

CONTRATOS DE GESTÃO - CONTRATUALIZAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA - DIFICULDADES DO CONTRATO DE GESTÃO - ORGANIZAÇÕES SOCIAIS - CONCLUSÕES.

CONTRATOS DE GESTÃO

O contrato de gestão foi primeiramente idealizado no direito francês como meio de controle administrativo ou tutela sobre as suas empresas estatais.

Mas, antes disso, o contrato de gestão já era utilizado como meio de vincular a programas governamentais determinadas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado.

Mais recentemente, os contratos de gestão passaram a ser celebrados com os próprios entes da Administração Direta, portanto, com entes sem personalidade jurídica própria; são os chamados **centros de responsabilidade** que se comprometem, por meio do contrato de gestão, a atingir determinados objetivos institucionais, fixados em consonância com **programa de qualidade** proposto pelo órgão interessado e aprovado pela autoridade competente, em troca, também, de maior autonomia de gestão.

A idéia, em relação às empresas estatais e aos centros de responsabilidade, é a de, por meio do contrato de gestão, fixar compromissos bilaterais:

a) para a empresa ou órgão, o de cumprir determinados objetivos fixados em planos nacionais ou em programas pré-definidos pelas partes;

b) para a Administração Pública, o de flexibilizar os meios de controle sobre a entidade, conferindo-lhe maior grau de autonomia na gestão dos negócios.

CONTRATUALIZAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA.

No direito brasileiro, o contrato de gestão vem sendo celebrado com empresas estatais, com o mesmo objetivo visado no direito francês; **mas também com outro tipo de entidade, que poderíamos incluir na categoria de entidade paraestatal, do tipo dos serviços sociais autônomos e denominadas de organizações sociais.**

A idéia básica é a de, por meio de contrato, levar a empresa a alcançar determinados objetivos fixados no contrato, coerentes com o Plano de Governo, e, em troca, assegurar maior autonomia para a empresa e, em consequência, facilitar e diminuir o controle sobre suas atividades.

As atividades de **controle e direção**, que com muita freqüência se misturam nas formas tradicionais de tutela, ficam mais nitidamente separadas, já que a empresa ganha autonomia na gestão e **a Administração direta se limita a verificar se os resultados foram alcançados.**

"As flexibilizações de gestão consentidas ao centro de responsabilidade podem englobar: - liberdade para o responsável do centro fazer deslocamentos internos; - possibilidade de criar comissões administrativas paritárias locais; - concessão de uma

dotação global para pagamento de gratificações e trabalhos suplementares; - liberdade para distribuição — com amplitude constante — dos horários de trabalho e sua globalização num quadro anual; - concessão de uma dotação orçamentária global de funcionamento; - supressão do controle financeiro prévio local; - adaptação de regras e práticas internas do ministério responsável, tais como a elevação do nível de competência entre a administração central e o centro de responsabilidade, a diminuição de certos prazos, a aplicação de uma organização mais racional, assim como todas as facilidades complementares levando em conta as especificidades de cada órgão; - em termos de créditos de equipamentos, alocação de dotações permitindo a realização de programas fixados no orçamento apresentado pelo centro; - liberdade para usar as economias feitas em relação ao orçamento anterior, principalmente para desenvolver serviços sociais (creches, cheques-viagem, dentre outros) e melhorar as condições de trabalho ou de serviço e atendimento aos usuários." (Fundação Escola Nacional de Administração Pública - ENAP in "O contrato de gestão no serviço público", Brasília, ENAP, 1993:54).

Há que se observar que todas essas modalidades citadas dizem respeito a acordos celebrados pelo Estado com suas próprias entidades ou órgãos, todos eles integrantes da Administração Pública em sentido amplo.

DIFICULDADES DO CONTRATO DE GESTÃO COM ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Como visto, o direito brasileiro, adotou o modelo francês, mas optou pela denominação de "**contratos de gestão**", já consagrada no direito positivo e em alguns trabalhos doutrinários.

Em relação às empresas estatais, houve por parte do Governo o mesmo objetivo que inspirou o sistema francês, de **contratualizar** o controle que a Administração exerce sobre as entidades da Administração Indireta.

A vantagem existe para as duas partes: para o Estado, porque submete as empresas ao cumprimento dos programas ou objetivos governamentais; para as empresas, porque ganham maior autonomia de gestão, sujeitando-se a um **controle de resultados**, ao invés do controle puramente formal a que se sujeitam normalmente.

Aliás, o controle de resultados é essencial nesse tipo de contrato, porque é a única maneira de verificar-se a consecução dos objetivos governamentais.

Não há dúvida, no entanto, de que no direito brasileiro as dificuldades de utilização desse tipo de contrato são imensas, em face do direito positivo atualmente em vigor em relação às entidades da Administração Indireta. Especialmente porque a partir da Constituição de 1988, verificou-se a tendência de publicizar o regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta.

Praticamente foi igualado o seu regime e o da Administração Direta, em termos de contabilidade, orçamento, controle, licitação, processo de seleção de pessoal etc.

Os primeiros contratos de gestão com empresas estatais foram celebrados, na esfera federal, com a Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e a Petróleo Brasileiro S.A - PETROBRÁS (ambos com base no Decreto n. 137, de 27.5.91, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais). Também foi celebrado contrato de gestão com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, antiga Fundação das Pioneiras Sociais (fundação governamental); essa transformação parece ter tido por objetivo aproximar a

entidade dos antigos serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI etc.), considerados como **entidades paraestatais**, porém não integrantes da Administração Indireta. Por sua vez, aquela mesma entidade parece ter inspirado a instituição das **organizações sociais**, analisadas no item subsequente.

Pelo artigo 8º do Decreto n. 137, as empresas estatais poderão submeter ao Comitê de Controle das Empresas Estatais - CCE "propostas de contratos individuais de gestão, no âmbito do Programa de Gestão das Empresas Estatais, objetivando o aumento de sua eficiência e competitividade". Em consonância com o § 1º do mesmo dispositivo, "os contratos de gestão, estipulando os compromissos reciprocamente assumidos entre a União e a empresa, conterão cláusulas especificando: I - objetivos; II - metas; III - indicadores de produtividade; IV - prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato; V - critérios de avaliação de desempenho; VI - condições para a revisão, renovação, suspensão e rescisão; e VII - penalidades aos administradores que descumprirem as resoluções do CCE ou as cláusulas contratuais."

O § 3º do referido dispositivo determina que "as empresas estatais que vierem a celebrar contratos de gestão com a União ficarão isentas do sistema de autorização prévia previsto no artigo 3º, II, assim como do disposto no artigo 3º do Decreto n. 17, de 1º.2.91".

O artigo 3º, II, referido no dispositivo, exige que as empresas estatais submetam à prévia aprovação do CCE suas propostas relativas a preços e tarifas públicas, admissão de pessoal, despesa de pessoal, inclusive contratado a título de Serviços de Terceiros, elaboração, execução e revisão orçamentárias, contratação de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, inclusive refinanciamento; e demais assuntos que afetem a política econômica.

Vale dizer que as empresas que celebrassem o contrato de gestão ficariam com maior autonomia para decidir sobre todos os aspectos referidos nesse dispositivo.

Pelo Decreto s/n., de 10.6.92, foi autorizada a celebração do contrato com a Companhia Vale do Rio Doce. Nos termos do artigo 2º, ficou estabelecido que, ressalvada expressa e especial disposição em contrário, a CVRD, com a celebração do contrato, ficaria sujeita, no âmbito do Poder Executivo, exclusivamente às normas de controle interno e supervisão ministerial estabelecidas no Decreto e no referido contrato.

A Escola Nacional de Administração Pública depois de apontar as dificuldades de um controle governamental bastante rígido estabelecido no direito positivo brasileiro, afirma que *"quem convive e conhece intimamente a burocracia pública não se surpreende ao ver inúmeras **transgressões "positivas" das normas** (grifamos), que são empregadas como único recurso para fazer funcionar os serviços públicos em determinados momentos ou situações. O sentimento de desconforto, ocasionado por esse fato, intensifica o pensamento de que apenas um maior grau de autonomia gerencial pode trazer às organizações públicas mais funcionalidade e melhor desempenho"* (ob. cit., p. 87).

O Tribunal de Contas da União, analisando o contrato de gestão celebrado com a Cia. Vale do Rio Doce (RDA 201/311-319), embora entendendo que a experiência é válida e positiva sob muitos aspectos, considerou que *"as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, mesmo aquelas que visem a objetivos estritamente econômicos, em condição de competitividade com a iniciativa privada, ainda que sob o regime de Contrato de Gestão, estão sujeitas a todas as exigências constitucionais e legais, da mesma forma que as*

demais entidades integrantes da Administração Pública Federal, tais como: obrigatoriedade de concurso público para a seleção e admissão de pessoal (art. 37, II); observância do limite máximo de remuneração de dirigentes e servidores (art. 37, XI); cumprimento das normas para licitação e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações (art. 37, XXI, e Lein. 8.666/93)".

No entanto, precisamente por considerar positiva a experiência, resolveu encaminhar ao Presidente da República, a título de colaboração, a proposta de realização de estudos *"sobre a conveniência e oportunidade de encaminhar, ao Congresso Nacional, Projeto de Lei Ordinária ou Emenda Constitucional que venha a estabelecer, expressamente, exceções à observância de preceitos constitucionais e legais, ou autorizar a adoção, pelas Entidades sob o regime de Contrato de Gestão, de métodos simplificados de gestão e das despesas deles decorrentes..."*

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Fora do âmbito da Administração Indireta, os contratos de gestão vêm sendo mencionados pelo Governo Federal como modalidade de ajuste a ser celebrado com todas as instituições governamentais de transformação em **Organizações Sociais**, excetuando-se as abrangidas pelo Decreto nº 137/91, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais. Conforme mencionado no item anterior, o mesmo tipo de contrato já foi celebrado com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

As organizações sociais constituem novo tipo de entidade, que o Governo chama de **"pública não estatal"**.

Ela é **pública**, não porque pertença ao Estado, mas porque exerce serviço público e administra o patrimônio público, sob o controle por parte do poder público. Só que esse controle se flexibiliza, deixando de ser essencialmente formal, como ocorre hoje em relação às entidades da Administração Indireta, e passa a ser um **controle de resultados**. Para esse, a relação que se estabelece entre o ente político titular do serviço e a entidade pública não estatal (Organização Social) passa a ser em grande parte contratual, porque se dá por meio dos **contratos de gestão**.

E a entidade é dita **"não estatal"** porque a idéia é que ela não pertença ao Estado, nem se enquadre entre as entidades da Administração Indireta.

É curioso observar que o Governo Federal vem anunciando a instituição de organizações sociais desde que lançado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo MARE - Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião de 21.9.95. No entanto, até agora não as instituiu, ao contrário de alguns Estados que, baseando-se na idéia do Governo Federal, amplamente divulgada, já disciplinaram a matéria por meio de lei e já instituíram algumas organizações sociais, que constituem realidade no direito brasileiro.

A respeito do assunto das organizações sociais, consta do Plano Diretor o seguinte:

"O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder do Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se,

mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.

Entende-se por "organizações sociais" as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder executivo, obtém autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.

As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, desse modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos etc.

As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente, se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mais significativa dos custos dos serviços prestados.

A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do Programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial".

Ao referir-se a essas entidades como "públicas não estatais", fica muito clara a intenção de tentar excluí-las da abrangência da Administração Indireta e, em consequência, excluí-las também da incidência das normas e princípios constitucionais que a ela se aplicam.

É um caminho bastante tortuoso para escapar ao regime jurídico-constitucional imposto à Administração Pública. Talvez fosse mais simples alterar-se esse regime para permitir maior eficácia às entidades que compõem a Administração Indireta.

Bastaria alterar as normas de controle atualmente vigentes e celebrar contratos de gestão com as entidades que hoje integram a Administração Indireta, todavia esse é um caminho que requer alterações em um grande conjunto de normas legais e da própria Carta magna.

Quanto aos contratos de gestão, convém observar que a instituição das organizações sociais é iniciativa do próprio Estado; se elas são instituídas especialmente para exercerem serviço público delegado pelo Estado; se vão administrar patrimônio público; se vão receber dotações orçamentárias; se vão ficar sob controle do Estado; na realidade elas dificilmente vão escapar das normas constitucionais impostas à Administração Indireta. Até porque a Constituição, quase que prevendo uma situação como essa, a cada vez que se referiu à Administração Pública, direta ou indireta, fez referência a "outras entidades" sob controle

do Estado ou a "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" ou expressões semelhantes; vejam-se, por exemplo, os artigos 22, inciso XXVII, 70, II e III, 165, § 5º, I e III, 169, parágrafo único.

Segundo tudo indica, o que serviu de inspiração para o projeto das organizações sociais foram os chamados **Serviços Sociais Autônomos** (SESI, SESC, SENAI e outros) e, mais proximamente, o Serviço Social Autônomo "Associação das Pioneiras Sociais".

Com relação a essa categoria de entidade — **serviço social autônomo** — escreveu Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 338) que *"são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para fiscais. São entes **paraestatais, de cooperação com o Poder Público**, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias."* Como exemplo, ele cita o SENAI, SENAC, SESC, SESI, *"com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras"*.

Acrescenta o autor que tais entidades, *"embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições para fiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou."*

Não há dúvida de que tais entidades foram criadas com personalidade jurídica de direito privado, o que afasta a natureza autárquica.

Na realidade, o que se está fazendo com a instituição de organizações sociais é criar uma **nova forma de delegação de serviço público**, reservada para atividades sociais não exclusivas do Estado, como é o caso do ensino universitário, do serviço hospitalar, da pesquisa e outras. E aqui também há uma diferença grande em relação aos serviços sociais autônomos. Estes também exercem atividades sociais não exclusivas do Estado, porém em colaboração com o poder público e sem perder, o serviço, a natureza de **atividade privada** de interesse público.

Para bem entender o que se acaba de afirmar, pode-se tomar como exemplo a Constituição atual, na parte relativa à saúde. No artigo 196, está prevista a saúde como "dever do Estado", ou seja, a saúde como **serviço público próprio do Estado**. No artigo 199 está dito que "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada", ou seja, a saúde aí não é prevista como serviço público (já que não atribuída ao Estado), mas como atividade livremente aberta à iniciativa privada.

No primeiro caso, a saúde, como serviço público, é atribuição do Estado e, se exercido por particular, esse exercício se dará **por delegação** do poder público e sob a observância das normas que regem a saúde pública na Constituição, em especial as da gratuidade, da universidade e da submissão obrigatória ao sistema único de saúde.

No segundo caso, a saúde, como atividade aberta à iniciativa privada, não é objeto de delegação mas de mera **autorização** do Poder Público, ficando sob sua fiscalização, dentro do poder de polícia do Estado.

CONCLUSÕES

Os contratos de gestão podem ser importante instrumento de ação do poder público, quer sob a forma de contratualização da tutela sobre as entidades da Administração Indireta, **quer sob a forma de parceria com a iniciativa privada, esta a que mais nos interessa no momento.**

No primeiro caso, o contrato fixa programa a ser cumprido pela entidade em troca do reconhecimento de maior autonomia.

No segundo caso, o contrato fixa igualmente programa a ser cumprido pela entidade que atua como paraestatal, em colaboração com o Poder Público, recebendo ajuda financeira para esse fim.

A celebração de contratos de gestão com entidades privadas (ditas **paraestatais**) é também possível, desde que sejam obedecidas as normas constitucionais e legais pertinentes, especialmente as que cuidam de repasse de verbas públicas e controle.

No caso dos HUs, entendo que as modificações da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e seu respectivo Decreto nº 5.205, de 14 de setembro de 2004, que regulamenta a referida norma legal, seria suficiente para constituir valioso e indispensável ferramenta de Administração dos HUS e, poderia ser, entendo, facilmente alcançável, partindo da premissa de que se é permitido, portanto, é legal firmar contratos de gestão com as ditas organizações sociais, porque não seria permitido, também às Ifes firmarem contratos de gestão com as fundações de apoio devidamente certificadas pela própria Administração Pública para tanto ?

Claro que é possível de ser feito, desde que a norma legal assim o autorizasse, o que incorre no momento, gerando toda uma série de demandas administrativas e judiciais, cujo desaguadouro certamente trará aos atuais dirigentes dos HUs sérios e graves problemas, estes, infelizmente, já conhecidos por quase todos.

Não é crível, nem admissível, que os dirigentes dos HUS, que tratam com o bem mais precioso do homem - *a sua vida, bem maior e intangível, supra-estatal, razão de ser do próprio Estado e da sociedade* - continuem a ser açulados e destratados, para finalmente serem responsabilizados em sedes administrativa, cível e criminal e, finalmente, serem compelidos a hipotecarem, de forma absurda e grotesca, os seus patrimônios moral e financeiro que, indubitavelmente alcançarão toda sua família, ÚNICA e EXCLUSIVAMENTE, por terem sonhado, realizado e resolvido os problemas de saúde pública do seu País, que ao contrário dos demais, exigem soluções mediatas, que não podem ser postergadas.

Modificadas as normas legais – *Lei nº 8.958/94 e Decreto nº 5.205/04* – de forma a permitir a realização de contratos de gestão com as fundações de apoio, a fiscalização incidiria sobre os pactos realizados, que evidentemente não poderiam conter cláusulas absurdas ou ilegais, com a grande vantagem de observar as dificuldades sazonais ou regionais existentes junto às IFES.