

Ciência Atual

Revista Científica
Multidisciplinar das
Faculdades São José

2016

Volume 8 | Nº2



FACULDADES
SÃO JOSÉ

ISSN 2317-1499

Douglas Costermani Varella

Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia (ESA-RJ). Graduado em Direito pelas Faculdades São José (FSJ). Integrante do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica do Curso de Direito das Faculdades São José (NPIC/FSJ).

Marlyus Jeferton da Silva Domingos

Mestrando em Direito do Programa Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (PPGJA-UFF). Graduado em Direito pelas Faculdades São José (FSJ). Integrante do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica do Curso de Direito das Faculdades São José (NPIC/FSJ).

RESUMO

A necessidade da busca constante pelo aumento da agilidade para lidar com as atuais realidades sociais, com as demandas dos cidadãos e com a necessidade de evolução da sociedade brasileira fomentou a criação de novos personagens jurídicos auxiliares da Administração Pública Direta, dentre eles as Organizações Sociais (OS), as quais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e sujeitas ao regime jurídico de direito privado, estruturado sob o princípio da autonomia da vontade. Essa autonomia da vontade de uma OS, aliada à presença de pessoas especializadas em seus cargos de gestão, atende ao anseio da administração pública direta, qual seja, permitir a entrega à sociedade de um serviço célere e de qualidade. Para a realização de tal serviço, necessita-se estabelecer um vínculo jurídico entre o Estado e as Organizações Sociais: O Contrato de Gestão. Ele é o documento formal em que são definidas, entre outras coisas, as características do serviço público a ser prestado pela OS, além de promover uma verdadeira descentralização de atividades e serviços públicos, mantendo o controle administrativo necessário, tais como a especificação do programa de trabalho, 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. A relação que a OS passa a ter com o Estado, surgida após a formalização de um contrato de gestão, é vista, por alguns doutrinadores, como caracterizadora e justificadora da aplicação do regime jurídico administrativo e, por consequência, da responsabilização dos atos ímprobos na gestão das OS. O presente trabalho visa demonstrar que atividades, bens, serviços e servidores de uma OS, signatária de um contrato de gestão, representante do próprio Poder Público, devem ser passíveis de sofrer atos de improbidade nos mesmos moldes em que se sujeitam os órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta, independentemente da relação entre a subvenção, o benefício ou o incentivo recebidos e o patrimônio ou a receita anual da entidade.

Palavras-Chave: : Improbidade administrativa; Organizações Sociais; responsabilização.

ABSTRACT

The need for constant search for increased agility to deal with current social realities with the demands of citizens and the need for evolution of Brazilian society fostered the creation of new helpers legal characters of the Direct Public Administration, including the Social Organizations (SO), which are legal entities of private, non-profit and subject to the legal framework of private law, structured on the principle of freedom of choice. This freedom of choice of SO, combined with the presence of skilled persons in their management positions, meets the desire of the direct public administration, which is to allow delivery to the company of a quick and quality service. For the realization of such a service, you need to establish a legal relationship between the State and the Social Organizations: The Management Agreement. It is the formal document in which they are defined, among other things, public service features to be provided by the SO, and promote effective decentralization of activities and public services, while maintaining the necessary administrative control, such as the program specification work, the stipulation of the goals to be achieved and their implementation deadlines, and specifically address the performance evaluation of objective criteria to be used by quality and productivity indicators. The relationship that the SO is replaced with the state, which arose after the formalization of a management contract, is seen by some scholars as characterizing and justifying the application of legal administrative system and, therefore, the responsibility of improbity acts in management of the SO. This study aims to demonstrate that activities, goods, services and servers of an SO, signing a management contract, a representative of the government itself, should be liable to suffer acts of misconduct in the same manner in which subject the organs and entities of the direct and indirect public administration, regardless of the relationship between the subsidy, the benefit or received encouragement and assets or the annual revenue of the entity.

Keywords: Administrative dishonesty; Social organizations; accountability.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar as principais características das Organizações Sociais e analisar se há possibilidade de sujeição de seus gestores à Lei de Improbidade Administrativa.

A necessidade da busca constante pelo aumento da agilidade para lidar com as atuais realidades sociais, com as demandas dos cidadãos e com a necessidade de evolução da sociedade brasileira fomentou a criação de novos personagens jurídicos auxiliares da Administração Pública Direta: as entidades que compõem a Administração Pública Indireta – Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista – e as que compõem o Terceiro Setor – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Organizações Sociais (OS).

As OS, essencialmente, são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, e, nessa qualidade, estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado, estruturado sob o princípio da autonomia da vontade, que lhes autoriza a fazer tudo que não esteja proibido em lei, com fulcro no art. 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), in verbis:

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

[..]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Já a Administração Pública possui princípios, expressos ou tácitos, norteadores de seus atos, no ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o da legalidade, previsto no art. 37, caput da CRFB, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

A respeito do princípio da legalidade na administração pública, importante citar os ensinamentos do ilustre Hely Lopes Meirelles:

(...) a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. (MIRELLES, Hely Lopes. 2005)

Essa autonomia da vontade de uma OS, aliada à presença de pessoas especializadas em seus cargos de gestão, outra característica das pessoas jurídicas de direito privado, atende ao anseio de uma administração pública muito especializada na atividade-meio, qual seja, permitir a entrega à sociedade de um serviço célere e de qualidade.

A utilização de Organizações Sociais se trata, de fato, da implementação de um sistema de saúde que busca melhorias na atenção primária, bem como um melhor dinamismo nas mudanças necessárias para a atenção à saúde em determinadas comunidades.

Ao vínculo jurídico existente entre o Estado e as Organizações Sociais é chamado de Contrato de Gestão, que é o documento formal em que são definidas, entre outras coisas, as características do serviço público a ser prestado pela OS, além de promover uma verdadeira descentralização de atividades e serviços públicos, mantendo o controle administrativo necessário, tais como a especificação do programa de trabalho, 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.

A relação que a OS passa a ter com o Estado, surgida após a formalização de um contrato de gestão, é vista, por alguns doutrinadores, como caracterizadora e justificadora da aplicação do regime jurídico administrativo e, por consequência, da responsabilização dos atos ímprobos na gestão das OS.

DESENVOLVIMENTO

SISTEMAS DE SAÚDE: BREVE HISTÓRICO DO ESTUDO COMPARADO

As opções políticas dos Países em relação aos seus sistemas de saúde, as quais refletem o valor atribuído às necessidades de sua população, apresentam semelhanças e divergências que merecem atenção.

Nota-se que as políticas sociais se tornaram gradativamente mais inclusivas, apesar das diferenças quanto ao acesso das populações aos serviços oferecidos, quanto à forma como esses serviços estão organizados e quanto ao seu desempenho. Tais diferenças parecem ser consequência das inúmeras contradições geradas pela transformação da doença em mercadoria altamente geradora de valor.

Um breve histórico, aliado a um estudo comparado, mostra-se necessário para entender como ocorreram as mudanças que desaguarão na atual configuração das políticas sociais.

Na origem dos Estados Modernos o foco principal era a regulamentação da higiene e o tratamento das doenças, tendo como exemplos a medicina urbana na França (higienização das cidades), a polícia médica na Alemanha (vigilância distrital sobre a saúde dos indivíduos) e a medicina da força de trabalho na Inglaterra.

No final do século XIX a Alemanha concebeu o modelo de seguro público (saúde financiada por fundos públicos, decorrente de tributos arcados por empresas e trabalhadores), influenciando muitos países, dentre eles o Brasil.

Em 1948 o Reino Unido acrescenta a ideia de acesso universal ao modelo alemão. O direito a saúde passou a ser dissociado do nível de renda ou do vínculo de trabalho passando a ser considerado um direito da cidadania.

Já alguns países como os Estados Unidos da América (EUA) optaram por permitir a transformação da doença em mercadoria altamente geradora de valor.

Na década de 80 era possível apontar a existência de pelo menos três grandes formatos de sistemas de saúde: o sistema empresarial-permissivo (Estados Unidos), os seguros sociais públicos (França, Alemanha, entre outros) e os serviços nacionais (Reino Unido, Canadá). Vale ressaltar que não existem sistemas puros, sendo comum que determinado país tenha um “misto de sistemas de saúde”, ainda que priorize determinado formato.

Um sistema de saúde é uma combinação de quatro componentes fundamentais: recursos, organização, financiamento e gestão, os quais culminam em sistemas de saúde com três grandes funções (MENDES, 2002): a regulação, o financiamento e a prestação de serviços.

Champagne (1991) verificou a evolução dos serviços de saúde no Canadá, nos Estados Unidos e em um conjunto países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Organization for Economic Cooperation and Development – OECD) comparando a produtividade, a efetividade e a eficiência. Uma das verificações foi que a política utilizada pelos Estados apresentava os gastos mais elevados e piores indicadores de saúde, caracterizando-o como o menos eficiente de todos.

Mais recentemente, os resultados de pesquisa feita por Starfield e Shi (2002), comparando alguns países da OECD, demonstraram que quanto maior é a oferta de serviços de atenção primária, menor é o custo do sistema.

Para o conjunto dos indicadores destacavam-se os que possuíam os seguintes atributos: distribuição equitativa de recursos, cobertura universal, baixa contrapartida financeira dos usuários, bem como a orientação integral e familiar nos serviços.

Diante destes dados, é possível entender o caminho que tem sido tomado pelos diversos sistemas de saúde implementados pelo mundo, ainda que em velocidades diferentes em cada país, tendo como exemplos a expansão do acesso à saúde (Medicare e Medicaid, no caso dos EUA) e o foco do investimento na estrutura de atenção primária (bedside medicine, no caso da Inglaterra). Igualmente importante se mostrou a participação comunitária, sendo geralmente associado aos sistemas de saúde familiar.

No Brasil, especificamente no Rio de Janeiro, optou-se pelo uso de Organizações Sociais para a implementação de melhorias na atenção primária, buscando melhor dinamismo nas mudanças necessárias para a atenção à saúde em determinadas comunidades.

REFORMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para chegar na configuração citada no parágrafo anterior, houve necessidade de implementar algumas reformas estruturantes.

Uma grande reforma administrativa ocorreu em 1967, por meio do Decreto-Lei nº 200 (DL200).

Este regramento promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviço de uma estrutura de administração pública centralizadora, vigente à época, para entidades que passariam a compor a Administração Pública Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), bem como a instituição da racionalidade administrativa, planejamento, orçamento, descentralização e controle de resultados como princípios.

Ainda assim, as decisões administrativas continuaram sendo tomadas por uma burocracia altamente especializada, proveniente das Forças Armadas, do próprio Estado e de empresas privadas.

Apesar de manter como base os princípios de uma administração pública burocrática, pode-se dizer que o DL200 foi um primeiro momento da administração gerencial no Brasil.

Entretanto, as reformas operadas por esse decreto reformador não desencadearam as mudanças necessárias, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência com outros arcaicos e com esforços concentrados na burocracia.

O núcleo burocrático não desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao contrário, ocupar os escalões superiores da administração de acordo com as práticas patrimonialistas ainda existentes.

Além disso, apesar de pregar a descentralização, propagou-se uma forte concentração de poderes no Governo Federal que exercia controle e fiscalização, condicionando a liberação de recursos ao cumprimento de algumas condições.

Esse Governo concentrador, por vezes, atribuía certa autonomia a algumas empresas sem entender necessário submeter tais atos a qualquer controle, fazendo surgir novas formas de articulação e relacionamento entre a burocracia pública e os interesses privados, seguindo muito além das práticas convencionais de lobby e assentando os fundamentos do que mais tarde assumiria a forma de corrupção generalizada nos altos escalões do aparelho do Estado.

O patrimonialismo renovava-se e irradiava-se pelos setores da administração indireta e possivelmente com uma voracidade maior do que na direta, dado o volume de recursos e decisões estratégicas frequentemente manipuladas por aquela esfera de governo.

Diante da crescente consciência de que a administração pública burocrática era ineficiente tomou-se emprestado os avanços ocorridos na administração empresarial, mas sem perder sua característica específica: a de ser uma administração que não estava orientada para o lucro, mas para o atendimento do interesse público.

A administração pública gerencial no Brasil surgiu na segunda metade do século XX, com a criação do MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado), que existiu entre 1995 e 1998, tendo como objetivos marcantes a redução dos custos da máquina pública e o aumento da eficiência dos serviços que cabiam ao Estado. Mais tarde, valores como efetividade e qualidade dos serviços públicos prestados somaram-se aos objetivos gerenciais.

O gerencialismo ainda está evoluindo, agora em direção ao conceito de democracia, para tratar o contribuinte como cidadão e como consumidor de serviços públicos. A administração, voltada para resultados, passa a ser orientada para os anseios do cidadão/usuário.

Para atingir tais anseios houve a democratização da relação entre o Estado e a sociedade, tendo como principal tendência o incentivo à adoção de parcerias com o setor privado e com as organizações não-governamentais (ONGs). Nesse contexto foi editada a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (Lei da OS).

Surgem, assim, as entidades do terceiro setor. Este, em contraposição ao primeiro setor, constituído por entidades pertencentes ao Estado, e ao segundo setor, integrado pelo mercado – pessoas físicas ou jurídicas situadas fora do controle estatal –, abrange diversos setores do voluntariado, associações e fundações privadas, bem como organizações não-governamentais, os quais, sem fins lucrativos, perseguem propósitos de interesse público (CARVALHO, 2009:926). Por isso, é também chamado de setor público não-estatal.

As organizações sociais foram instituídas com o desvelado propósito de substituir determinados entes/órgãos da administração pública mediante a absorção de atividades antes desempenhadas por estes.

ORGANIZAÇÃO SOCIAL

A criação da figura das organizações sociais visou a transferência de certas atividades, exercidas pelo Poder Público, para o setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão.

Trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor.

Nem todos os serviços de interesse público precisam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.

O termo "Organização Social" (OS) é uma qualificação que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público para a realização de seus fins, que devem ser necessariamente de interesse da comunidade e previstos na Lei nº 9637/98 (Lei das OS).

Observa-se que as entidades privadas, sem fins lucrativos, estão definidas na Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil vigente), sendo, em seu art. 44, relacionados todos os tipos de pessoa jurídica existentes.

Porém, de acordo com os artigos 53 e 62, parágrafo único do mesmo regramento normativo, somente as associações e fundações não possuem fim econômico.

Mesmo não havendo fins lucrativos, as associações e as fundações necessitam de órgãos deliberativos, responsáveis pela sua administração. Tais órgãos deliberativos são previstos em seus estatutos, podendo ser órgãos colegiados ou unipessoais. Vale destacar a possibilidade de haver, em uma pessoa jurídica, órgãos deliberativos colegiados responsáveis pelas decisões estratégicas em conjunto com órgãos deliberativos unipessoais responsáveis pelas funções táticas e/ou operacionais.

Com isso, além da ausência de fins lucrativos, a Lei nº 9637/98, para a qualificação de entidades como organizações sociais, definiu também a necessidade de comprovação do registro de seu ato constitutivo, dispondo, entre outras coisas, sobre previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na Seção II da mesma Lei.

Neste momento, fundamental fixar que é dever de ofício dos administradores (conselho de administração e diretoria) manter a pessoa jurídica em que atua no constante caminho em direção aos seus fins institucionais, devendo realizar, ao menor sinal de desvio, as medidas corretivas, bem como implementar controles para impedir que o desvio ocorra novamente.

Outra inovação da Lei das OS, que funciona como instrumento de transferência das atribuições públicas é o contrato de gestão, que, firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, tem por finalidade a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

As organizações sociais passam a ser, então, entes cujas atribuições são coincidentes com aquelas do próprio Poder Público.

Diante dessa íntima relação entre o público estatal e o chamado setor público não-estatal (terceiro setor), que se analisará a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa das organizações sociais.

Observamos que, na maioria das vezes, a improbidade administrativa pode ser cometida por um componente do setor operacional desta entidade privada, mas seu autor também pode ser um componente do setor estratégico.

O gestor de OS é o responsável pela execução do repasse financeiro pelo órgão público por meio do contrato de gestão, cabendo a ele as devidas diligências para atingir os fins existentes neste contrato, também cabendo a ele a fiscalização do cumprimento de seus atos executórios.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado”. (DI PIETRO, 2008, p.210).

Assim o contrato de gestão é a forma de celebração de um acordo entre o poder público e a OS, com vista à regulamentação do desenvolvimento e execução das ações e serviços na área de atuação do objeto do contrato.

Diante de tais apontamentos, ressalta Sílvio Luís Ferreira da Rocha que “o papel reservado ao contrato de gestão é o de substituir o sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público sobre o privado, pelo controle baseado da consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes”. (ROCHA, 2006, p. 49).

O aporte financeiro é feito por meio de um cronograma de desembolso que vem sinalizando onde terá que ser aplicado o orçamento (rubricas), tendo a OS que respeitar esse direcionamento. O orçamento deliberado para a OS não pode ser gasto de qualquer maneira, muito menos sem fiscalização.

A comissão terá que avaliar o desenvolvimento das atividades e resultados obtidos pela Organização Social com a aplicação dos recursos sob sua gestão e, confrontar com os indicadores de desempenho estabelecidos e suas metas pactuadas e com a economicidade no desenvolvimento das respectivas atividades.

(DES) CUMPRIMENTO DOS DEVERES

Para fim exemplificativo, podemos citar as Clínicas de Saúde da Família da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, onde em sua totalidade são geridas por OS.

Entre os objetivos das Clínicas de Saúde da Família estão o tratamento de doenças e a promoção da saúde preventiva sendo, para isso, necessária uma equipe multidisciplinar, formada por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, dentistas e agentes comunitários.

A responsabilidade pela contratação desses profissionais fica exclusivamente restrita a OS, definida no contrato de gestão com gestora dos recursos financeiros que recebera do Estado, com o fim de atender os objetivos traçados neste mesmo documento.

Se uma Clínica de Saúde da Família não atende a sua população por falta de profissionais ou falta de manutenção da unidade física, por exemplo, fica claro que há um problema técnico na gestão dos recursos públicos.

Verificado que o Estado repassou o recurso financeiro para contratação de profissionais, serviços terceirizados e, mesmo assim, o funcionamento da Unidade não é pleno, por que não considerar que houve ato de improbidade administrativa pelo gestor da OS?

Outro ato de gestão sujeito à análise de improbidade administrativa refere-se ao uso irregular das rubricas de um contrato de gestão.

Todo contrato de gestão possui um cronograma de desembolso, que, por sua vez, traz os valores definidos para cada atividade dentro do contrato de gestão (rubricas).

Quando uma OS utiliza os recursos públicos em desacordo com o planejamento constante de um contrato de gestão pode gerar um prejuízo muito grande para quem mais precisa, que é a população assistida.

Supondo que exista uma rubrica de recursos humanos (RH) no valor de R\$1.000.000,00, ou seja, à OS foi disponibilizado este montante com o fim de contratações de profissionais, e ocorra a utilização deste aporte na aquisição de bens de consumo, ainda que necessários, estaria caracterizada a falta de planejamento do gestor da OS, visto que deixou de contratar a mão de obra prevista e fundamental para a prestação dos serviços.

Estabelecida uma rubrica no valor de R\$ 100.000,00, a OS não poderá gastar R\$ 110.000,00, muito menos R\$ 50.000,00 sem ter atingido o objetivo previsto na rubrica.

O gasto, sem justificativa legal, acima dos valores estabelecidos no contrato de gestão não seria causar um prejuízo ao erário, causa constitutiva de um ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8429/92 ?

Importante observar neste ponto que o descumprimento reiterado dos deveres de uma Organização Social demonstra uma omissão dos seus administradores, visto que, minimamente, caberia a eles a implementação de controles operacionais, impedindo a continuidade de práticas de atos que descumprem os deveres da instituição.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa classificam-se em 3 (três) grupos: os que dão ensejo a enriquecimento ilícito, os que geram prejuízos ao erário e os que ofendem os princípios da administração pública.

Percebe-se que cada grupo tem suas características marcantes, sendo, no caso de enriquecimento ilícito, a constatação de proveito pelo próprio agente do ato ímprobo (mesmo sem prejuízo da administração bastando o proveito por causa da sua posição ou cargo), no caso de prejuízo ao erário, a constatação de proveito por terceiro, proporcionado pelo agente do ato ímprobo e, no caso da ofensa aos princípios da administração pública, o cometimento de atos lesivos aos princípios expressos no regramento normativo, mas também aos princípios gerais da administração pública largamente demonstrado pela doutrina e jurisprudência.

Em especial, podemos observar que o art. 11, II da Lei nº 8.429/92 prevê como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Vale aqui tecer alguns comentários quanto à sujeição das Organizações Sociais e, conseqüentemente, de seus agentes, às regras previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 1º desta lei define como sujeitos passivos de um ato ímprobo os entes da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Complementa o art. 1º, parágrafo único da mesma Lei que também são sujeitos passivos de um ato ímprobo as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Apesar da organização social não integrar a Administração Pública indireta, tampouco a direta, possui fins sociais típicos do Poder Público, além de receberem incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público para atingir seus objetivos estatutários.

Na verdade, as organizações sociais diferem de outros entes do chamado terceiro setor, pois mantêm uma relação de intimidade com o Poder Público mais estreita que qualquer outra espécie de entidade de cooperação.

Dois exemplos que comprovam a relação mais íntima de uma OS e o Poder Público ocorrem quando, celebrado contrato de gestão, há a sujeição a determinadas normas típicas do regime jurídico de direito público, a que estão submetidos os entes da Administração Pública direta e indireta, tais como o controle quanto ao atendimento de resultados e às contas prestadas (art. 8º, § 1º da Lei 8429/92) e a obrigatoriedade de publicação de regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras, com emprego de recursos provenientes do Poder Público, que, obviamente, devem atender aos princípios da Administração Pública (art. 17 da Lei 8.429/92)

Careceria de lógica jurídica eliminar a responsabilidade por atos ímprobos daqueles que atuassem contra as entidades que receberiam atribuições antes exercidas pelo Poder Público.

Considerando que atividades, bens, serviços e servidores de uma OS, signatária de um contrato de gestão, representante do próprio Poder Público, devem ser passíveis de sofrer atos de improbidade nos mesmos moldes em que se sujeitam os órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta, independentemente da relação entre a subvenção, o benefício ou o incentivo recebidos e o patrimônio ou a receita anual da entidade.

Com a mesma lógica de raciocínio realizado até agora, será possível perceber que os administradores (conselho de administração e diretoria) de uma OS são possíveis sujeitos ativos de um ato ímprobo.

O art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa define como agente público, sujeito às punições previstas na mesma lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O art. 3º da mesma Lei complementa que as mesmas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Nada mais lógico que as disposições acima a respeito da sujeição ativa, visto que é pacífico na doutrina administrativista brasileira que os particulares em colaboração com o Poder Público constituem espécie de agente público.

Nesse sentido, Di Pietro (2012:588-589) leciona que nessa categoria entram “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração”, aí incluindo, por exemplo, empregados de concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Sendo os particulares em colaboração, surgidos da concessão de serviços públicos, no qual há contraposição de interesses das partes (um busca o lucro, o outro, o serviço), considerados agentes públicos, com muito mais razão os empregados e agentes das organizações sociais devem assim ser considerados, visto que atuam no exercício de funções públicas subsidiados em contrato de gestão, cuja natureza jurídica pressupõe convergência de finalidades institucionais dos entes público e privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, inicialmente, traz à luz a necessidade de mais esclarecimentos e controles na execução das parcerias público-privado, visto que a falta de clareza quanto à responsabilidade do parceiro privado, cria possibilidade de interpretações favoráveis à OS, que resultarão no gasto público inócuo, sem atingir os objetivos que ensejaram a criação das Organizações Sociais e do contrato de gestão.

A necessidade que tem o Estado de caminhar com o avanço da sociedade fez com que algumas atividades fossem descentralizadas, entregues ao terceiro setor, mas a carência de fiscalização e responsabilidade pelas falhas retorna a sensação de Estado improdutivo.

No mesmo sentido, há doutrinadores que criticam a Lei 9637/98, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando cita que “são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2008, p.214).

Também seguindo esse entendimento está Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma “flagrante inconstitucional de que padece tal diploma”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2010, p.242).

Além disso, este trabalho pretende seguir um pouco mais, quando enxerga que o gestor da OS é responsável pela gestão dos recursos repassados pelo Estado e, sendo assim, deveria ser considerado ímprobo se administrou mal o contrato de gestão, porque ocorre verdadeira descentralização de atividades e serviços públicos para a OS.

Note-se que fica ainda mais clara a improbidade quando se fala de orçamento público, uma vez que a OS não tem capital para gerir o contrato de gestão, nem tão pouco os bens públicos.

Este raciocínio está apoiado no texto do art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei 8.429/92, ao conceituar o agente público “contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo”.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações Sociais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>>. Acesso em 03.jun.16.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03.jun.16.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 03.jun.16.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em 03.jun.16.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 03.jun.16.

CHAMPAGNE, E. The Evolution of Health Care Performance in Canada, the U.S. and Others OECD Countries: a Comparative Analysis of Productivity, Effectiveness and Efficiency. Groupe de Recherche Interdisciplinaire en Santé/Gris-Université de Montreal, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 03.jun.16.

FOUCAULT, M. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, V. E. *Os sistemas de serviços de saúde: o que os gestores deveriam saber sobre essas organizações complexas*. Fortaleza: Escola de Saúde Pública, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado*.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STARFIELD, B; SHI, L. Policy Relevant Determinante of Health: an International Perspective. *Health Policy*, 60, pp. 201-08, 2002.

TERRIS, M. World Health Forum, (OMS, Ginebra) 1980, Vol. I, N° 1 y 2, pp. 78-86. [Tradução para espanhol] Disponível em: <<http://capacitasalud.com/biblioteca/wp-content/uploads/2015/02/n14a041.pdf>>. Acesso em 03.jun.16.



www.saojose.br | (21) 3107-8600

Av. Santa Cruz, 580 - Realengo - Rio de Janeiro