

OPÇÕES DE INSTITUCIONALIZAÇÃO PARA O AMBIENTE DO SOFTWARE
PÚBLICO BRASILEIRO - ÂMBITO LEGAL

Autor: Giancarlo Reuss

30.07.2009

1. APRESENTAÇÃO

Este documento, preparado para o curso das Atividades do SP1_SPB, é submetido à ARAM Cursos e Treinamento conforme as obrigações previstas nos itens 2.1.3 e 2.1.6 do contrato de serviços de consultoria jurídica firmado em 01.04.2009.

Seu preparo atende à requisição formulada pelo Grupo SP1 do projeto "SPB - Modelo de Referência do Software Público Brasileiro", que solicitou elaborar sobre os possíveis arranjos de institucionalização para o SPB tendo em vista que dos exercícios de "visão" e "propósito" realizados pelos componentes dos grupos executivo e consultivo reunidos para desenvolver o projeto, derivam prover-lhe sustentabilidade e existência em longo prazo¹.

Usa-se aqui o termo institucionalização para indicar a construção de uma estrutura estatutária ou regulamentar que promova a prevalência de valores e preceitos que de outro modo teriam existência incerta, sendo neste caso a promoção desta prevalência, sob o ponto de vista do Direito, a razão para construir-se alguma estrutura.

É necessário apontar, todavia, que o alcance deste trabalho está limitado às informações ora disponíveis, já que é escrito distante cinco meses do prazo para a conclusão do projeto "SPB - Modelo de Referência do Software Público Brasileiro", este que tem como objetivo, também, identificar os elementos e as inter-relações constituintes do SPB com acurácia suficiente para que se obtenha descrição adequada do seu funcionamento a fim de se tornarem possíveis tomar decisões que efetivamente implementem o seu desenvolvimento; eis que será somente ao seu final, ou próximo a este, que se obterá o mapeamento das características do SPB com a precisão que tornará possível escolher entre as opções de institucionalização disponíveis na lei para organizar da forma mais eficiente o que se costumou chamar de ecossistema.

¹ Visão do SPB abril 2009 - "Ter o modelo de produção colaborativo em rede do SPB apropriado pela sociedade e ser referência internacional."

Propósito do SPB - abril de 2009 - "Construir e aprimorar continuamente uma rede de produção colaborativa de conhecimento para desenvolver, em ambiente público, soluções informatizadas de TI direcionadas ao desenvolvimento sustentável."

No presente momento, de fato, ainda não se afastou de toda a hipótese que sejam localizadas características e inter-relações entre seus indicadores que se mostrem avessas a qualquer modelo de institucionalização do ambiente de produção e circulação de conhecimentos e técnicas do SPB, a ponto de tornar preferível institucionalização alguma, o que se dará se for identificado que seu melhor arranjo é aquele que permita sua existência como mero conjunto de condutas individuais determinadas pelo mecanismo que propõe a produção de melhoria e incremento de códigos de programas de computador tornados disponíveis por entidades das três esferas da administração pública para qualquer interessado, como ocorre nas comunidades de software livre.

Igualmente possível é resultar da confecção do seu mapa sistêmico o entendimento de que o melhor arranjo para o SPB seja a constituição de entidade autônoma, com personalidade própria, encarregada, por missão institucional, de fomentar e controlar um ambiente de cooperação entre comunidades de desenvolvimento do software público.

Já que estas duas formas podem ser apontadas como extremos de possibilidade, o presente trabalho se limitará a observá-las conforme se encontram disponíveis no Direito, indicando o proveito que cada uma poderia oferecer frente aos cenários supostos como mais e menos favoráveis à sobrevivência do SPB, segundo um ensaio de cenários realizado em seminário promovido pelo SP1 no Centro de Pesquisas Renato Archer em maio último.

A expectativa é que esse trabalho colabore, através de suas conclusões, como antecipação da tarefa de selecionar a forma que se dará ao SPB para que se realize a visão estratégica dos seus participantes, sintetizada como "Ter o modelo de produção colaborativo em rede do SPB apropriado pela sociedade e ser referência internacional" e, eventualmente, que colabore como subsídio para a produção do Mapa Sistêmico do Software Público Brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

O Direito opera por conceitos organizados hierarquicamente e se apresenta como uma estrutura normativa que os engendra, como se a força de coação estatal organizada a percorresse homogeneamente desde as disposições mais gerais, ditas normas constitucionais e complementares, e que contém os enunciados autorizadores das decisões e condutas ditas legais, até as disposições mais particulares, sejam elas as ordens de conduta que devem ser observadas pelos funcionários públicos, ditas normas regulamentares, sejam elas os textos dos contratos e estatutos firmados sob as regras do código civil, estes ditas leis individuais.

Há conceitos fundamentais que dão sentido até mesmo as normas constitucionais, ainda que não estejam nelas circunscritos, porquanto as antecedem no tempo como fundadoras que são do próprio Direito, como aqueles que provêm dos códigos de leis romanas.

O conceito de personalidade jurídica, neste sentido, é fundamental. A despeito de ser reorganizado em distintos momentos da história² da formulação do Direito, este opera como o substrato sobre o qual se acomodam as autorizações de conduta ou, dito de outro modo, os direitos e deveres atribuídos pelas normas civis e que contém as disposições de organização da vida cotidiana.

Se desprezadas aquelas que servem à organização das coisas, pode se dizer que todas as normas do Direito atribuem poderes e deveres de agir às personalidades jurídicas, sendo reconhecidas como personalidades jurídicas as pessoas naturais, como se denominam os cidadãos, e as pessoas jurídicas, como se denominam as reuniões de pessoas naturais sob um mesmo propósito e que detém, em suma, os mesmos direitos que os cidadãos³.

2 Servia no Direito Romano, por exemplo, para circunscrever a qualidade do escravo a quem, por não se atribuída personalidade jurídica, não reconhecia de qualquer direito.

3 À pessoa jurídica são conferidos os mesmos direitos que o cidadão, observadas as diferenças que tornam impossível o aproveitamento de direitos, como o direito de adoção.

Esta lógica jurídica resulta, portanto, na exigência da personalidade jurídica para qualquer ente que aja na esfera legal com capacidade de contratar, de modo que, além das pessoas jurídicas naturais, qualidade reconhecida pelo Direito às pessoas humanas vivas⁴, se reconhece as pessoas jurídicas, separando-as em dois grandes grupos: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado.

O alcance do conceito de personalidade jurídica se revela quando se percebe que as pessoas jurídicas de direito público são três, que reúnem e reconhecem a existência da própria administração pública: a pessoa jurídica de direito público "União", isto é, a própria existência do Estado Brasileiro como capaz de realizar contratos e exigir obrigações através do judiciário, a pessoa jurídica de direito público de cada "Estado Federado" e a pessoa jurídica de cada "Município" do País⁵.

Na esfera oposta ao Estado, a personalidade jurídica é atribuída às pessoas naturais, como dito, e a quaisquer entidades que devam realizar atos legais com autonomia, as que, classificadas desde o ponto de vista de sua finalidade reconhecida pelo Direito⁶, serão interessadas ou não interessadas precipuamente em realizar lucro. Do que decorre encontrarmos as pessoas jurídicas de direito privado, que são personalidades fictícias sempre formadas por contrato entre pessoas naturais, organizadas em razão da obtenção de lucro e chamadas de sociedades empresárias, ou as organizadas por outra finalidade que não o lucro. A estas últimas o Direito reconhece duas formas: as associações de pessoas para uma finalidade qualquer, e as fundações.

⁴ Aderente a esta lógica, o Direito reconhece os direitos que possa vir a ter aquele que vai nascer, posto que a lei, ainda por aplicação de um dos conceitos do Direito Romano, entende o início da personalidade jurídica com o nascimento com vida e o seu fim com a morte - enquanto que as pessoas jurídicas passam a ter existência com o registro público de seu contrato de instituição, e seu fim pelo distrato.

⁵ Pela mesma lógica, se reconhecem os Estados estrangeiros e os organismos multilaterais como a ONU como pessoas jurídicas de direito público externo. Circunscrevem-se ainda, no mesmo diapasão, mas no âmbito do Direito Público as autarquias, que são instituídas por lei configurando-se como instrumentos da Administração Pública dotadas de razoável autonomia administrativa e financeira.

⁶ Interessante notar que também em decorrência do conceito proveniente do Direito Romano, interessa ao Direito disciplinar a relação das pessoas com os bens (qualquer coisa material ou imaterial que tenha valor econômico) através das obrigações (os atos devidos ou os poderes conferidos na esfera legal), em razão do que não é incorreto dizer que ao Direito interessa antes de mais regular aquilo que possa ter valor econômico.

É necessário realizar este périplo para ser feita, com propriedade, a seguinte afirmação: quando se pergunta pela institucionalização do SPB se está perguntando, afinal, ou sobre as condições para a adoção de uma personalidade jurídica, na medida em que não existe outra institucionalização que não seja a formação de uma personalidade jurídica de direito privado como associação ou fundação, ou a subsunção de certa estrutura a uma personalidade jurídica de direito público, como se dá com qualquer órgão da União. Todavia, como se verá adiante, existe alguma institucionalização mesmo fora das figuras jurídicas dotadas de personalidade jurídica.

O presente trabalho se circunscreve afinal, à elaboração sobre forma jurídica mais conveniente à preservação da autonomia e a sobrevivência do SPB como ente. Por exigência da lógica legal, a constituição de personalidade jurídica para o SPB é a forma máxima de institucionalização que nos é disponível. Todavia, para atender a conveniência de propor um modo mínimo de institucionalização, deve se elaborar também sobre forma que possa ser conferida ao SPB sem entidade, sem a organização de uma pessoa jurídica - tal solução ocorrerá vinculando-o a uma personalidade jurídica já existente, disso resultaria a constituição do SPB como órgão da Administração Pública.

Longe destas duas soluções de institucionalização - pessoa jurídica ou órgão - teremos não um ente, mas mera rubrica orçamentária assim associada a um órgão administrativo da pessoa jurídica de direito público, destinada a realizar certa política pública, o que pode se dizer é o status atual do Software Público Brasileiro do ponto de vista da Administração.

Assim, o presente trabalho indicará as características gerais das personalidades jurídicas disponíveis para a institucionalização do SPB, a forma que o SPB pode assumir se não realizar-se qualquer institucionalização, destacando os índices de sustentabilidade de sobrevivência de cada uma destas formas frente a dois dos quatro cenários projetados como possíveis, que são aqueles que se identificam como o mais ou o menos adequado à sobrevivência do projeto, segundo o exercício de cenários antes mencionado.

O primeiro passo, portanto, é identificar as características das personalidades jurídicas sem finalidade lucrativa admitidas pelo Direito no Brasil.

3 PESSOAS JURÍDICAS

Não se trata de apresentar as formulações teóricas realizadas pela doutrina do Direito para justificar a existência das pessoas jurídicas, nem indagar sobre as razões que lhes conformam as características. Limitar-nos-emos a produzir o elenco destas características sob o prisma da eficiência para realizar a institucionalização de um ente destinado ao arranjo de um conjunto de condutas individuais orientadas para a produção de melhoria e incremento de códigos de programas de computador tornados disponíveis por pessoas jurídicas de Direito Público e suas autarquias.

As pessoas jurídicas são conceituadas por sua formação, como sendo ou uma reunião de pessoas naturais ou uma reunião de patrimônio posto a disposição de certa finalidade. Como reunião de pessoas naturais, as pessoas jurídicas se organizam como entes dedicados ao lucro e não dedicados ao lucro. No primeiro grupo estão todas as formas de empresas, ou sociedades empresárias como quer a definição do Código Civil de 2002, nas suas diversas formulações, seja, como sociedades anônimas, sociedades de responsabilidade limitadas, de comandita simples e por ações, de capital e indústria, em conta de participação, em nome coletivo, que são distintas entre si desde as formas de ser organizada a responsabilidade das pessoas naturais que as integram.

Não se abordará aqui as características destas, tomando-se como pressuposto que o Modelo de Referência do Software Brasileiro não vá se configurar como entidade que tenha como finalidade a obtenção de lucro, na medida em que esta forma de organização é avessa ao conceito de bem público de uso não rivalizado que reveste os programas de computador postos a disposição no Portal do Software Público. De fato, a exploração econômica de um software compreendido como bem público, traria obstáculos a este conceito por incongruência de seus respectivos determinantes, o que nos levaria para uma configuração de empresa pública

concessionária de bens públicos intangíveis, cujas características teriam que ser avaliadas em outro estudo focado em tal possibilidade.

Resta-nos, por conseguinte, verificar as condições de organização das pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa como a forma mais adequada para realizar a institucionalização do SPB e sua opção resultante como mais adiante se elaborará, da possibilidade de se realizar alguma institucionalização que promova a sobrevivência e a relativa autonomia do SPB fora do âmbito da constituição de pessoas jurídicas.

Associações

As associações são as pessoas jurídicas que reúnem pessoas físicas e ou jurídicas sem o intuito de lucro, isto é, seu interesse em reunirem-se é distinto da exploração comercial de alguma vantagem econômica que congreguem como a preservação do meio ambiente, finalidade esta que estará inscrita no estatuto social como razão de sua existência. A associação existe como um contrato de registro público e que, dispondo sobre a organização da estrutura do funcionamento da entidade, estabelecerá, mas somente para aqueles que a ela se vincularem como associados, obrigações e direitos exigíveis mutuamente - como a obrigação de pagamento de mensalidades ou o direito de votar e ser votado para os órgãos e cargos que tal Estatuto Social preveja. Destaque-se que a associação assim considerada somente poderá contar com recursos para a sua manutenção provenientes destes pagamentos de taxas de associados e, ocasionalmente, das doações e legados que venham a incorporar em seus patrimônios e, consoante as disposições de seus Estatutos Sociais, seja admitida a rentabilização de bens e quantias que, integradas aquele patrimônio, sejam submetidas à exploração econômica, desde que seu resultado seja totalmente revertido em favor da realização de seus objetivos institucionais. Como qualquer contrato o estatuto social é fundamento da distribuição de poderes e que, por ficção legal, opera com a força de "lei entre as partes", isto se diz do fato de que as obrigações podem ser exigidas dos associados pela coação estatal organizada para ser exercida pelo do poder judiciário.

O Código Civil exige, (art. 54) para reconhecer que uma pessoa

jurídica como associação, que no seu estatuto esteja disposto a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; os direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para sua manutenção; o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos e as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a sua dissolução.

Da enumeração destes requisitos se pode indicar a primeira nota definidora que nos interessa para distinguirmos a Associação da Fundação para o objetivo do presente: as associações, organizadas necessariamente como entidades que tem como órgão máximo de deliberação uma assembléia de seus associados, mantém para estes o poder de sua própria dissolução, ou mesmo, a mudança estatutária que altere completamente a finalidade social, ou seja, a motriz que originalmente realizou a reunião das pessoas que se integram em seu quadro social.

Observe-se que essa característica de os associados deterem o poder de redefinir a forma de funcionamento e a razão de existência da associação, manteve o Poder Público desinteressado em instituir ou fomentar a instituição de associações quando se tratou de criar entidades que provejam a realização de certo interesse público, preferindo as fundações para esta finalidade; preferência desfeita com o evento das normas qualificadoras de Organizações Sociais como se verá mais adiante.

Fundações

As fundações são as pessoas jurídicas que não se definem pela reunião de pessoas naturais, mas tão somente como reunião de certo patrimônio que é disposto para o atingimento de certa finalidade econômica e não distributiva.

A história da constituição desta figura jurídica é exemplar para compreender sua forma. Consta que um imperador romano deixou em testamento um milhão de sestércios para alimentar as crianças de rua de Roma, assim dispondo o eixo de caracterização das fundações: dar-se determinado patrimônio para realizar certa finalidade, dita finalidade do instituidor. Esta não pode ser facilmente modificada, o que torna-a essencialmente distinta da associação: os curadores da fundação, já que se trata de uma

entidade sem associados ou assembleia geral como órgão máximo de deliberação, não detém o poder de modificar seu objetivo. Os curadores ou administradores do quinhão que dá razão à Fundação, são designados pelo instituidor - aquele que dota a entidade dos bens dirigidos à finalidade eleita - como gestores, e é antes admitida alguma alteração no estatuto para fins de gestão somente, ficando a instância última de deliberação realizada não por uma assembleia, mas pelo Ministério Público, disso encarregado pela lei.

O parágrafo único do art. 62 do Código Civil estabelece ainda, que somente poderá ser organizada fundação com finalidade religiosa, moral, cultural ou de assistência, o que resulta dizer que mesmo que seja possível estabelecer um estatuto de funcionamento para uma fundação destinado ao software público brasileiro, a de assistência permitida às fundações, não tem aderência aos poderes e disposições que, desde já, se vislumbram serem necessárias a uma personalidade jurídica com a missão de produção e circulação adequada de softwares originados da Administração. Esta seria limitada ao fornecimento, por exemplo, dos meios técnicos para a realização do SPB.

Ainda como limite de distinção, enquanto a associação pode ser criada com unicamente a vontade de seus instituidores expressa em contrato, a fundação somente poderá se constituir quando lhe sejam dotados bens livres em quantidade suficiente para que sejam atingidas as finalidades para as quais são legados⁷.

É de se ressaltar que eleger-se uma pessoa jurídica no formato de fundação para institucionalizar o SPB, dependerá de se obter, antes, uma dotação orçamentária ou um legado suficiente para que se realizem as finalidades que se lhe fossem atribuídas, ou, em oposição, organizar as suas atividades de modo que lhe sejam bastantes os bens de que puder ser dotada. Isso pode ser levantado desde agora como óbice para que a institucionalização integral do SPB se afaste da fundação.

⁷ Código Civil - "Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante" e "Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial."

Ademais, as fundações serão privadas quando organizadas por pessoas, mas são ditas de ordem pública quando organizadas por ato do Poder Público, ato deverá ser uma lei de instituição, o que exige a prévia dotação orçamentária, condição que é entendida antes como restrição de oportunidade e alcance, observados as regras da atual Lei de Diretrizes Orçamentárias as quais a vontade política do Instituidor Público estará restrita.

Se nos fosse possível desconsiderar as restrições, em um ambiente de vontade de governo ideal, é a fundação, porque dotada desta característica de perenidade de seus objetivos, a mais firme opção para se constituir entidade que tenha duração assegurada e autonomia suficiente para abrigar ao menos a infraestrutura do SPB. Todavia, o obstáculo da produção de disponibilidade de recursos financeiros para a institucionalização foi sentida pelo Estado, havendo ocorrido o seu afastamento, nos anos recentes, da opção representada pelas fundações. O contorno do obstáculo deu-se pela propositura de regras em lei que tornaram as associações mais efetivas em proteger o seu objetivo original.

3.1 QUALIFICAÇÃO ESPECIAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Para institucionalização forte do SPB - por institucionalização forte dizemos aqui a constituição de uma personalidade jurídica - devemos considerar as disposições da lei ordinária aprovada no ano de 1998, cinco anos antes, portanto, da vigência da reforma do Código Civil que extinguiu a figura da Sociedade Civil, e que conformou as regras atuais para as figuras da associação e da fundação.

Em meados da década passada, o MARE - Ministério da Administração e Reforma do Estado - encarregou-se de propor alternativas para a descentralização da Administração Pública, formulando lei⁸ que resultou em adaptar as pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa reconhecidas pelo Direito Civil a um modelo

⁸ Lei n°. 9.637 de 15 de maio de 1998 - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

que melhor servisse ao compartilhamento, com o Estado, de atribuições lhe que são típicas.

A legislação oriunda do MARE em 1998 criou a qualificação de Organizações Sociais para pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa como um predicado de estruturação que permitiu ao Estado qualificar uma associação ou uma fundação como apta para exercer atividades de interesse público, com isso passasse a gerir serviços, instalações e equipamentos que foram transferidos do Estado para estas entidades, bem como dele receberem recursos orçamentários necessários para o custeio destas atividades.

No ano seguinte, no âmbito do Ministério da Fazenda, com o objetivo de regular as atividades das instituições do terceiro setor dedicadas às ações de benemerência que houvessem anteriormente sido declaradas como de interesse público, e que por tal declaração tinham passado a contar com vantagens fiscais para realizar ações tipicamente assistenciais, foi disposta por lei⁹ a qualificação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as OSCIP.

As duas normas proveram não modificações das características essenciais das pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa, mas sim regras para a constituição, de maneira que quando achadas presentes certas características de organização e controle de atividades em um Estatuto Social de Associação ou de Fundação, aquelas pessoas jurídicas seriam elegíveis para receber, por contrato, recursos do orçamento do Estado e atribuição de atividades típicas dele.

Em comum, as duas normas dispõem sobre o tratamento dos recursos que administram, tornando seus procedimentos de gestão semelhantes àqueles usados pela Administração Pública no que tange, entre outros, à publicidade de suas contas, que devem ser disponíveis a qualquer cidadão e a submissão de suas atividades à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

⁹ Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999 - Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

OSCIP

A qualificação das OSCIP, nos termos da lei, é conferida às Associações ou Fundações que tenham como razão para a sua existência, como ao menos uma das seguintes finalidades: a promoção da assistência social; a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; a promoção gratuita da educação; a promoção da segurança alimentar e nutricional; a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; a promoção do voluntariado; a promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; a experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; a promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; a promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; e a promoção de estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos relacionadas aos itens de autorização acima, de modo que, pela lei, ressalte-se, o reconhecimento como OSCIP não fora configurada para o atendimento de instituições dedicadas à pesquisa ou o desenvolvimento científico e tecnológico por excelência.

Para que uma instituição seja reconhecida pelo Ministério da Justiça como OSCIP, a quem foi atribuído pela lei o poder de conferir diplomas de qualificação às pessoas jurídicas que a solicitassem, se verifica também se estão presentes no Estatuto da requerente as regras de tratamento de recursos que observem as Normas Brasileiras de Contabilidade, obrigação de publicação dos relatórios de atividades e das suas demonstrações financeiras, a proibição de distribuição de benefícios pessoais a qualquer dirigente ou associado, realização de auditoria independente entre outras que servem, antes, para o controle dos recursos orçamentários transferidos pela Administração por meio de um instrumento nomeado Termo de Parceria.

Esta lei contém, em acréscimo, medidas de acompanhamento da realização do contrato, exigindo a sua fiscalização pública, que deve denunciar ao Tribunal de Contas da União as eventuais

irregularidades que localize, impondo à Advocacia Geral da União o dever de requerer judicialmente a decretação da indisponibilidade e seqüestro dos bens dos dirigentes da entidade denunciada, medidas aderentes à motivação de estabelecer controle das instituições reconhecidas como de interesse público, e que não eram sujeitas aos controles tão rígidos sobre seus dirigentes, fato que, para os idealizadores daquela legislação, permitiram o estado de coisas que a motivara¹⁰.

Em razão da facilidade da obtenção do status de OSCIP obtido com mero ajuste de estatuto social para enquadrar um já existente às condições da lei, número considerável de instituições buscaram e receberam a qualificação, até mesmo instituições com finalidade de pesquisa e desenvolvimento tecnológico¹¹, que contornaram a ausência na lei de previsão de reconhecimento para as áreas de tecnologia como finalidade de instituição qualificável como OSCIP, imbricando ao desenvolvimento técnico original de sua finalidade estatutária, o objetivo de promover o "desenvolvimento econômico e formas inovadoras de produção, comércio e crédito" previsto na lei. Todavia, poucas destas instituições conseguiram firmar termos de parceria para a transferência de recursos públicos, sendo a principal razão o fato de que o plano de descentralização das atividades realizadas pelo Estado, com transferência de encargos para a esfera privada, aconteceu sob a égide da lei das organizações sociais e não através das OSCIPs.

Organizações Sociais

A qualificação de Organização Social, como dito antes, serve para a transferência de bens e serviços prestados originalmente pelo Estado à iniciativa privada, prevendo que estas instituições poderão até mesmo receber em seus quadros funcionários públicos federais, lotados aos serviços e bens do

¹⁰ A lei buscou rever as declarações de reconhecimento de entidade de interesse público em voga até 1999, como se depreende da lista de atividades que são reconhecidas como elegíveis. Foram concedidas às OSCIP, além da possibilidade de ser firmado o contrato de parceria para recebimento de recursos públicos, o acesso aos mesmos benefícios fiscais concedidos às instituições de benemerência anteriormente reconhecidas - o cômputo das doações a elas feitas por qualquer um como despesa a ser abatida do imposto de renda devido até dois por cento do imposto devido.

¹¹ Serve-nos de exemplo o Instituto Eldorado, fundado pela Motorola como seu centro auxiliar de pesquisas de tecnologia da informação.

Estado que venham a ser transferidos¹².

As áreas de finalidade institucional de associações e fundações que podem ser qualificadas como Organizações Sociais são as do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Exige a lei que o estatuto destas pessoas jurídicas contenha um arranjo de poder que órgãos de deliberação superior e de direção, com um conselho de administração, formado por representantes do Poder Público em proporção de até 40%, além de membros da comunidade em cuja área de atuação se inscreve a instituição, de "notória capacidade profissional e idoneidade moral", diz a lei, e com membros natos e membros indicados por entidades públicas da sociedade civil. Do mesmo modo como a lei das OSCIP conteria posteriormente, há a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; também se exige a previsão de incorporação integral ao seu patrimônio dos legados ou das doações que lhe foram destinados, já que se buscava a transferência de autarquias e fundações públicas para a esfera civil, devendo a instituição ser determinada estatutariamente a investir em si própria os excedentes financeiros decorrentes de suas atividades e, em caso de extinção ou desqualificação, a previsão da transferência do patrimônio para outra organização social qualificada no âmbito da União na mesma área de atuação.

O reconhecimento de uma instituição como O.S. depende sempre de decisão do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social, e ainda, originamente, do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, o que a torna essencialmente distinta das OSCIP, porquanto, nestas não há como nas O.S. a necessidade de prévia vontade política e entendimento no âmbito ministerial sobre a conveniência de qualificar uma pessoa jurídica como O.S. AS OSCIP são qualificadas após mera requisição do interessado ao Ministério da Justiça, enquanto a qualificação de O.S. é conferida apenas por ato discricionário

¹² O Laboratório Nacional de Luz Síncrotron da esfera de organização do CNPq passou a ser Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS, e a Fundação Roquete Pinto do âmbito do MEC, agora Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP, foram as duas primeiras entidades estatais transformadas em Organizações Sociais.

de Ministro de Estado, como já dito. Diferentemente das OSCIP, que eventualmente poderão ser eleitas para a celebração de um termo de parceria, é da essência de uma instituição qualificada O.S. firmar com o Estado um contrato de Gestão que estabelecerá relação efetiva com a atribuição à O.S. de uma atividade antes realizada pelo Estado e recursos orçamentários para realiza-las.

De fato, o Ministério do Planejamento publicou roteiro para a constituição de O.S. dispendo como processo prévio e concomitante com à institucionalização da pessoa jurídica a ser qualificada, a confecção do contrato de gestão que regulará a sua relação com o Estado. A conformação de conselho diretor composto por representantes do poder público como membros natos e as estruturas de controle que devem estar presentes segundo a lei para permitir a qualificação como O.S. conferiram às associações, ainda que compostas por pessoas naturais majoritariamente, a segurança legal que se encontrava antes nas fundações quanto a preservação de seus objetivos originais.

3.2 - A INSTITUCIONALIZAÇÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA

A institucionalização é, essencialmente, procedimento de se fixar, com alguma perenidade, poderes e obrigações como regras para que se executem certas finalidades.

Se a forma em que o ato de instituir (do latim, *instituere*; seja: fixar, criar e também ensinar) ou o seu resultado, a instituição, encontra a sua forma mais acabada no Direito quando da criação de pessoa jurídica, é certo que há também instituição sem pessoa jurídica, quando lei ou regulamento determina certo comportamento ou obrigação a um conjunto de pessoas sem estabelecer nelas um ente autônomo.

Essa lei ou regulamento institucionalizará de modo brando quando exigir conjunto de comportamentos que promova certa finalidade, como o que acontece quando uma determinada política pública estabelece um modelo de procedimento que deve ser seguido a fim de que sejam obtidos certos resultados.

Isso considerado, poderemos dizer que é ainda alternativa para a institucionalização do SPB sem a criação de uma personalidade

jurídica, a fixação de regras que lhe fomentem a operação desejada ou por lei - deverá ser feita por lei a fixação que crie, modifique ou extinga direitos e obrigações - ou por decreto - poderá ser feita por decreto a fixação que regular direito e obrigação já antes prevista em lei.

Assim, se a constituição de uma associação civil qualificada como organização social fosse apontada como a forma mais intensa de institucionalização que poderia se propor para o SPB, a forma oposta seria aquela que determinasse tão somente um conjunto de comportamentos exigidos de certo grupo de pessoas que agem na esfera do SPB, através de um documento de normalização baixado por autoridade competente, que no âmbito das suas atribuições, para aperfeiçoar o uso dos recursos federais de informática, ao reconhecer como valor a ser protegido e conduta a ser estimulada nos órgãos e entidades da União a racionalização de recursos obtida pelo amplo emprego de soluções de software de conhecimento compartilhado. Para isso, determine regras para o uso de softwares com a qualidade de software público, regulando a formalidade que torna elegível como público um software desenvolvido pela Administração e as responsabilidades dos usuários da Administração quando da decisão de instalar e passar a usar um software público.

Determinaria ainda a maneira de organizarem-se e operarem os grupos de transferência de conhecimento sobre softwares públicos compostos por usuários autorizados como fonte de informação, as obrigações do contratante originário de software tornado público - entre elas a de designar pessoal competente para o atendimento de um protocolo de atividades mínimas para a organização do grupo de transferência de tecnologia também fixado pela legislação, estas entre outras medidas capazes de, no seu conjunto, dispor sobre o funcionamento de um ambiente de uso de software no governo com plena aderência ao Modelo de Referência resultante do projeto ora em curso.

A estrutura legal resultante destas regras não teria personalidade jurídica, e assim, não teria a capacidade de realizar contratos de nenhuma espécie, assumindo, quando muito, a característica de uma rubrica orçamentária vinculada a Ministério. Todavia, haveria institucionalização e na medida em que essas normas não forem revogadas por outras, haveria a sua

permanência no tempo.

Se elaboradas, em tese, regras suficientemente aderentes às características virtuosas identificadas pelo Projeto Modelo de Referência, o resultado da aplicação delas aos inscritos como usuários e fornecedores deverá favorecer o funcionamento do ecossistema do SPB de modo a fornecer-lhe procedimentos e, deste modo, efetividade como uma forma de produzir a atualização técnica e funcional de um conjunto de programas de computador.

De fato é possível reproduzir nesta forma de baixo acoplamento sem personalidade jurídica até mesmo a presença de um órgão deliberativo-gestor composto como comitê, encarregado de decidir e orientar sobre as autorizações, condições de uso e o que mais for conveniente seja atribuído como competência de instância colegiada para dar ao SPB, assim organizado, a organicidade provida por um conselho de administração de uma pessoa jurídica.

A descrição destas opções - a pessoa jurídica de direito privado instituída como associação ou fundação, a oportunidade de qualificação especial para trazer para próximo da Administração estas personalidades jurídicas conforme disposto pela legislação de Organização Social e OSCIP, e ainda, a alternativa de ser estabelecida institucionalização das atividades de uso e circulação das informações por regulamentação oriunda de autoridade competente - nos serve para refletir sobre a melhor forma de prover sobrevida e autonomia do SPB emerso do Modelo de Referência em construção. A tarefa, portanto, é a de apontar para a solução mais adequada.

Esta tarefa, contudo, não pode ser realizada como escolha de certo modelo em atenção às características próprias de cada solução.

Observado somente pelo prisma das características intrínsecas das figuras jurídicas acima identificadas, poderíamos dizer que a Organização Social é a mais adequada para prover mecanismos de controle e sustentação econômica de uma iniciativa que confira forma a um ente descentralizado encarregado de prover serviços públicos, pela óbvia razão de a O.S. haver sido preparada para a missão de dar ordem e controle público à autonomia institucional

buscada pelo programa de reforma do Estado proposto pelo MARE.

Entretanto, não é certo dizer-se que as Organizações Sociais têm contorno apropriado à missão de prover sustentabilidade e existência em longo prazo esperada para o SPB e, ao mesmo tempo, prover a liberdade que parece ser necessária à organização de um ambiente descentralizado, caracterizado pelos interesses e necessidades nem sempre comuns de comunidades de colaboração para uso de programas de computador, já que em qualquer caso somente terão poder de exigir comportamento de seus associados ou participantes.

Qual a liberdade e qual o controle público necessário será respondido pelo levantamento apropriado das razões e modo de interação destas características, quando da finalização do mapeamento ora em andamento no âmbito do Projeto do Modelo de Referência, como antes dito. Deste que este aponte quais são as características que devem ser especialmente protegidas, as que deverão ser suficientemente estimuladas e quais deverão ser suprimidas no ambiente do SPB para fornecer-lhe eficiência.

Deste modo, é adequado que se separem dois esforços que podem ocorrer quase que simultaneamente: (a) identificar quais as características que devem ser preferencialmente estimuladas e ou suprimidas pelo conteúdo das regras ou normas a serem adotadas no ato de institucionalização do SPB, e (b) identificar quais seriam, entre as formas de institucionalização disponíveis no Código Civil, na legislação de qualificação, ou na forma de disposição de poderes por comando normativo amplo em lei ou decreto, qual será a mais conveniente à autonomia e à duração no tempo do SPB, quando estimadas, em cenários, as condições ou mais ou menos favoráveis à sua sobrevivência.

4 - CENÁRIOS

O segundo esforço, que não depende tão intensamente de informações sobre o mapeamento ainda não completo do Modelo de Referência do SPB, começou a ser realizado através de exercícios de cenários que estimularam a combinação de variáveis críticas em um horizonte de tempo, para simular as interações à que o SPB, como estrutura legal ou instituição, se submeteria.

A projeção de cenários é um exercício de antecipação de futuros possíveis que toma em consideração as variáveis mais evidentes de per si, em geral apoiadas em uma análise histórica de eventos identificados como capazes de influenciar certo ambiente, aos quais são atribuídas amplitude de força, tendência, oportunidade e ameaças, denominadas como variáveis ou incertezas críticas, e que busca em ensaios dedutivos e inferentes, subsídios para a propositura de estratégias de desenvolvimento.

O exercício realizado no CENPRA não de deteve em preparar uma avaliação profunda das variáveis de incerteza, dado o objetivo do trabalho: propor cenários em que a resistência das opções de institucionalização do SPB pudessem ser ensaiadas, ou seja, a produção de um cenário normativo para propor, por análise intuitiva, soluções para amparar-lhe resistência, razão pela qual nenhuma das metodologias de análise de cenário¹³ foi aplicada de modo rigoroso.

Partindo-se do pressuposto que há poucas oportunidades de institucionalização, de fato três oportunidades, para remarcar, a institucionalização através da criação de pessoa jurídica como institucionalização forte, com duas opções - associação civil e fundação - podendo estas se revestirem das qualidades de organização social e OSCIP, e a institucionalização branda - estabelecimento de regras de conduta para os atores do SPB baseadas em normas produzidas por autoridades competentes.

Tomou-se como horizonte de tempo para as previsões o período de quatro anos; buscando assim o segundo ano do mandato do próximo governo, posto que qualquer seja o quadrante da matriz de análise estrutural que se observe em cenário de curto prazo para

¹³ Sobre a aplicação completa de uma metodologia teríamos opções em análise intuitiva nos métodos de Schwartz, publicado em 1988, cuja aplicação é feita através de oito procedimentos: identificação da questão principal; identificação dos fatores-chave; identificação das forças motrizes; ranking das incertezas críticas; definição da lógica dos cenários; descrição dos cenários; seleção de indicadores e sinalizadores principais; análise das implicações e opções; ou a de Godet de 1993, cuja aplicação tem dois passos menos: delimitação do sistema e do ambiente; análise estrutural do sistema e do ambiente e análise retrospectiva do ambiente e da situação atual; seleção de condicionantes do futuro; geração de cenários alternativos; testes de consistência; estabelecimento de planos e estratégias e monitoração estratégica; em 1997, Grumbach descreveu metodologia de análise de cenários com apenas três tarefas: a) conhecimento do problema; b) construção e identificação de variáveis alternativas; c) avaliação e interpretação das variáveis alternativas existentes para tomada de decisão.

o SPB, um dos indicadores de realidade mais determinantes com respeito à sobrevivência e efetividade do ecossistema, será a vontade política e o fluxo de recursos dela proveniente.

A janela de quatro anos proposta no exercício reflete sobre o período em que, no próximo governo, a implementação das políticas que tenham sido então eleitas estará completada.

Para realização do exercício proposto como ensaio limitado, foram consideradas como variáveis de incerteza "ambiental" - aquelas que sejam capazes de exercer força e produzir influência sobre o modelo, mas que não sejam parte da própria instituição SPB - foram propostas: (1) a Indústria Brasileira de Software e Serviços, IBSS, posto que a maioria dos seus interesses tanto poderão ser aglutinados ao redor da expectativa de perdas de lucro e mercado trazidas pela intensificação de uso de soluções de software público pela Administração, quanto no seu oposto, seus interesses orientarem-se pela expectativa de ganhos e aumento de mercado com o fornecimento de serviços para o aperfeiçoamento do uso de soluções de software público, na medida em que a mesma intensificação de uso de soluções de software público pela Administração Pública em nível federal, estadual e municipal, demandem técnicos e expertise para o suporte deste uso que possa prover como serviços; (2) a Oferta de Soluções, posto que o incremento ou não do número de soluções disponíveis em Software Público possa afetar tanto a efetividade do modelo como solução de otimização das compras públicas, quanto a insuficiência de soluções capazes de atender à demanda da Administração fundem entendimento que aponte para a invalidade do modelo; (3) a Cultura Digital entendida como incerteza sobre preferência ou recusa de soluções de Software Público a partir de expectativas desprovidas de experiência validadora¹⁴ de decisão.

Como variáveis de incerteza "institucional" foram selecionadas a (1) Indústria Brasileira de Software e Serviços, IBSS, posto que

¹⁴ Chamamos aqui de experiência validadora aquela que é produzida em oposição a um preconceito que, no sentido neutro, é um estágio da aprendizagem que se antecipa ao experimento organizando seus pressupostos, mas no sentido negativo, o preconceito opera como a expectativa resultante de tal organização dos pressupostos da experiência que termina por impedi-la ou distorce as oportunidades de aprendizado conferidas.

seus interesses na órbita ambiental possam motivar pressão sobre os agentes políticos ou mesmo através de recursos judiciais em favor do desmantelamento do Software Público percebido como uma ameaça a sua liberdade econômica por um lado ou, em seu oposto, que sua expectativa de incremento de oportunidades de negócios, motive pressão pela ampliação do uso pela Administração das soluções de Software Público ou mesmo pela facilitação de seu acesso como fornecedor de serviços às comunidades estruturadas no SPB; (2) Oferta de Soluções, posto que no âmbito institucional o crescimento ou diminuição das ofertas de software público exigirá, em diferentes medidas, a necessidade de ampliação ou flexibilização do controle regulatório sobre o SPB; (3) Cultura Digital, na medida em que a dinâmica mais favorável no uso de soluções de software público pelos agentes públicos possa exigir menor institucionalização, ou em seu contrário, a dificuldade criada por cultura digital desfavorável ao uso de software público deva ser compensada por um incremento na normatização da operação do SPB; (3) Governança, posto que um incremento de poder de decisão de estrutura de controle do SPB possa incrementar ou diminuir a liberdade de uso das soluções de software público; (4) Infra-estrutura, posto que a suficiência ou insuficiência de meios para realizar o uso do software público em modelo de comunidades de compartilhamento, tenha o poder de prover maior ou menor efetividade ao modelo do SPB, haja vista ao fato de que em uma perspectiva técnica o sucesso do uso do SPB dependerá fortemente da disponibilidade suficiente das soluções de software público e da comunicação provida aos seus usuários; (5) Propaganda, posto que o uso de soluções de software público se estimulado em maior ou menor grau pela divulgação das soluções disponíveis e dos resultados obtidos pelos utilizadores pode incrementar ou diminuir a busca por soluções de software público e deste modo, ampliar ou diminuir a demanda pela robustez da institucionalização; (6) Investimento Público, posto que a infra-estrutura, a oferta de soluções e a disponibilidade de receitas para financiar o uso de soluções de software público, dependerá também do volume de recursos providos pela Administração, havendo imbricação entre a disponibilidade destes recursos públicos e o modo de institucionalização do SPB; (7) Ambiente Político, posto que vontade de realizar o SPB como solução para compras públicas e aproveitamento de investimentos já realizados pela Administração entre os detentores do poder público, poderá exigir maior ou menor grau de robustez na institucionalização do SPB,

considerando que quanto mais houver vontade política favorável ao incremento do uso e expansão das soluções do SPB menor seria a demanda por robustez de institucionalização.

Alem destas foram selecionadas as variáveis de tendência, que são aquelas que se pode estimar com mais acerto, com qual vetor forçam o modelo, como: (a) Oportunidades Profissionais, que terão incremento em número e qualidade quando da aceleração do modelo, assim como o (b) Aprendizado, que tenderá a crescer gerado pela implementação do SPB em diversos agentes públicos, (c) Negócios, que tenderão a crescer na medida em que se estruturar o modelo que pressupõe a prestação de serviços fora do âmbito público, (d) Demanda por Soluções, que tenderá a crescer na medida em que ampliar-se a estruturação do SPB e percepção da economia de recursos que promove, (e) a Qualidade das aplicações disponíveis no portal, que deve crescer na medida em que se der o desenvolvimento das atividades das comunidades; (f) Aspectos Regulatórios, que tendem a crescer na medida que se institucionalize o SPB, (g) Consistência do Modelo, que tenderá a crescer também por força da institucionalização na medida em que as regras eleitas para a preservação sejam eficientes. Todas estas variáveis terão tendência de queda na medida em que não houver a institucionalização do Modelo do SPB é o pressuposto.

Aplicada a matriz de dependência com os eixos "Ambiental" e "institucional" se criou quatro cenários. Avaliaremos aqui os dois quadros extremos, ou seja, onde as variáveis e incertezas tendam a ser todas positivas ou todas negativas de modo a representar o máximo teste para a sobrevivência do Modelo no caso negativo, e a sua oposta, na qual o ambiente institucional e ambiental do SPB promova facilidade para o seu funcionamento.

Assim, O cenário em que todas as variáveis institucionais sejam negativas, na qual se estima que em que a oferta de soluções seja insuficiente, a infra-estrutura disponível para a operação do SPB seja precária, a governança do modelo limitante, o investimento público menor que o ideal, a expectativa e ação da Indústria Brasileira de Software e Serviços busque a desagregação do modelo, a propaganda dos resultados obtidos seja depreciativa, o Ambiente Político seja revertido deixando de oferecer apoio ao funcionamento do SPB, e a cultura digital não ofereça práticas positivas para o uso das soluções do SPB, foi

nomeada de "onde é a saída", representando a reversão do quadro atual da formulação do SPB.

Em seu oposto, o cenário supõe que todas as variáveis institucionais sejam positivas, na qual se estima que em que a oferta de soluções seja crescente e bastante para atender a demanda, a infra-estrutura disponível para a operação do SPB seja suficiente, a governança do modelo proporcione sua operação adequada, o investimento público promova o seu ideal aparelhamento, a expectativa e ação da Indústria Brasileira de Software e Serviços busque agir pela sustentação do modelo em virtude da expectativa de crescimento de oportunidades de negócio, a propaganda dos resultados obtidos seja estimulante de mais uso, o Ambiente Político seja preservado mantendo apoio ao funcionamento do SPB, e a cultura digital desenvolva-se como práticas positivas para o uso das soluções do SPB, foi nomeada de "Tudo é Festa", representando o desdobramento positivo do quadro atual da formulação do SPB.

Daí se obteve as seguintes conclusões quanto a necessidade de institucionalização do SPB.

Em uma matriz ambiental positiva, na qual se espera que as interações entre as variáveis de tendência e incerteza estabeleçam um ambiente favorável ao desenvolvimento e a sustentabilidade do SPB, o resultado de uma institucionalização através de regramento de comportamentos dos agentes integrantes do modelo é, por suposto, menos importante para o atingimento das metas buscadas pelo SPB. Tal ambiente seria realizado na medida da preservação da vontade política favorável ao desenvolvimento e preservação do modelo e estaria presente em um futuro em que se tenha implementado as políticas eleitas pelo governo federal empossado em janeiro de 2011 que preserve o interesse ora conferido ao SPB como solução adequada para a otimização dos recursos de software e inteligência disponíveis no Estado.

Do exercício de cenário tal como realizado, restou a constatação de que no cenário mais desfavorável, a mais intensa ameaça a sobrevivência do SPB decorre precisamente da reversão da atual política pública favorável ao Modelo do SPB, e desta reversão

três tendências institucionais mais diretamente encadeadas a esta, seriam fortemente afetadas e, por conseguinte, são aquelas as que deveriam ser estimuladas pela oportunidade de institucionalização do modelo de referência para prover meios para a sua sobrevivência, a saber: o **investimento público** deverá ser espontâneo e continuado, no sentido de que os recursos orçamentários exigidos para o incremento das ações no Portal estariam preservados pela perenidade das dotações necessárias não eventuais; garantido esse indicado seria provida a **infra-estrutura** requerida para o seu pleno funcionamento, posto que a operação de comunidades de miríades de usuários, exige ambiente de processamento remoto capaz de operar adequadamente; ainda, enfraquecido pela perda de vontade política do Estado, deveria haver, também, mecanismo para substituir o estímulo oficial para que outros órgãos e autarquias do governo tornassem os programas de computador por si já desenvolvidos, disponíveis como Software Público no Portal do SPB, resultando em um aumento da **oferta de soluções** e, conseqüentemente, estimulando a formação de mais comunidades funcionais de apoio, com incremento de aprendizagem, qualidade e negócios.

Indo adiante.

No cenário essencialmente positivo, a forma dada à institucionalização do SPB se revestiria de menor importância, já que, diante da existência de variáveis de agregação dadas como presentes de per se, a efetividade do modelo não dependeria da estruturação de regras em normas ou formação de personalidade jurídica com certa qualidade para que o desenvolvimento do SPB lhe conferisse sobrevivência e efetividade. Neste cenário, que guardadas as proporções se assemelha ao cenário em que se desenvolvem as comunidades de software livre, bastaria a forma de institucionalização antes dita branda.

Pode se estimar, neste cenário, que o estabelecimento de regras de conduta para funcionários públicos e regras de tratamento dos conhecimentos realizadas através de instruções normativas e regulamentos de uso das soluções postas à disposição da comunidade, seriam suficientes para prover a organicidade favorável a sustentação do amplo uso do software público.

Aponta-se como importante a ser retido deste âmbito do ensaio, como conseqüência e informação estruturante de decisão, o fato de que em um ambiente plenamente favorável em que exista vontade política em favor do modelo, a estruturação da sua institucionalização não teria, como motivador fundamental, a produção de garantias para o financiamento das atividades realizadas no SPB admitindo, pela menor institucionalização a existência de maior liberdade.

As regras propostas em tal esfera decorreriam, então, da atenção ao resultado do mapeamento sistêmico do SPB feito, antes no intuito de sobre valorizar a operação dos indicadores que promovem influências favoráveis e agregadoras, como o modo de compartilhamento de conhecimento e as responsabilidades dos integrantes da comunidade, que das expectativas de provimento de recursos para a sua operação. O mesmo não se pode afirmar do cenário contrario. A institucionalização do modelo em cenário de negativo seria muito mais importante para garantir a sobrevivência do modelo que em seu oposto.

A despeito da obviedade da afirmação sua conseqüência não o é. Eis que do exercício de cenários sobressai a percepção que deve ser retida para a tomada de decisões no âmbito da institucionalização a ser conferida ao SPB: a expectativa de importância de um conceito que do ponto de vista do Direito é organizador da institucionalização forte, porque aponta como indicador mais sensível ao desaparecimento do cenário positivo: a garantia de fundos para prover financiamento do funcionamento do modelo. Tal é do senso comum do Direito haja vista que a institucionalização de certa estrutura ou procedimento, obedecidas as premissas do Direito para realizá-la, necessariamente exige¹⁵ (Código Civil art.54, IV) dispor os recursos para a sua manutenção, quando se trata de associação, e os recursos suficientes para realizar suas finalidades, quando fundação, como está no mesmo código, em seu art. 63.

¹⁵ Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V - o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

5 - A INSTITUCIONALIZAÇÃO COMO GARANTIA DE SOBREVIDA DO SPB

Desta constatação da importância atribuída pelo Direito à presença de fontes de financiamento para a preservação de uma institucionalização como associação ou fundação, e do mesmo modo, para suas formas qualificadas como dito acima - a Organização Social e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - decorre que deveria ser essa a pedra de toque da formulação de ambiente institucional para enfrentar as condições adversas supostas como presentes no resultado de uma matriz institucional negativa formada, então, pela configuração de cenário desfavorável para as tendências e incertezas levantadas no exercício.

Em um cenário francamente negativo, chamado no exercício como "onde é a saída" em alusão ao fato de que para configurar-se se pressupõe que todos os agentes e as tendências forçantes identificadas como relevantes contribuam para o desaparecimento do modelo de software público como modo de racionalização e melhoria dos investimentos públicos, a institucionalização pode ser representada como única ou quase única força destinada a preservar a operação do modelo em médio e longo prazo.

Tal característica da institucionalização forte decorre do fato de ser ela realizada por ato jurídico estruturante e como tal preservado pelas forças de coação legal do Estado, em última medida, pela possibilidade de recorrer-se ao judiciário para se verem cumpridas obrigações estabelecidas em sua forma.

Portanto, interessar-nos-ia em um ambiente francamente desfavorável, que a institucionalização do modelo de referência do SPB oferecesse resistência ao cenário desagregador promovido, por hipótese, se as políticas públicas do próximo governo não amparassem a sobrevida e a efetividade do SPB. Isso porque o momento de institucionalização do SPB guarda a mais rica possibilidade de se estabelecer estruturação tal que se obtenha, na forma da lei, instituição capaz de sobreviver, ainda que na qualidade de iniciativa não mais incentivada por vontade política, a eventual período crítico disposto a sua frente no tempo.

Em oposição ao cenário favorável, e atendendo as mesmas premissas acima relacionadas para efeito de comparação, a institucionalização deveria suprir o **investimento público** não espontâneo, no sentido de que os recursos orçamentários exigidos para o incremento das ações no Portal deveriam ser garantidos a despeito da ausência vontade política do governo para que, ao menos, uma mínima **infra-estrutura** fosse provida capaz de suportar o menor crescimento de programas de computador disponíveis como Software Público no Portal do SPB, fato suposto como resultado do desestímulo oficial para a liberação de programas para integrar a **oferta de soluções**, fato que resultaria, por derivação, na formação de menor número de comunidades de apoio, inferior incremento de aprendizagem, de qualidade e redução das expectativas de negócios na esfera do SPB.

Complementando a afirmação de antes, de que o momento da formação de uma estrutura institucional dada em lei reveste-se da maior oportunidade para a cristalização do modelo de modo a suportar cenários negativos, podemos dizer que tal é verdadeiro se este momento de institucionalização se der em um ambiente político favorável, ao menos no que tange se experimentar a mais ampla liberdade de escolha para o formato institucional a ser dado ao SPB, provendo-lhe, portanto, os elementos que, passando a lhe serem próprios, confirmam-lhe capacidade de operar em um cenário francamente contrário ao momento de sua institucionalização.

Trata-se de prover, pela institucionalização, não menos que o mínimo necessário para tanto, a saber: fonte de financiamento perene capaz de sobreviver, portanto, a mudança de vontade política; oferta de soluções sustentada de modo a tornar preferencialmente compulsória a transposição de aplicativos desenvolvidos por agentes públicos para uso próprio em aplicativos disponíveis como software público; e predeterminada a oferta de recursos de pessoal para a conformação de comunidades comprometidas com a circulação de conhecimentos para o provimento de facilitadores de adoção, implantação e uso de soluções configuradas como software público.

Resta-nos assim, indicar qual das formas de institucionalização antes consideradas, poderia da melhor maneira prover estas

aptidões ao modelo do SPB.

A associação, provida de personalidade jurídica e, portanto, forma forte de institucionalização consoante o conceito apresentado neste, provê normas individuais de conduta para seus associados, mas somente aplicáveis a estes.

Em primeiro lugar a considerar sobre a institucionalização do SPB como forma de enfrentar o cenário desfavorável acima apontado, por conta da característica de poder exigir comportamentos com a forma de lei somente de seus associados, deve se destacar que somente entes dotados de personalidade jurídica autônoma podem ingressar no quadro social de uma associação. Assim, deve se considerar a impossibilidade da presença nesta entidade dos órgãos do governo, tal como a própria SLTI, por falta de capacidade jurídica de realizar contratação como entidade autônoma, vez que, quando contratam os órgãos da administração direta, o fazem como se fossem a própria União, que é a personalidade jurídica de Direito Público interno que as congrega, isso sem prejuízo da possibilidade de serem convidados órgãos e autarquias e empresas públicas para a comporem conselho de administração ou órgão dotado de poder consultivo na qualidade de membros natos, assim previstos no Estatuto Social. A União, por sua vez, tem vedação legal para a participação de associações de caráter interno. Seriam capazes, por conseguinte, de integrar quadro social de associação tão somente as autarquias, as empresas públicas e as outras entidades da administração indireta, todavia, no mais das vezes, os instrumentos de constituição destas entidades vetam expressamente a sua participação em qualquer instituição, ou, quando não, para tanto, exigem autorização em comando normativo próprio.

Limitada a ser composta por associados da qualidade de pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado, restaria a esta associação, por contar somente com recursos provenientes destes como mensalidades de associado para fazer frente as necessidades de financiamento quando do enfrentamento de um ambiente de vontade política adversa.

As regras que poderiam ser estabelecidas para serem observadas

pelos seus associados, que poderiam ser todos os usuários de soluções de software público que tenham capacidade jurídica para tanto, seriam capazes de regular a produção e transmissão de conhecimentos em um ambiente normativo dado por regimentos internos de procedimentos favoráveis ao desenvolvimento dos indicadores mais sensíveis, como mapeados pelo projeto do Modelo de Referência. Entretanto, esta solução poderia representar também um obstáculo na medida em que órgãos que não poderiam se associar à entidade por carência de personalidade jurídica, estariam desobrigados de segui-las, ou quando sim, segui-las como protocolo de intenções de poder vinculante limitado.

Para a forma de institucionalização forte, a fundação se apresenta, no tocante a garantia de financiamento de médio prazo, como dotada de mais consistência para prover solução na medida em que, para que seja considerada como opção efetiva, deverá ser contornado antes o limite de se exigir em lei que anteceda a sua instituição, a disponibilidade de bens e direitos suficientes para o financiamento da concretização de suas finalidades institucionais.

Desprovida de quadro social e legalmente compreendida como "universitas bonorum", poderiam os estatutos de uma fundação atribuir-lhe o papel de prover recursos de informática para a hospedagem do ambiente virtual do SPB, por exemplo, e nesta qualidade exigir de quem deles queiram fazer uso, comportamentos e compromissos aderentes à promoção da efetividade dos indicadores mais sensíveis mapeados pelo Modelo de Referência. Instituída necessariamente por lei¹⁶ - o que exige para a efetivação desta opção forte vontade política - e na medida em que lhe sejam dotados bens e recursos de origem pública, esta característica de somente ser considerada completa do ponto de vista da lei civil se capaz de autonomia financeira em relação aos seus objetivos, constitui-se também no maior obstáculo a implementação de fundação, posto que não seria pequeno o valor da dotação inicial requerido para tanto, isto é, bastante para realizar a promoção, o controle e a melhoria da produção e do uso do software público no Brasil, a não ser que mecanismo

¹⁶ Constituição Federal, art. 37, XIX: "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação."

provido quanto aos recursos, também em lei, lhe destinasse montantes suficientes para as atividades de cada ano, que poderiam provir de fundos setoriais vinculados à consecução de políticas públicas na área de tecnologia da informação.

As formas brandas de institucionalização realizadas unicamente através de decretos, regulamentos e, por hipótese, lei que crie uma Política Nacional de Recursos de Informática aderente ao software público, têm como característica mais notável frente a um cenário fortemente desfavorável, o fato de que a institucionalização branda é realizada por iniciativa do Executivo em lei ou regulamento como principal sede da vontade política que engendra a oportunidade desta mesma institucionalização e, em um cenário oposto ao desejado, permanece no Executivo Federal, como no cenário ensaiado, a capacidade de revogar ou modificar aquela legislação que serviu a institucionalização da Política Pública em favor do Software Livre. O que nos leva a concluir por ora, que a institucionalização branda antes sugerida, a despeito do seu grande alcance - já que poderia exigir comportamentos de quaisquer órgãos da Administração em qualquer nível de organização, bem como de pessoas e empresas, dispondo inclusive sobre a forma de fruição do uso dos programas e a própria formalidade para a qualificação de programa de computador como software público - tampouco seja capaz de prover garantia legal suficiente de sobrevida ao SPB organizado como conjunto de comandos públicos a seus integrantes; contrariamente, a subsunção do SPB apenas às regras de conduta sem institucionalização forte representa, talvez, o menor obstáculo para o encerramento do modelo do SPB como política pública, posto que, a institucionalização branda criada por legislação regulamentar pode ser significativamente desorganizada, ou mesmo terminada, pela revogação de seus comandos normativos em nova legislação regulamentar, contrária a primeira, e aderente, então, a uma vontade política orientada de modo contrário ao atualmente presente na Administração.

Ao se observar o que se trouxe com as qualificações de OSCIP e Organização Social para o fortalecimento destas pessoas jurídicas para encarregarem-se de atividades tipicamente de responsabilidade do Estado, podemos indicar aquelas que suprem, em parte, as insuficiências apresentadas antes quanto as

associações e fundações de direito privado.

As OSCIP dependem, para serem providas de fundos públicos, da vigência de Termos de Parceria, como estão definidos os contratos que permitem ao Estado, no âmbito do Ministério encarregado da área de atuação da modalidade de OSCIP eleita, fornecer-lhes por períodos de tempo limitados ao máximo de quatro anos antes de renovação, a transferência de dotação orçamentária. Desconsiderado para fins de argumentação os limites dispostos na própria lei¹⁷ que cria a qualificação, em especial quanto ao fato que a qualificação de entidade que envolvesse o SPB deva ser qualificada, em atenção a sua finalidade estatutária legalmente exigida, de prover desenvolvimento econômico e novas formas de produção, comércio e crédito com acima exposto, a opção representada pelas OSCIP deve ser compreendida como menos eficiente para prover a institucionalização do SPB, posto que os Termos de Parceria - se tomados como fonte principal de recursos - são menos consistentes quanto ao âmbito das tarefas e mais efêmeros quanto ao âmbito de sua vigência que os Contratos de Gestão previstos para a transferência de responsabilidades administrativas para as instituições qualificadas como Organizações Sociais. Entre outros fatores determinantes, indica-se o fato de que a dotação orçamentária para termo de parceria não ser proposta, nem estar imbricada, ao ato de qualificação de instituição como OSCIP, ao passo que a qualificação de uma Instituição Social tem a sua própria existência, conforme dá a lei, como que condicionada à dotação orçamentária prévia e a produção de um contrato de gestão¹⁸ que lhe garanta a transferência de fundos.

Uma Organização Social, neste prisma, ofereceria ao SPB, seja ela constituída como associação, seja como fundação, a necessária suficiência de fundos através do contrato de gestão concatenada ao ato de sua institucionalização, segundo é a orientação do próprio Ministério do Planejamento¹⁹.

¹⁷ Lei nº. 9.790 de 23 de março de 1999.

¹⁸ Lei 9637/98 - Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

¹⁹ Ver http://pgpe.planejamento.gov.br/Docs/OS_Roteiro1.htm

Quanto a sua sobrevivência, uma vez organizada, veja-se que a perda ou preservação da qualificação como O.S. por uma entidade dependerá antes da sua capacidade de cumprir os termos do contrato de gestão, posto que na lei de que dela se trata, está disposto que, (art. 16) *"O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão."* Prevendo ainda, no mesmo sentido no parágrafo primeiro deste artigo que *"A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão."* O que deve ser aqui entendido como indicação de que alguma perenidade foi atribuída à existência das O.S. e seria, para opor-se as forças de um cenário negativo, e esta é mais adequada para abrigar a organização de uma entidade que abrigue a institucionalização forte do SPB.

Destas considerações emerge a constatação que para um ambiente de vontade política totalmente adversa à continuidade do SPB, a sua sobrevivência estaria melhor assegurada se sua institucionalização fosse provida por duas iniciativas simultâneas e integradas: a primeira contendo a instituição de personalidade jurídica composta como Organização Social, onde melhor se apresenta a fundação que a associação civil²⁰; a segunda iniciativa seria realizada por série de normas regulamentares no nível da SLTI ou mesmo do Ministério do Planejamento, que configurassem responsabilidades de órgãos e autarquias e pessoas jurídicas de direito público interno, tanto como usuários, como na qualidade de instituições concedentes de aplicativos integrados ao âmbito do SPB como software públicos.

Da combinação de procedimentos de institucionalização branda e forte resultaria, primeiro, as normas que protegeriam os valores e preceitos que sejam identificados como sensíveis e fundamentais para a operação adequada do Modelo de Referência

²⁰ A necessidade de dotação de bens ou fundos suficientes para realizar a sua instituição, neste passo, pode ser vista como uma vantagem para enfrentar o cenário negativo, a despeito de representar um grande desafio à vontade política atual, obter e dispor deste patrimônio para a sua criação.

como sede do aproveitamento continuado dos recursos invertidos pelas entidades públicas e até mesmo empresas e particulares, que desenvolveram aplicativos que tenham aproveitamento como medida de racionalização de investimentos públicos na área de construção e uso de aplicativos de interesse público, ultrapassando a limitação da capacidade de o estatuto de uma pessoa jurídica sem finalidade lucrativa exigir comportamentos e fixar obrigações somente para seus membros. Ademais, com a instituição de uma organização social²¹, resultaria, por força de um contrato de gestão proposto, encarrega-la de prover fundos para a operação do modelo a despeito da variação negativa da vontade política que venha a instituí-la.

6. CONCLUSÕES.

Da organização conceitual do Direito Civil brasileiro, decorre que existem para a institucionalização do SPB - entendida como a formulação de regras que confirmam ao Modelo de Referência existência na esfera legal - como personalidades jurídicas dotadas de capacidade de contratar fora do intuito da obtenção de lucro, as associações civis e as fundações de direito público e privado, sendo que as primeiras oferecem como limite o fato de serem capazes de propor regras de conduta e obrigações que atingem tão somente seus associados, estes que por sua vez, não poderão ser entidades não dotadas de personalidade jurídica autônoma e, que quanto a capacidade de mobilizar fundos para sua sobrevivência mínima, somente podem ser amparadas pelas contribuições de seus associados e de dotações em legado e doações que recebam, enquanto que as fundações, que não congregam pessoas nem físicas nem jurídicas a não ser na qualidade de curadores do patrimônio que lhes dá forma, dependem para sua instituição da dotação de bens e fundos suficientes para a consecução de suas finalidades estatutárias, sendo esta dificuldade de dispor-se de suficientes recursos na forma da lei o primeiro e mais notável obstáculo para servirem ao propósito do SPB.

Das leis criadas no final da década de noventa, emergem as qualificações especiais que podem ser reconhecidas por

²¹ A opção pela institucionalização forte dar-se por organização social, a despeito da maior eficiência quanto a perenidade das fundações, atende a consideração sobre a dificuldade de obter-se o patrimônio exigido para a formação das fundações

declaração pela Administração Federal às pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa que sejam instituídas obedecendo certas características dispostas em seus estatutos sociais respectivos, para que se encarreguem de atividade originalmente própria do Estado, em especial na área de tecnologia, amparada pela figura de qualificação de Organização Social, ou na área de desenvolvimento econômico, amparada pela qualificação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ambas, mas de modo próprio a cada uma, autorizadas por lei a contratar com o Estado obrigações para desenvolverem atividades que sejam de interesse público, supridas nestas tarefas por dotação orçamentária, esta que melhor e mais perenemente se atribui às Organizações Sociais que as OSCIP.

A Organização Social é, neste prisma, a entidade de institucionalização forte que congrega suficientes características para sobre atravessar período em que o ambiente institucional seja francamente desfavorável, como o identificado em um exercício limitado de cenários de futuro proposto com o exclusivo intuito de identificar às características mais desafiantes que possam ser resultado de uma alteração do ambiente institucional, por isso, mormente entendida a reversão da política pública favorável ao SPB ora presente e que resultou identificar o financiamento das atividades do SPB como a mais sensível das características que podem ser motivo de desagregação do modelo de referência em caminho de ser cabalmente proposto e que pode ser contraposta pela institucionalização forte que contenha, no ato da sua criação, provisão de recursos para um período de 48 meses.

Como modelo de organização capaz de sobrepujar ao menos temporariamente o cenário francamente adverso como antes descrito, uma fundação pública preferencialmente ou uma associação dotada de qualificação de Organização Social e de recursos suficientes para realizar ao menos a administração da infra-estrutura tecnológica para a operação do SPB e garantida, em contrato de gestão, como receptora de recursos regulares provenientes, na falta de melhor origem, de fundo público da área de tecnologia da informação, poderia sustentar a operação do Modelo de Referência do SPB por certo período de tempo em que a vontade política de governo fosse oposta ao uso de soluções de software público pela Administração. Ainda assim, a efetividade

desta forma de institucionalização deveria ser amparada, adicionalmente, por leis regulamentares, como instruções normativas destinadas a proteger os indicadores mapeados pelo Modelo de Referência do SPB como mais sensíveis e de presença compreendida como necessária, haja vista o limite desta organização social ter o poder de exigir obrigações apenas para os usuários de seus recursos, ou se constituída como associação, seu poder de propor regras exigíveis apenas de seus associados. Não se pode deixar de sugerir como alternativa para dispor sobre a exigência dos comportamentos requeridos para a melhor operação do Software Público nas comunidades, que seja redigida uma licença de uso de software público que ultrapasse as regras da GLP ora adotada para enumerar como deveres de usuário aqueles comportamentos que sejam favoráveis ao ecossistema.

A possibilidade da redação de um parecer complementar a este que dê forma ou exemplifique as modalidades de disposição estatutária desta fundação ou associação qualificada como O.S. e que aponte os contornos mínimos da legislação regulamentar que lhe apóie a obtenção de seus fins, até mesmo de uma licença de uso complementar a GLP será melhor executado quando precisadas as características dos indicadores identificados pelo mapeamento sistêmico em curso no Projeto do Modelo de Referência do SPB. É o que por ora nos parece.

Campinas, 30 de julho de 2009

Giancarlo Reuss
Reuss Sociedade de Advogados