiência prévia derivada da gestão de outros contratos). Entidades ocas, existentes apenas no papel, meras intermediadoras de mão-de-obra, meros centros de gestão de contratos com terceiros, não são idôneas; são fraudulentas. Assim devem ser reconhecidas. Contratos de gestão firmados com elas são inválidos, porque antieconômicos (violada a eficiência), porque implicam transferência da delegação, porque quebram a pessoalidade, desnaturando a parceria. Devem ser invalidados.

O Ministério Público brasileiro deve examinar a natureza de cada contrato de gestão para verificar sua idoneidade. A investigação por meio de inquérito civil examina a forma como o serviço é prestado pela organização social, identificando se há terceirização maciça das atividades diretamente relacionadas ao objeto da delegação, caso em que o contrato será inválido pelas razões acima expostas.

O sucesso no enfrentamento dos problemas decorrentes do modelo disfuncional passa inexoravelmente por atuação preventiva e de índole estrutural. Significa robustecer instituições para prevenir problemas futuros. Por isso, a investigação civil do Ministério Público tem objeto distinto do habitual e mira outros fins. Ao invés de corrigir os sintomas (problemas pontuais), parte em busca das causas, ou seja, a desestrutura do controle estatal e social sobre o contrato. Toma esses sintomas como indícios dessa desestrutura e visa corrigi-las. O controle estatal deve existir, ser adequadamente dimensionado e efetivamente funcionar. As três dimensões são analisadas. Controle inexistente ou insuficiente são motivo para impedir a celebração de novos contratos de gestão, até que corrigidas as falhas. Controles inefetivos precisam ser robustecidos. A questão é de legalidade. Não há invasão à esfera de discricionariedade do gestor, porque os critérios do controle de boa qualidade e as opções corretivas são definidos pelo

próprio gestor. O que se exige é que saia da omissão configuradora de estado de coisas inconstitucional.

O Ministério Público vai exigir que o gestor indique e implemente as medidas corretivas, em prazo razoável. O correto dimensionamento do controle é regido pela ideia de proporcionalidade: o porte do controle está em função do porte da delegação promovida.

Em síntese, para garantir o efetivo respeito, pelo poder público e pela entidade, aos direitos assegurados na Constituição, é preciso investigar se o poder público está estruturado para bem desempenhar a missão de controle e se essa estrutura realmente funciona na prática, identificando falhas e exigindo sua correção para que o recurso público gerido pelo particular realmente destine-se à consecução do interesse público. Esse é o caminho para efetivar a promessa constitucional de plena satisfação da pluralidade de direitos fundamentais que dependem de serviços públicos essenciais providos pelo estado por via da delegação à iniciativa privada.