

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM CONTROLE EXTERNO E
GOVERNANÇA PÚBLICA**

LARA CRISTINA DOS SANTOS

**O CONTROLE EXTERNO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ABORDAGEM
JURISPRUDENCIAL SOBRE AS IMPLICAÇÕES NA FORMA DE RECEBIMENTO
E JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS PELOS TRIBUNAIS DE
CONTAS**

**GOIÂNIA
MARÇO 2017**

LARA CRISTINA DOS SANTOS

**O CONTROLE EXTERNO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ABORDAGEM
JURISPRUDENCIAL SOBRE AS IMPLICAÇÕES NA FORMA DE RECEBIMENTO
E JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS PELOS TRIBUNAIS DE
CONTAS**

Artigo apresentado como requisito à obtenção de título de especialização no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Controle Externo e Governança Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Mestre Ana Cristina Melo de Pontes Botelho.

**GOIÂNIA
MARÇO 2017**

LARA CRISTINA DOS SANTOS

**O CONTROLE EXTERNO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ABORDAGEM
JURISPRUDENCIAL SOBRE AS IMPLICAÇÕES NA FORMA DE RECEBIMENTO
E JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS PELOS TRIBUNAIS DE
CONTAS**

Artigo apresentado como requisito à obtenção de título de especialização no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Controle Externo e Governança Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Mestre Ana Cristina Melo de Pontes Botelho.

Data da Defesa: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Mestre Ana Cristina Melo de Pontes Botelho - Nota:

Examinador Convidado: Prof. Titulação e Nome Completo - Nota:

O CONTROLE EXTERNO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL SOBRE AS IMPLICAÇÕES NA FORMA DE RECEBIMENTO E JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

THE EXTERNAL CONTROL OF SOCIAL ORGANIZATIONS: A JURISPRUDENTIAL APPROACH ON THE IMPLICATIONS IN THE FORM OF RECEIPT AND JUDGMENT OF THE ACCOUNTABILITY BY THE COURTS OF ACCOUNTS

Lara Cristina dos Santos

Sumário: Introdução. 1. A Reforma do Aparelhamento do Estado Brasileiro na década de 1990. 1.1. As redefinições do papel do Estado. 1.2. A Crise do Estado e a Reforma do Aparelho Estatal. 1.3. O Terceiro Setor. 2. As Organizações Sociais. 2.1. A visão do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo de Organizações Sociais 3. A competência constitucional dos Tribunais de Contas para fiscalizar as Organizações Sociais. 3.1. As diferentes formas de atuação dos Tribunais de Contas em relação as prestações de contas das Organizações Sociais. Conclusão. Referências.

Resumo: No Brasil, a ideia de celebração de parcerias do Estado com o Terceiro Setor foi intensificada pela Reforma Administrativa da década de noventa. Esse projeto consubstanciou-se na Lei Federal n. 9.637/98, que deu início ao denominado Programa Nacional de Publicização, no qual o Poder Executivo qualifica como Organizações Sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal. Após tecidas breves considerações sobre a relação entre Estado e sociedade civil, aborda-se o tema do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. Examina-se legislação, doutrina e jurisprudência de algumas Cortes de Contas do Brasil a respeito da forma de apreciação e julgamento das contas prestadas pelas Organizações Sociais. Ademais, propõe-se a submissão das prestações de contas anuais dessas instituições ao julgamento do Tribunal de Contas de forma direta, por se revelar mais eficiente para controlar a aplicação dos recursos públicos, juntamente com o uso simultâneo de outros mecanismos de fiscalização que permitam o acompanhamento *pari passu* da execução das atividades sociais não exclusivas do Estado, com o fito de reprimir os ilícitos administrativos, impedir danos e crimes financeiros contra o governo, provocados pela atuação de instituições oportunistas e ímprobos.

Palavras-chave: Reforma Administrativa. Terceiro Setor. Organizações sociais. Controle Externo. Prestação de Contas. Tribunais de Contas.

Abstract: In Brazil, the idea of celebrating state partnerships with the third sector was intensified by the Administrative Reform of the nineties. This project was embodied in Federal Law n. 9.637 / 98, which initiated named by National Publication Program, in which the executive branch qualifies as social organizations non-profit private law entities whose activities are directed to teaching, scientific research, technological development, protection and preservation of the environmental, culture and health, based on the assumption that these services will be more efficiently performed if, while maintaining state funding, they are carried out by the non-state public sector. After brief considerations on the relationship between the State and civil society, the topic of external control exercised by the Audit Courts is addressed. It examines the legislation, doctrine and jurisprudence of some Courts of Accounts of Brazil regarding the way of appreciation and judgment of the accounts provided by social organizations. In addition, it is proposed to submit the annual accounts of these institutions to the Court of Auditors' judgment directly, as it proves to be more efficient in controlling the application of public resources, together with the simultaneous use of other supervisory mechanisms that allow the accompanied by the execution of the non-exclusive social activities of the State, with the purpose of repressing administrative offenses, preventing damages and financial crimes against the government, provoked by the actions of opportunistic and dishonest institutions.

Keywords: Administrative Reform. Third sector. Social organizations. External Control. Accountability. Courts of Accounts.

INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido, no campo jurídico e político, sobre a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, tais como saúde e educação, por entidades de direito privado, sem fins lucrativos. Notícias midiáticas dão conta que ainda há muita polêmica e resistência a respeito desse modelo de gestão, vez que não raramente essas instituições aparecem envolvidas em escândalos de corrupção, merecendo, portanto, atenção dos órgãos de fiscalização e da própria sociedade para que os recursos públicos sejam empregados efetivamente no atendimento dos direitos dos cidadãos.

O debate gira em torno dos princípios, regras, procedimentos e controles a que devam sujeitar-se as Organizações Sociais, haja vista que a noção do que seja público ou privado também passa a ser discutida.

O presente artigo tem por objeto o controle externo dos Tribunais de Contas sobre as Organizações Sociais. A problematização diz respeito à forma de recebimento e julgamento pelas Cortes de Controle Externo das contas prestadas por tais entidades. As Organizações Sociais devem prestar contas diretamente aos Tribunais de Contas? Qual a extensão dessa competência fiscalizadora das Cortes de Contas sobre as Organizações Sociais?

Cumprе salientar, que o objetivo é verificar a extensão da competência da fiscalização dos Tribunais de Contas e discutir a metodologia adotada por esses órgãos em relação à prestação de contas dos recursos públicos repassados às Organizações Sociais, com vistas a fomentar o debate e refletir sobre o controle que vem sendo realizado.

Para análise desse tema, utiliza-se do método de pesquisa documental, por meio da análise de normas, estudo de obras doutrinárias, manifestações e decisões de algumas Cortes de Contas do Brasil.

Assim, após sucinta digressão introdutória sobre as redefinições do papel do Estado e sua relação com a sociedade, resgata-se o contexto da Reforma do Aparelho Estatal e estuda-se o Terceiro Setor, identificando os seus diversos conceitos e as suas características gerais. Segue-se tratando do processo de Publicização e sobre as Organizações Sociais, para depois abordar a visão do Supremo Federal sobre a Lei n. 9.637/98, em julgamento ocorrido em abril de 2015. Por fim, analisa-se o papel do Tribunal de Contas na fiscalização das Organizações Sociais, discorrendo acerca do alcance da competência fiscalizadora e mostrando as diferentes posições das Cortes de Contas sobre as prestações de contas dos recursos públicos repassados a essas entidades.

1 A Reforma do Aparelhamento do Estado Brasileiro na década de 1990

1.1 As redefinições do papel do Estado

Antes de tratar da transferência da execução de atividades de interesse público para a iniciativa privada e se imiscuir no controle externo das Organizações Sociais, mostra-se interessante tecer algumas considerações a respeito das mudanças históricas do papel do Estado para sociedade.

Fruto da ascensão da classe burguesa e de uma consciência liberal amadurecida no século XVIII, o Estado Liberal de Direito surgiu em oposição ao modelo de Estado Absolutista existente à época, no qual o poder soberano era ilimitado. A teoria liberal preocupou-se com a resistência e limitação ao poder estatal na busca da garantia à proteção da liberdade e igualdade do indivíduo, período que marca o nascimento da primeira geração¹ de direitos fundamentais.

Em meados do século XIX, problemas advindos da Revolução Industrial evidenciaram a insuficiência do ideal absenteísta, individualista e neutro do Estado Liberal de Direito. O abuso praticado pelos monopólios empresariais acentuou, cada vez mais, o desequilíbrio social. Indiferente às condições de miséria de uma maioria alijada, o Estado limitou-se a policiar a ordem pública. Para Maluf, “o liberalismo que se apresentara perfeito na teoria bem cedo se revelou irrealizável por inadequado à solução dos problemas reais da sociedade. Converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados”².

As transformações operadas pelas revoluções industriais, como o novo modelo de produção fabril, e pela emergência de uma nova categoria social, o proletariado, bem como o descaso com os problemas sociais culminaram numa redefinição do papel do Estado, levando-o a assumir o dever de intervir na economia e na sociedade civil, tutelando a sociedade, e na orientação das ações estatais com o fito de alcançar a justiça social, de forma que o Estado já não poderia justificar-se como liberal.

Ademais, as grandes guerras do século XX também demandaram do Estado a missão de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, mudando o foco

¹ A respeito da distinção dos direitos fundamentais entre gerações é interessante notar que a doutrina utiliza um critério didático a fim de facilitar o entendimento dessa evolução. Nesse sentido: “Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo Saraiva. 9. ed. 2014. p. 53.

² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 137.

para o bem comum, em substituição ao individualismo que dominava, sob todos os aspectos, no período liberal.

O modelo de Estado Social de Direito nasce nesse contexto de necessidade da consecução do bem-estar social geral, no qual a tutela das prestações públicas positivas, antes existentes de forma mínima, passa a pautar a atividade estatal. Essa adjetivação “social”, portanto, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”³.

De fato, essa passagem do Estado Mínimo para o Estado Intervencionista inverteu a tradicional relação entre Estado e indivíduo, ocasião em que os direitos fundamentais de segunda geração que englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, vieram para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração.

Com o crescimento dos direitos sociais e econômicos, o Estado ampliou o seu rol de atribuições, passando a intervir em todos os setores da vida social e “se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor”⁴. Tal fato além de causar desequilíbrio no princípio da Separação dos Poderes, uma vez que essas atribuições concentraram-se somente no Poder Executivo, colaborou para o desenvolvimento de uma forma burocrática de organização⁵.

Conforme Cassagne *apud* Di Pietro, apesar das diferenças nos processos intervencionistas adotados em cada país, o estatismo demonstrou ter em comum os seguintes pontos:

- a. a supradimensão das estruturas administrativas e o conseqüente aumento da burocracia;
- b. as abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais;
- c. a configuração de monopólios legais a favor do Estado; e
- d. a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais.⁶

Observa-se que o Estado passou a atuar tanto na esfera pública, provendo bens e serviços, quanto na área que, *a priori*, seria de competência da iniciativa privada. No Brasil, foi possível observar essa redefinição no papel do Estado especialmente na Constituição de

³ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. p. 15/34, jul./set. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acesso em 10/12/2016.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁶ *Ibid.*, p.12. *apud* CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 140-141.

1934, na qual “pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes”⁷.

Ocorre que esse crescimento desmesurado do Estado revelou, novamente, uma ausência de limitação do poder estatal, uma vez que a proteção às liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral, base do pensamento liberalista, ficou em segundo plano⁸.

Dessa forma, diante da incapacidade do Estado Social de Direito de assegurar a justiça social e a participação do povo no processo político, acrescentou-se a ideia de Estado Democrático, que se fundamenta no princípio da soberania popular. Sob essa nova concepção, o Estado, sem deixar de ser de social, considera a participação do cidadão nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública, por exemplo. Sendo que a sua “tarefa fundamental consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁹.

A Constituição Federal de 1988 adotou o modelo de Estado Democrático de Direito já a partir do seu preâmbulo. José Afonso da Silva, sem entrar em pormenores, indica os princípios que marcam esse modelo estatal:

- a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;
- b) princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);
- c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos II, VII e VIII);
- d) princípio da justiça social, referido no art. 176, caput, no art. 198, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não promete a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas abre-se ela, também, para a realização da democracia social e cultural, embora não avance significativamente rumo à democracia econômica;
- e) princípio da igualdade (art. 5º, caput e inciso I);
- f) princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da Independência do juiz (art. 100);
- g) princípio da legalidade (art. 5º, II);
- h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).¹⁰

⁷ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 8ªed. Brasília: OAB editora, 2006, p. 325.

⁸ Ibid., p. 14.

⁹ SILVA, op. cit., p. 24.

¹⁰ Ibid., p. 23-24.

Com a ampliação do leque dos direitos sociais pelo texto da Carta de 1988, o Estado imprimiu a tais direitos uma substancialidade sem precedentes na história constitucional brasileira, o que revelou a incapacidade estatal para administrar o imenso peso das demandas que lhe foram dirigidas. As relações entre a Administração e os cidadãos intensificaram-se e passaram a ser muito mais complexas: a sociedade deseja educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, subvenção, financiamento, proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e artístico nacional e aos mais variados tipos de interesses difusos e coletivos.

1.2 A Crise do Estado e a Reforma do Aparelho Estatal

A crise econômica que se delineou em todo o mundo a partir dos anos 70 e se agravou na década de 80, assim como o processo de globalização em curso, que apontava para a abertura dos mercados, propulsionaram o movimento de reforma do Estado na década de 90.

Os acontecimentos situados não só no campo econômico, mas também no político e ideológico revelaram as insuficiências do Estado Social de Direito, obrigando-o a alguma forma de reorganização, a esse respeito:

Os organismos internacionais de financiamento, sem maior questionamento das economias centrais – que começaram a duvidar da conveniência da propagação de um Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), tendo em vista a crescente influência do discurso neoliberal – pressionaram Estados latino-americanos em desenvolvimento a incorporarem em seus ordenamentos diversas alterações ditas “modernizadoras”. As medidas tinham por foco, conforme dito, a globalização.

A pressão desregulamentadora da globalização apontava para a abertura dos mercados, sendo parte integrante deste movimento a propagação da necessidade de ajuste fiscal, diante da tentativa de fixação de limites de endividamento dos Estados, e a criação de agências que garantissem concorrência nas atividades repassadas por delegação à iniciativa privada.¹¹

O Brasil não saiu imune às crises que afetaram o cenário mundial nas décadas finais do século passado, passando por um período de estagnação de renda per capita e alta inflação. Segundo afirma Bresser Pereira, a crise do Estado se deu sob três aspectos - crise fiscal ou financeira, crise política e crise da forma burocrática de administração¹². – e atenta para as peculiaridades do contexto do Estado brasileiro:

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-4.

¹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 49, n. 1, jan./mar. 1998. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/>> Acesso em: 17 nov. 2016.

A crise política teve três momentos: primeiro, a crise do regime militar, entre 1977 e 1985 — uma crise de legitimidade; segundo, a tentativa populista (1985-1986) de voltar aos anos 50 — uma crise de adaptação ao regime democrático; e finalmente, a crise que levou ao impeachment de Fernando Collor de Mello — uma crise moral. A crise fiscal ou financeira caracterizou-se pela perda do crédito público e por poupança pública negativa. A crise do modo de intervenção, acelerada pelo processo de globalização da economia mundial, caracterizou-se pelo esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações, que foi bem-sucedido em promover a industrialização nos anos de 30 a 50, mas que deixou de sê-lo a partir dos anos 60; transpareceu na falta de competitividade de uma parte ponderável das empresas brasileiras; expressou-se no fracasso de se criar no Brasil um Estado do Bem-Estar que se aproximasse dos moldes social-democratas europeus. Por fim, a crise da forma burocrática de administrar um Estado emergiu com toda a força depois da Constituição de 1988, antes mesmo que a própria administração pública burocrática pudesse ser plenamente instaurada no País.¹³

Diante do cenário apresentado e após a constatação de que o poder público não tinha condições de cumprir a contento as competências que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo na área social, inicia-se, na década de 90, o movimento de Reforma do Estado¹⁴, com a criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) e aprovado em 21 de setembro de 1995 pela Câmara de Reforma do Estado, composta pelos ministros da Casa Civil, de Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento e do Estado-Maior das Forças Armadas.

O Plano Diretor de 1995 considerou essencial promover as seguintes mudanças na redefinição da estrutura estatal:

(1) o ajustamento fiscal duradouro; (2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem condições para o enfrentamento da competição internacional; (3) a reforma da previdência social; (4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua “governança”, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas de maneira conjugada com a sociedade.¹⁵

Mencionado documento esclarece que o foco da reforma é tornar a Administração Pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania (Reforma do Aparelhamento do

¹³ Ibid, p. 8.

¹⁴ “A expressão Reforma do Estado designa a tendência, hoje praticamente universal, de reformar o aparelhamento do Estado, em especial, o aparelhamento administrativo, representado pela Administração Pública em sentido amplo, abrangendo todos os órgãos, dos três Poderes, que exercem função administrativa, bem como as entidades da Administração indireta.” DI PIETRO, op. cit., p. 33.

¹⁵ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: MARE, 1997. p. 8-9. (Cadernos MARE da reforma do Estado; v. 2).

Estado), sendo um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira (Reforma do Estado).¹⁶ Ademais, considera que no Aparelho do Estado é possível distinguir quatro setores:

NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.¹⁷

Portanto, no que diz respeito a Administração Pública, a ideia foi transformá-la de “burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”¹⁸, enfrentando o problema de governança causado pelo engessamento do aparelho estatal.

¹⁶ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995. p. 12.

¹⁷ Ibid., p. 41-42.

¹⁸ Ibid., p. 42.

O modelo burocrático de administração tratado nesse contexto é o desenvolvido por Max Weber que enxergava a burocracia como “reação à imposição pessoal, ao nepotismo, à crueldade, às vicissitudes emocionais e ao julgamento subjetivo que, no começo da Revolução Industrial, passavam por práticas administrativas.”¹⁹

Para Bresser Pereira o modelo burocrático tradicional,

que a Constituição de 1988 e todo o sistema do Direito Administrativo brasileiro privilegiam, está baseado no formalismo, no excesso de normas e na rigidez de procedimentos. A pretexto de garantir a impessoalidade, dificulta-se a transparência administrativa, inibindo-se deste modo o controle social. A excessiva regulamentação é expressão da ênfase nas normas e processos, e ocorre em detrimento dos resultados.²⁰

Em meados do século XX, o termo burocrático passou a ter uma conotação negativa em razão de suas limitações, sendo associado à ineficácia, excesso de papéis e engessamento da máquina administrativa. Em razão da burocracia não atender os anseios da sociedade, o modelo gerencial emerge com o fito de “preencher um vácuo teórico e prático, captando as principais tendências presentes na opinião pública, como o controle dos gastos públicos e a demanda por melhor qualidade dos serviços públicos.”²¹

A administração pública gerencial é orientada pela necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário. Nesse sentido Bresser Pereira demonstra as diferenças entre os dois modelos:

Mais amplamente, a administração pública gerencial está baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, enquanto que a administração pública burocrática tem um vazo centralizador e autoritário. Afinal o liberalismo do século XIX, no qual se moldou a forma burocrática de administração pública, era um regime político de transição do autoritarismo para a democracia. Enquanto a administração pública burocrática acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, a administração pública gerencial pensa na sociedade como um campo de conflito, cooperação e incerteza, na qual cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas de definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes de forma a garantir que o interesse coletivo na produção de bens públicos ou “quasi-públicos” pelo Estado seja razoavelmente atendido.²²

¹⁹ CURY, Antônio. **Organização e métodos: uma visão holística**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107.

²⁰ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995. p. 26.

²¹ ABRÚCIO, Luíz Fernando. **O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 1997. (Cadernos ENAP, 10). p. 7.

²² BRESSER-PEREIRA, op. cit., p. 10.

Segundo Di Pietro²³ a “diferença fundamental está na flexibilização de procedimentos e na alteração quanto à forma de controle, que deixa de ser **formal** e passa a ser de **resultados**” (grifos no original).

Para implantar a forma gerencial de gestão, o Plano Diretor traçou os seguintes objetivos globais:

- Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.
- Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.
- Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.
- Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.²⁴

Na fixação de tais objetivos, verifica-se a relevância que se atribui aos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos:

...nota-se a preocupação com a eficiência e com a aplicação do princípio da subsidiariedade, no sentido vertical (atuação da União em caráter subsidiário à dos Estados e dos Municípios) e no sentido horizontal (atuação do poder público em caráter subsidiário em relação à iniciativa privada e à atuação das entidades ditas públicas não estatais).²⁵

Uma vez que as modificações sugeridas no Plano Diretor de 1995 foram pautadas na eficiência, uma das principais medidas no processo de reforma foi introduzi-la, por meio da Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998, ao rol de princípios explícitos enumerados no artigo 37, *caput*. Esse princípio pode ser entendido como:

a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.²⁶

O dever de eficiência do setor público, consagrado no texto constitucional, passa a ser também um direito de cidadania:

E, não bastante, o legislador constitucional a ele retomou, no mesmo dispositivo, para sublinhar, inequivocamente, a importância que lhe conferiu,

²³ DI PIETRO, op. cit., p. 34.

²⁴ Ibid., p. 45.

²⁵ Ibid., p. 36.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.182.

determinando que o legislador ordinário regulasse a disciplina das reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, ao acesso a registros e informações sobre atos de governo e à representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (art. 37, § 3.º) – prescrições que resguardam a eficiência administrativa.²⁷

Como visto, para alcançar essa eficiência na Administração Pública, o Plano Diretor definiu estratégias para cada setor do Estado, trazendo além da ideia central de desburocratização, ideias de privatização, fomento e parceria com o setor privado.

Essa ideia de parceria entre público e privado deriva do princípio da subsidiariedade²⁸ segundo o qual o Estado “deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos e, de outro lado, deve fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada”²⁹.

Mencionado princípio é substrato do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, compete a este promover, estimular e criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro de uma sociedade pluralista, possibilitando a participação dos vários setores dessa sociedade no processo político e no controle das atividades governamentais.

Uma das consequências da subsidiariedade numa sociedade pluralista é que:

(...) não se fala mais em interesse público de que é titular exclusivo o Estado, mas de vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. A proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa do Estado, que não mais tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, há uma necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento, significando, como uma das aplicações do princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários grupos de interesses, representados por entidades particulares, partam à busca de seus próprios objetivos.³⁰

²⁷ Ibid., p 182 183.

²⁸ Sobre esse princípio, Tarso Cabral Violin expõe que: “José Alfredo de Oliveira Baracho ao analisar algumas significações e aplicações dos termos “subsidiário”, “subsidiariamente” e “subsidiariedade”, diz que esses provêm do termo latino *subsidium*, derivado de *subsidiarius*, e que há duas formas de compreensão, uma seria no sentido de “secundária”, e a outra, de “supletividade”, sendo que esta absorve dois significados: complementariedade e complementariedade (este último utilizado pelo Direito). O autor alerta que “o princípio da subsidiariedade vincula-se diretamente à organização da sociedade”, pode ser aplicável nas relações entre órgãos centrais e locais, ocorrendo uma descentralização, e que aceitar o princípio é admitir que as autoridades locais dispõem de certos poderes, sem propor a retirada de todos os poderes da autoridade central. Conclui que o princípio propõe que “todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado devem ser transferidas às coletividades”, ampliando a liberdade e os poderes das coletividades (os que elas têm capacidade de exercer), sem sacrifício do que é essencial nas funções do Estado, cogitando-se um equilíbrio entre o poder central e o poder local. VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.61-62.

²⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 36.

³⁰ Ibid., p. 36.

De acordo com esse preceito, competem ao Estado as atividades que lhe são próprias, decorrentes de sua soberania, que são indelegáveis a iniciativa privada. Quanto às atividades de natureza social e econômica, o Estado deve apenas suprir quando o particular exercê-las de modo deficiente.

Analizadas algumas características que envolvem a relação entre Estado e sociedade civil, passa-se a abordar o Terceiro Setor, importante para compreendermos como se chegou a atual conjuntura e a necessidade de aprimorar o controle externo das entidades que o compõem.

1.3 O Terceiro Setor

O chamado Terceiro Setor³¹, expressão comumente utilizada na doutrina para se referir às entidades da sociedade civil que desempenham atividade privada de interesse público, sem fins lucrativos, coexiste com o Primeiro Setor, que é o Estado, e o Segundo Setor, o mercado.

Nesse sentido, dentro do contexto reformista brasileiro, o Terceiro Setor compreenderia o Núcleo de Serviços Não Exclusivos, no qual o Estado tem interesse em firmar parceria com entidades que realizam atividades sociais de relevância pública, por iniciativa privada e sem intenção de lucro.

Tarso Cabral Violin entende o terceiro setor de forma ampla, ou seja,

tudo o que não faz parte nem do mercado nem do Estado em sentido estrito, fará parte desse “terceiro Setor”. O termo engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nessas entidades e os grupos e movimentos sociais. Assim, voluntários, associações que atuam endogenamente ou de forma exógena, fundações privadas, institutos, movimentos sociais ou qualquer agrupamento sem personalidade jurídica, sindicatos, cooperativas, fazem parte do “terceiro setor”. Isso não quer dizer que todos que façam parte do “terceiro setor” possam receber verbas públicas.³²

Embora muito utilizado, ainda que não exista consenso entre os doutrinadores, o termo “terceiro setor” não aparece na Constituição Federal de 1988. O constituinte referiu-se a tais entidades como entidades beneficentes de assistência social³³, instituições sem fins lucrativos,

³¹ “Trata-se de expressão norte-americana (*third sector*), que surgiu na década de 70”. VIOLIN, op. cit., p. 123.

³² VIOLIN, op. cit., p. 114.

³³ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.” BRASIL. **Constituição**

entidades filantrópicas³⁴, entidades beneficentes, entidades de assistência social³⁵, escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas³⁶.

Parte da doutrina costuma denominar mencionadas entidades de paraestatais, haja vista sua atuação ao lado da Administração Pública. Esse é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para os quais o desempenho de atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas e/ou paralelas a ele; daí a expressão “entidade paraestatal” na qual podem ser incluídas todas as entidades integrantes do terceiro setor³⁷.

Para Lucas Rocha Furtado se uma entidade privada desenvolver atividade econômica de interesse do Estado e, apesar disso, “não mantiver qualquer vínculo com o Estado, ela seria uma entidade do terceiro setor, mas não uma paraestatal, qualificação que pressupõe a existência de algum vínculo com o poder público”³⁸. Para o autor, são paraestatais as organizações sociais (OS), as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e os serviços sociais autônomos (SSA).

A despeito das discussões acerca das denominações para este setor, Di Pietro pondera que “não existe uniformidade terminológica no enquadramento dessas entidades em categorias já existentes ou em novas categorias”³⁹, o que apresenta ser unanimidade na doutrina é a realidade híbrida das entidades que o compõem. José dos Santos Carvalho Filho aduz que referidas entidades se apresentam com certo hibridismo, na medida em que, sendo privadas, desempenham função pública, sendo que integram o terceiro setor justamente

Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³⁴ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.” **BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³⁵ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.” **BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³⁶ “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.” **BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 260/261.

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 185.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.566.

porque não se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem fazem parte da Administração Pública, direta ou indireta.⁴⁰

Egon Bockmann Moreira complementa ao dizer que nessa fusão das esferas pública e privada, coube a Estado abrir mão de determinados encargos sociais, transferindo sua execução mediante a qualificação jurídica e a outorga de benefícios a entidades privadas. Dessa forma, compete a Administração fomentar e controlar os particulares que desempenham serviços públicos não exclusivos, despojando-se da responsabilidade por sua execução.⁴¹

Para Rocha “a proliferação das entidades do 'terceiro setor' deve-se ao redescobrimto do princípio da subsidiariedade e à crise do Estado enquanto um prestador eficiente de serviços públicos”⁴².

Em verdade, a noção de subsidiariedade é proporcional ao grau de desenvolvimento social e econômico de cada país. O Estado deixa de executar diretamente determinados serviços sociais, permitindo a sua execução pela iniciativa privada, de forma mais social ou neoliberal, de acordo com o ideário de cada governo⁴³.

No Brasil, a ideia de celebração de parcerias do Estado com o terceiro setor foi intensificada pela Reforma Administrativa da década de noventa e implementada por meio de um programa de publicização, o que significava a transferência de serviços não exclusivos do Estado, como saúde, educação, cultura e pesquisa científica, para o setor público não estatal. Atualmente, está relacionada com diversas atividades, como, por exemplo, lazer, preservação ambiental, assistência social, direitos de minorias e promoção do voluntariado.

Nos termos do Plano Diretor da Reforma Administrativa, “como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade”, deste modo ele

reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 353.

⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus vínculos contratuais com o Estado**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 62, abr., 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34841>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

⁴² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.13.

⁴³ VIOLIN, Tarso Cabral. op. cit., p. 45.

mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada.⁴⁴

A respeito desse processo de publicização, Bresser-Pereira considerou que não deve ser confundido com o programa de privatização, haja vista que as novas entidades conservarão seu caráter público e seu financiamento pelo Estado⁴⁵.

Porém, para alguns autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Tarso Cabral Violin, entre outros, há uma contradição na utilização do termo “publicização”, ao invés de privatização. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho coloca que o termo publicização atribuído ao Programa “parece inadequado e infeliz”:

O termo *publicização* atribuído ao Programa parece-nos inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se como termo *privatização*, o que, como já vimos não é verdadeiro. Depois, porque, de fato, nenhuma atividade estará sendo *publicizada*, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, é o inverso que sucede, posto que pessoas governamentais é que vão dar lugar a entidades de direito privado. O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de *desestatização*, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública.⁴⁶

Independente das discussões sobre o termo, foi a partir do processo denominado de publicização que se estruturaram as organizações sociais, objeto que será estudado no seguinte capítulo.

2 As Organizações Sociais

O modelo das Organizações Sociais foi um dos alicerces do Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal. De acordo com o Plano, 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 de 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.

Nesse sentido, para os teóricos da Reforma, as organizações sociais são “um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante

⁴⁴ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995. p. 13.

⁴⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração burocrática à administração gerencial. **Revista do Serviço Público**, Ano 47, n. 1, Jan./Abr., 1996. p. 30. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 354.

qualificação específica”.⁴⁷ Sendo que, o Estado continua a fomentar as atividades publicizadas e exerce sobre elas um controle estratégico de resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas.

Desse modo, a estratégia de transição para uma administração pública gerencial tratada no Plano Diretor previa, na dimensão institucional-legal, a elaboração de projeto de lei que permitia a publicização dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumiriam a forma de “organizações sociais”.

Esse projeto consubstanciou-se na Lei n. 9.637/98, que deu início ao denominado Programa Nacional de Publicização, cujo artigo 1º dispõe que o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Portanto, “nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público”.⁴⁸

Ainda segundo Paulo Modesto,

(...) ser Organização Social não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo poder público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses requisitos são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva dos fins de interesse público e fixar as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria entre a entidade privada e o poder público.⁴⁹

Neste passo, a organização social se constitui a partir da referida qualificação jurídica, desde que cumpridos os requisitos previstos nos artigos 1º e 2º da mencionada lei, dos quais, destacam-se:

a) ser entidade com finalidade não-lucrativa, com a obrigação de investir seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

⁴⁷ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995. p. 63.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.580.

⁴⁹ MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, nº. 214, p. 55-68, outubro/dezembro de 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373> . Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

- b) seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- c) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório do contrato de gestão;
- d) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- e) incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

O modelo estabelecido no plano federal se propagou para diversos estados da federação. Processo que ocorreu por meio da edição de leis próprias de cada um dos entes, considerando-se que a Lei nº 9.637/98 seria norma federal, e não norma geral.

Pelo fato de executarem atividades de interesse social, sem escopo de lucro, estas organizações recebem auxílio do ente estatal de diversas formas. Quanto ao fomento, define a lei que podem receber do Poder Público não somente recursos públicos, por meio de dotação orçamentária, como também servidores e bens públicos, mediante permissão de uso. Em contrapartida, a organização social firmará um contrato de gestão, por meio do qual serão acordadas metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público.

O contrato de gestão é o instrumento jurídico que formaliza a parceria entre o Poder Público e a parte qualificada como organização social, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a entidade. Nele estarão discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes.

De acordo com o artigo 7º da Lei nº 9.637/98, na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade. Por meio dele, estipulam-se metas a serem atingidas pela entidade e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade.

Além disso, devem estar previstos os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções. Em relação aos servidores cedidos pelo Poder Público, saliente-se que a lei proíbe, expressamente, o pagamento de vantagem

pecuniária permanente com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

Di Pietro assinala que quando realizado com entidades da Administração indireta, o contrato de gestão tem por escopo ampliar a sua autonomia, mas quando celebrado com organizações sociais, a ideia é restringi-la, pois, embora sejam entidades privadas, deverão sujeitar-se a exigências contidas no trato.⁵⁰

A qualificação de entidade privada como organização social é temporária, somente sendo vigente, enquanto durar o vínculo formado. Sendo assim, a Administração Pública poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento de qualquer uma das disposições contidas no contrato de gestão. Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Anotese que, a despeito de a lei haver empregado a expressão poderá proceder à desqualificação, dando falsa impressão de que se trata de conduta facultativa, o certo é que, descumpridas as normas e cláusulas a que está submetida, a Administração exercerá atividade vinculada, devendo (e não podendo) desqualificar a entidade responsável pelo descumprimento.⁵¹

A desqualificação será precedida de processo administrativo em que sejam assegurados os princípios do contraditório e o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

As organizações sociais, apesar de previstas em lei, sofrem muitas críticas doutrinárias, em razão dos benefícios que lhe são concedidos. Em virtude disso, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir acerca da constitucionalidade de algumas disposições da Lei n. 9.637/98.

2.1 A visão do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo das Organizações Sociais

A Corte Constitucional brasileira foi instada a se manifestar acerca da constitucionalidade do modelo de gestão inaugurado pela Lei 9637/1998, bem como a alteração promovida no art. 24 da Lei 8666/1993 pela Lei 9648/1998, que autorizaram o poder público a contratar as chamadas organizações sociais, inclusive mediante dispensa de licitação.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 279.

⁵¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 355.

De fato, após a alteração legislativa inaugurando o modelo de adoção das organizações sociais, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Brasileiro (PDT) ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando os dispositivos que autorizavam a celebração de contratos de gestão para a prestação de serviços de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Em suma, os partidos políticos autores da ADI, autuada sob o n. 1923, afirmavam que a prestação destes serviços públicos não poderia ser delegada a particulares, ainda que com finalidade social ou filantrópica, que a contratação destas entidades não poderia ser dada por procedimentos de dispensa de licitação, bem como um possível impedimento de atuação das instituições de controle para a atividade de fiscalização destes entes.

A ação direta foi definitivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2015, quando a maioria dos ministros, seguindo a linha do voto-condutor do Ministro Luiz Fux, entendeu por julgar parcialmente procedente o pedido no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição para os dispositivos impugnados.

Com efeito, quando da discussão da matéria em plenário, trouxe-se à baila o papel do chamado “terceiro setor” na prestação de serviços públicos das mais diversas naturezas, bem como a sua conformidade constitucional.

Sobre o tema, o Ministro Luiz Fux teve a oportunidade de explicitar em seu voto quando da ADI 1923 que:

Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão.⁵²

É possível notar da formulação do voto condutor sobre a matéria no STF que se reconheceu a possibilidade de que serviços públicos também podem ser prestados por entes particulares na modalidade de cooperação com a Administração Pública, sem que

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decisão de julgamento. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3796744&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

necessariamente se vislumbrasse as hipóteses tradicionais de permissão e concessão de serviços.

De outro lado, a necessária fixação de critérios objetivos quando da escolha da organização social a ser indicada a prestar os serviços foi determinação cogente da decisão emanada do STF. Segundo a Suprema Corte, embora possa se dar a escolha mediante dispensa de licitação, não se exclui a necessidade de realização que conte com critérios objetivos de aferição da capacidade de se prestar o serviço público com qualidade.

Por fim, acerca da possibilidade de controle das atividades prestadas pelas entidades do terceiro setor pelas Cortes de Contas brasileiras, o Ministro Luiz Fux também foi enfático, senão vejamos:

Ao contrário do que aduzem os autores, também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo “privativo”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. f, 4º, IX e X, 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9, e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do *parquet* no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes.⁵³

Depreende-se do voto condutor da decisão do STF que as eventuais interpretações e aplicações da legislação questionada que por ventura restringissem o controle por parte dos Tribunais de Contas e outras instituições de controle da Administração Pública, afrontariam à Constituição. A autorização prevista de autonomia de administração não implicaria a concessão de um “salvo conduto” da fiscalização das instituições responsáveis.

Destarte, tem-se que, no entender da Corte Suprema, a legislação que fez prever a contratação de organizações sociais, ou mesmo outras entidades do terceiro setor, para a prestação de serviços públicos das mais variadas espécies, por si só não afronta a Constituição Federal. Deve-se, ainda, rechaçar interpretações que possibilitem a contratação fundada em critérios subjetivos, bem como que impeçam as instituições de controle de atuar na fiscalização dos entes do terceiro setor.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decisão de julgamento. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3796744&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

3 A competência constitucional dos Tribunais de Contas para fiscalizar as Organizações Sociais

A atual redação do artigo 70 da Constituição Federal de 1988 ampliou textualmente as atribuições dos Tribunais de Contas, a fim de dar operacionalidade à missão do controle externo, ao preceituar como seu objetivo principal a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, por meio da verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos.⁵⁴

Segundo Ricardo Lobo Torres, apesar do “caráter pleonástico dessa enumeração” a intenção da Lei Maior ao especificar tais modalidades de fiscalização foi “não deixar sem controle qualquer tipo de atividade financeira do Estado”.⁵⁵

Para o autor, essas modalidades de controle se integram e se implicam mutuamente, posto que a fiscalização contábil é a que se faz por meio dos registros contábeis; a fiscalização financeira tem por objeto o controle de arrecadação das receitas e de realização das despesas; a fiscalização orçamentária “se exerce sobre a execução do orçamento. Tem por fim precípua através da contabilidade, das análises e das verificações, mensurar o nível de concretização das previsões constantes da lei anual”⁵⁶; a fiscalização operacional, segundo Regis Fernandes de Oliveira está relacionada “à obediência aos meios legais de liberação de verbas ou de sua arrecadação”.⁵⁷ Por fim, a fiscalização patrimonial diz respeito ao controle da situação e das modificações de todos os bens, móveis e imóveis, que constituem o patrimônio público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que a Administração Pública no Estado Democrático de Direito passa a ser submetida não somente ao tradicional crivo da legalidade, mas, ainda, aos da licitude e da legitimidade, “justificando-se, respectivamente, perante as

⁵⁴ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.”(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – O Orçamento na Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.461.

⁵⁶ *Ibid*, p.462.

⁵⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011. p.455.

demandas, pela eficiência e moralidade administrativas, que despontam como novos princípios constitucionais”.⁵⁸

Por esse motivo que a redação do artigo 70 dispõe que o controle dos Tribunais de Contas recairá sobre os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade nas áreas contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. O aspecto da legalidade está relacionado à verificação da conformação do ato, medida ou atuação administrativa às respectivas normas embasadoras “é o princípio da legalidade aplicado à gestão contábil, financeira, patrimonial.”⁵⁹ Por sua vez, “o aspecto da legitimidade engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça”⁶⁰. No que tange a economicidade Lombardi *apud* Medauar⁶¹ esclarece que “economicidade significa proporcionalidade entre recursos utilizados e resultados obtidos” e o controle sobre esse aspecto se refere “ao comportamento que, nos limites de uma certa disponibilidade de meios, tende à obtenção do máximo resultado”.

Nesse sentido, é possível verificar que as competências atribuídas aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988 abriram espaço para que o controle externo alcançasse aspectos mais abrangentes, superando o aspecto da legalidade consubstanciado no cumprimento de formalidades ou preceitos positivados por normas legais.

A partir da Emenda Constitucional 19/98⁶², o leque de atuação dessas Cortes ampliou-se também para abranger o controle sobre a utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, conforme parágrafo único do artigo 70.

Note-se que, a redação original do parágrafo único do mencionado artigo impunha o dever de prestar contas somente a “pessoa física ou entidade pública” e na redação vigente, determinada pela EC 19/98, a prestação de contas passou a ser dever de “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada”, restando superada definitivamente a possibilidade de eventuais discussões a respeito do dever de pessoas jurídicas não estatais sujeitarem-se ao controle dos Tribunais de Contas.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 140.

⁶⁰ TORRES, op. cit., p. 508.

⁶¹ MEDAUAR, op. cit., p. 140 *apud* LOMBARDI, Roberta. Contributo allo Studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa. Milão: Giuffrè, 2003. P. 193-199.

⁶² A Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998 modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal.

Conforme Jacoby Fernandes, a rigor, “a competência delineada não se faz em razão da própria pessoa, mas dos eventos utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar”⁶³

Para André Portella, a prerrogativa fiscalizadora dos Tribunais de Contas possui uma natureza objetiva. Segundo o autor, ao contrário do que se possa imaginar num primeiro momento, “não existem entidades ou pessoas que estejam submetidas à competência fiscalizadora. Em realidade, o que se interessa é que o recurso destinado à entidade tenha natureza jurídica pública”⁶⁴.

No caso das Organizações Sociais que além de receberem recursos públicos, têm na sua estrutura a presença do Estado, a competência de exercício do controle externo possui natureza significativamente mais ampla, devendo ir além da análise da utilização dos recursos financeiros repassados, para analisar também o próprio funcionamento daquelas, principalmente, quando envolvam utilização de dinheiro público.⁶⁵

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 1923, deixou claro que o âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas não é de qualquer forma restringido pelo art. 4^o⁶⁶, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto o termo “privativo” diz respeito apenas à estruturação interna da organização social e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

Em relação ao artigo 9º da Lei, firmou entendimento de que não pode a legislação infraconstitucional condicionar a atuação do órgão de controle a que “os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão” deem ciência da “irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública”⁶⁷, haja vista que numa República, como a nossa, qualquer pessoa pública ou privada, ou qualquer indivíduo que receba dinheiro público deve prestar contas ao Tribunal de Contas respectivo.

⁶³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 438.

⁶⁴ PORTELLA, André. A competência fiscalizadora dos tribunais de contas sobre as entidades do terceiro setor. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, Vol. 12, n. 97. Jun./Set., 2010. p. 261.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 261.

⁶⁶ “Art. 4º Para fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: X – fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.” BRASIL. **Lei n. 9.637 de 15 de maio de 1998**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>.

⁶⁷ “Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.” BRASIL. **Lei n. 9.637 de 15 de maio de 1998**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>.

Dessa forma, o STF afastou qualquer interpretação que restrinja o controle pelas Cortes de Contas das verbas públicas aplicadas pelas Organizações Sociais, em respeito ao âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação destes órgãos de controle.

3.1 As diferentes formas de atuação dos Tribunais de Contas em relação as prestações de contas das Organizações Sociais

Como visto, verifica-se que a natureza jurídica da entidade recebedora do recurso público é irrelevante para efeito de submissão à competência fiscalizadora das Cortes de Contas. É cediço que quanto ao aspecto teleológico de tal fiscalização o mesmo poderá referir-se ao exame da legalidade, legitimidade ou economicidade dos atos das organizações sociais, entretanto, a forma e a extensão do controle externo ainda é questão controvertida entre os Tribunais.

Os esforços de fiscalização das Cortes de Contas no Brasil sobre essa matéria ocorrem de formas diferentes quanto a verificação da utilização dos recursos recebidos pela organização social, uma vez que a legislação federal pertinente às Organizações Sociais não estabeleceu que estas entidades deverão prestar contas diretamente ao Tribunal de Contas.

A esse respeito, assim se posiciona Tarso Violin:

Por mais que Lei n. 9.637/98 não cite o controle do Tribunal de Contas da União sobre as organizações sociais (ao contrário da legislação das OSCIPS), entendemos que em face ao art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, essas entidades devem prestar contas à Corte de Contas. Assim, tanto o órgão fiscalizador, quanto o Tribunal de Contas exercem tal fiscalização. Informamos que o TCU (Decisão n. 592/1998) posiciona-se pela obrigatoriedade das organizações sociais prestarem contas anuais à Corte de Contas. Sílvia Luís Ferreira da Rocha entende, ainda, que é possível o uso de ação popular para controle dos atos praticados pelas organizações sociais.⁶⁸

Em sentido contrário, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes defende que:

(...) ao contrário do que ocorre com os entes estatais o tribunal não pode inspecioná-las ou auditá-las. Limita-se ao controle sobre o repassador do recurso e a obrigá-lo a tornar efetiva a ação de controle, podendo impor ou recomendar a alteração de cláusulas no contrato de gestão que melhor resguardem o interesse público. A fiscalização sobre as contas prestadas se faz pelo repassador, agente público.⁶⁹

⁶⁸ VIOLIN, op. cit., p. 200.

⁶⁹ FERNANDES, op. cit., p. 495.

Contudo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 9.637/98 não pode condicionar a atuação dos órgãos de controle. O que se extrai do artigo 70, parágrafo único combinado com o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, é que os Tribunais de Contas devem apreciar e julgar, diretamente, as contas de qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, inclusive das entidades qualificadas como Organizações Sociais que recebem recursos, servidores e bens públicos para executarem as suas atividades. Trata-se de atribuição constitucional.

De certa forma, a fiscalização exercida pelo órgão ou entidade supervisora sobre as organizações sociais se assemelha ao controle exercido pela Administração Direta sobre a Administração Indireta. O Decreto-Lei nº 200/67⁷⁰, assim como a Lei nº 9.637/98⁷¹, utiliza o termo “supervisão” para designar o controle sobre as entidades descentralizadas, independente da natureza jurídica que detenham. Saliente-se que, em ambos os casos, o legislador ao mesmo tempo em que estabeleceu a supervisão, preocupou-se em preservar a autonomia dessas entidades. Ainda assim, sobre as entidades da Administração Indireta incide o controle externo dos Tribunais de Contas⁷², devendo as mesmas prestarem contas diretamente a Corte⁷³. Sendo que, o fato de existir essa supervisão, não exonera as entidades da Administração Indireta de encaminharem os processos de prestações de contas anuais para julgamento a cargo das Cortes de Contas, justamente por lidarem com recursos, bens e servidores públicos.

Nessa linha, apesar de a Organização Social não ser pessoa integrante da Administração Pública, sendo para alguns autores um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas, ou uma “pessoa semipública e semiprivada”⁷⁴, para fins de controle devem ser equiparadas a entidades ou órgãos da Administração Pública, pois o fato de submeterem a um regime jurídico mais flexível e à supervisão do órgão público signatário

⁷⁰ “Art. 19 Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>.

⁷¹ “Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”. BRASIL. **Lei n. 9.637 de 15 de maio de 1998**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>.

⁷² “Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: XI - Transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>.

⁷³ “Art. 82. As tomadas de contas serão objeto de pronunciamento expresso do Ministro de Estado, dos dirigentes de órgãos da Presidência da República ou de autoridade a quem estes delegarem competência, antes de seu encaminhamento ao Tribunal de Contas para os fins constitucionais e legais”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.562.

do contrato de gestão não pode significar ausência de controle, pelo contrário, é aí que a fiscalização deve ser mais cuidadosa.

Nesse sentido, André Portella entende que:

o contrato de gestão tem o condão de fazer com que o controle a ser exercido sobre a Organização Social aproxime-se do controle aplicável a um órgão público. A diferença estaria no fato de quem nem todos os atos de gestão da OS devem-se submeter à fiscalização, mas apenas aqueles que envolvam a utilização dos recursos repassados.⁷⁵

Este é inclusive o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que exige a prestação de contas direta pelas Organizações Sociais. Está expressamente prevista, no artigo 56, inciso XV, do Regimento Interno da Corte de Contas Paulista, a competência das Câmaras para “o julgamento da prestação de contas dos recursos públicos destinados às Organizações Sociais”. Para esse Tribunal, o controle direto do contrato de gestão é exercido pelas seguintes instâncias: a) Comissão de Avaliação; b) Conselho de Administração; c) Poder contratante; e d) Tribunal de Contas.

De acordo com o Manual Básico sobre Repasses Públicos ao Terceiro Setor, elaborado pelo TCE/SP, o Tribunal pode emitir recomendações visando sanar deficiências e/ou aperfeiçoar mecanismos de controle. Por conseguinte, todas as recomendações devem ser atendidas pela Organização Social e transformadas em adequações de procedimentos. Especial atenção deve ter o atendimento às recomendações que envolvam revisão dos instrumentos legais, que eventualmente extrapolam o mero desempenho da entidade ou os resultados da execução contratual, podendo ensejar a caracterização de ilegalidades ou inconstitucionalidades acarretando consequências, inclusive de ordem pessoal, para os responsáveis, no caso de seu não atendimento. Além disso, as adequações de procedimentos devem estar documentadas, já que a caracterização do não saneamento, mesmo que parcial, pode acarretar implicações legais.⁷⁶

O Tribunal de Contas da União já adotou entendimentos diversos a respeito da prestação de contas por Organizações Sociais. De início, o posicionamento, proferido por meio da Decisão 592/1998⁷⁷ – Plenário, foi pela competência para exame e julgamento das contas prestadas pelas Organizações Sociais, a despeito do artigo 8º, § 1º, da Lei nº 9.637/98 dispor somente sobre a prestação de contas ao órgão ou entidade supervisora de seu contrato de gestão. Mais adiante, por meio do Acórdão n. 601/2007 – Primeira Câmara, esse

⁷⁵ PORTELLA, op. cit., p. 268.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual Básico – Repasses Públicos ao Terceiro Setor**. São Paulo: 2016. p. 75-78. Disponível em: <<http://www.tce.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 592/1998 – Plenário. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

posicionamento foi reforçado nos seguintes termos: “As Organizações Sociais estão sujeitas à prestação de contas sistemática, a ser encaminhada anualmente ao Tribunal de Contas da União nos moldes das entidades da Administração Pública”⁷⁸.

Em outra oportunidade, no mesmo ano de 2007, o Plenário da Corte de Contas decidiu pela não obrigatoriedade de prestação de contas pelas Organizações Sociais ao TCU, haja vista que os órgãos governamentais contratantes dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las.⁷⁹

Noutra ocasião, mediante o Acórdão n. 535/2008⁸⁰, o Plenário decidiu que não caberiam prestações de contas sistemáticas ao Tribunal de Contas da União, de recursos repassados mediante convênio e instrumentos congêneres às entidades privadas sem fins lucrativos (ONGs), à exceção, até aquele momento, do contrato de gestão. Novamente, por intermédio da Decisão Normativa 96/2009⁸¹, as Organizações Sociais foram desobrigadas de prestar contas de suas atividades, sendo indiretamente fiscalizadas pela Corte de Contas Federal, quando do envio do relatório de gestão pela entidade pública competente sobre o acompanhamento e avaliação relacionados à supervisão de entidades privadas que tenham celebrado contrato de gestão.

Ainda demonstrando incerteza sobre o tema, mediante o Acórdão 3.041/2010⁸², o TCU firmou entendimento de que é o Tribunal de Contas quem define a forma de fiscalizar as entidades receptoras de transferências sujeitas à sua jurisdição, “podendo ser ou pelos procedimentos de auditoria ou pela análise de relatório de gestão anual ou pelo julgamento dos processos de contas requisitados, podendo, ainda, executar todas essas ações simultaneamente em relação a uma mesma unidade jurisdicionada”. Nesta oportunidade, nos termos do mencionado acórdão, concluiu-se que o procedimento para prestação de contas será definido por decisões normativas proferidas anualmente.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, as contas relativas aos Contratos de Gestão celebrados com o Estado são julgadas pelo TCE-GO no bojo da

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU n. 601/2007 – Primeira Câmara. Rel. Aroldo Cedraz. Data da Sessão: 20/03/2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU n. 1.952/2007 – Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. DOU 21 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU n. 532/2008 – Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Data da Sessão: 02/04/2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸¹ Essa decisão “define, para 2009, as unidades jurisdicionadas cujos responsáveis devem apresentar relatório de gestão referente ao exercício de 2008, especificando a forma e os prazos de sua apresentação e o seu conteúdo, nos termos do artigo 3º da Instrução Normativa TCU nº 57, de 27 de agosto de 2008”. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸² BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.041/2010 – Plenário – Relator Ministro André de Carvalho. DOU 12 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

prestação ou tomada de contas do Órgão ou entidade Supervisora da Organização Social encaminhada em até 150 (cento e cinquenta) dias após o encerramento de cada exercício financeiro.

De acordo com o artigo 28, da Resolução Normativa nº 007/2011⁸³, o TCE-GO verificará, especialmente, os princípios da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, operacionalidade, economicidade e publicidade no desenvolvimento das atividades e a consequente aplicação dos recursos repassados à Organização Social, nos termos do Contrato de Gestão. Ademais, a fiscalização será realizada por meio de inspeções e auditorias, tendo por base critérios de materialidade, relevância do objeto, avaliação de riscos, dentre outros.

Contudo, o que tem sido constatado pela Corte de Contas goiana é que a fiscalização feita pelo órgão ou entidade supervisora das organizações sociais, em muitos casos, mostra-se insuficiente, seja por omissão ou por condutas de má-fé, seja por ausência de capacidade técnica apropriada ou falta de condições adequadas de trabalho. Para exemplificar, cite-se o processo de nº 201100047001134, no qual o Ministério Público de Contas do Estado de Goiás, acompanhando o entendimento da Unidade Técnica, concluiu que: “O que se percebe, não apenas neste caso, é que a fiscalização exercida pelo órgão supervisor da área de atuação correspondente à atividade fomentada não se dá de melhor forma.”⁸⁴

Até mesmo o Tribunal de Contas da União já diagnosticou que o problema de fiscalização é geral. No voto condutor do Acórdão TCU 3239 - Plenário, o Ministro Walton Alencar Rodrigues assim se manifestou:

A terceirização das ações e serviços de saúde aumenta substancialmente a complexidade da implementação de políticas públicas. Para que seja capaz de coordenar, supervisionar, controlar e fiscalizar a execução dos contratos de gestão, o governo precisa estruturar-se e capacitar-se.

A auditoria verificou que, em regra, os auditados não se prepararam para suas novas atribuições. Com equipes reduzidas e sem a qualificação necessária, as prestações de contas e os resultados alcançados são examinados de forma superficial.

Nessas circunstâncias, há riscos evidentes de piora da qualidade dos serviços prestados e de desperdício e desvio de recursos públicos.

(...)

Como já mencionei neste voto, o controle exercido sobre as organizações sociais é manifestamente insuficiente. Os entes não dispõem de mecanismos

⁸³ A Resolução n. 007/2011, do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, dispõe a respeito da normatização dos procedimentos de fiscalização da qualificação de entidades como Organizações Sociais, da formalização e execução dos Contratos de Gestão e suas respectivas prestações de contas no âmbito do Governo do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://www.tce.go.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Representação. Processo n. 201100047001134. Relator Conselheiro Sebastião Joaquim Pereira Neto Tejota. Parecer Ministerial n. 230/2016 GPMC. Disponível em: <<http://www.tce.go.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

nem de pessoal qualificado para avaliar e monitorar adequadamente as entidades parceiras.⁸⁵

É forçoso reconhecer, desse modo, que as Cortes de Contas não podem se limitar apenas ao controle da Organização Social através da fiscalização das contas da entidade pública responsável pelo repasse, até mesmo porque

o Tribunal de Contas reúne especialização e poder decisório, revelando aptidão ímpar para a análise técnica de fatos, números, documentos, contas, recursos, destinações e também de argumentos jurídicos. Com capacidade de proferir decisões, equacionando análises profundas e celeridade, os Tribunais de Contas permitem que o exame seja feito de forma conjugada, sob diversas lentes, passando pelo crivo de analistas jurídicos, de técnicos em matérias da Administração e contabilidade, passando também pelo chamado “Ministério Público de Contas”, que atua especificamente nos processos que tramitam nos Tribunais de Contas.⁸⁶

O Tribunal de Contas possui a prerrogativa de analisar a realidade financeira das OS's que administrem recursos e bens públicos, julgando, anualmente, as prestações de contas de forma independente do órgão repassador. Nesse sentido:

(...) devem os Tribunais de Contas averiguar a destinação dada pelas Organizações Sociais aos recursos repassados pela entidade pública. Este tipo de controle tem como finalidade assegurar níveis de eficiência, ao mesmo tempo em que impede a malversação, desvios de recursos, enriquecimento ilícito e até peculato.⁸⁷

Posta assim essa questão, é curial ressaltar que o controle externo das organizações sociais não fica restrito apenas à apreciação da prestação de contas. Existe a crescente demanda de controles modernos e eficientes, para servir de empecilho à corrupção dos administradores, bem como para aumentar a transparência administrativa e garantir a correta gestão dos recursos públicos. A esse respeito o Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF decidiu:

Em primeiro lugar, há que se ter em mente que se está tratando da fiscalização de recursos públicos, colocados à disposição de instituições privadas, sem fins lucrativos, sob variadas formas, para a consecução de um fim público.

(...)

Não se pode imaginar que o Tribunal de Contas, ao examinar por exemplo, a prestação de contas de recursos públicos transferidos a determinada entidade

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Processo n. 018.739/2012-1. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Acórdão n. 3239 – Plenário. Data da sessão 27/11/2013. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de, DORNA, Mário Henrique de Barros. **Exame prévio de edital e medidas cautelares nos tribunais de contas: efetividade no âmbito do processo de seleção de entidades do Terceiro Setor**. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, jan/jun 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdi=95890>> Acesso em: 17 fev. 2017.

⁸⁷ DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. **O controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos – As organizações sociais**. Salvador: TCE/BA, 2000. p.133.

privada sem fins lucrativos (...)esteja, nas palavras do nobre Revisor, confinado ao balcão. Ou seja, esteja impedido de, mediante inspeção, examinar a existência física desses equipamentos (...) Ainda mais se houver algum indício, alguma denúncia, alguma representação. Será que o Tribunal de Contas, na contramão da história, deve ater-se a um exame formal, aritmético; deve cinger-se a fazer contas; a verificar o fechamento de demonstrações contábeis? Terá sido esse o objetivo da norma constitucional? De forma alguma, no meu entendimento.

A meu ver os Tribunais de Contas podem e devem exercer suas funções constitucionais, sejam elas fiscalizadoras ou judicantes, sempre que estiver em pauta a utilização, a guarda, a administração, a gestão de recursos públicos e, nos casos das pessoas jurídicas de direito privado, até o limite dos recursos públicos a ela transferidos. O respeito à coisa particular, à intimidade, há que harmonizar-se com o interesse público, afinal, repito, tratam de recursos públicos.⁸⁸

O instrumento de que o TCU, tradicionalmente, tem utilizado para exercer o controle de economicidade da atividade administrativa do Estado são as auditorias de natureza operacional. Entretanto, Lucas Rocha Furtado ressalta que:

O enfoque nos resultados não se restringe, todavia, às auditorias de natureza operacional. Por meio da Instrução Normativa n. 47, de 2004, o TCU determinou aos órgãos de controle interno que avaliem o resultado das metas nas prestações e tomadas de contas anuais dos diversos gestores públicos. A IN n. 47/2004 foi revogada, estando hoje vigente a IN n. 63, de 1º.9.2010, que mantém exigências no mesmo sentido da norma original: “exame de desempenho: análise da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade da gestão em relação a padrões administrativos e gerenciais expressos em metas e resultados negociados com a administração superior ou definidos nas leis orçamentárias, e da capacidade dos controles internos de minimizar riscos e evitar falhas e irregularidades” (art. 1º, IX).⁸⁹

De fato, além da análise das formalidades relativas ao processo de repasse financeiro, e da aplicação dos recursos, o controle externo deve adentrar no aferimento dos atos de gestão relacionados aos recursos públicos canalizados. Todavia, por meio dos processos de prestações de contas é possível também aferir resultados das metas e exercer um controle de eficiência.

Por outro lado, é importante observar que a adoção de controles baseados em resultados não tem o condão de excluir por completo o controle de legalidade. O que se almeja é que o controle deixe de ser eminentemente formalista e procedimental, passando a considerar também o alcance de resultados. A par disso,

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão Ordinária Nº 1900/2004. Processo TCDF Nº 1328/2003. Relatora: Conselheira Marli Vinhadeli. DODF de 17/05/2004. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁹ FURTADO, op. cit., p. 950.

Noutros termos, enquanto o controle da parceria tradicional focava-se na comprovação de gastos “legítimos” pelo parceiro executor, como que a pretender capturar a sua “boa intenção” a partir de notas fiscais de dispêndios e recibos de pagamento, o controle da moderna parceria passou a se preocupar, com maior ênfase, com os resultados apresentados pelo executor. Seus gastos continuam a ter de realizar-se segundo padrões de probidade e moralidade — e este controle de gastos continua relevante, por certo —, mas a verificação da efetiva execução do objeto pactuado ganhou proeminência.⁹⁰

Nessa perspectiva, não se pode negar o uso simultâneo de mecanismos de controle que se completam.⁹¹ Neste caso, por exemplo, o Tribunal de Contas da União decidiu que:

Ao contrário do que defende o recorrente, este Tribunal, em nenhum momento, extrapolou sua competência. É certo que o controle da aplicação de recursos federais por meio de contratos de gestão deve dar ênfase aos resultados. Porém, isto não exclui a análise dos procedimentos empregados para a execução contratual, que deve ser tão flexível quanto o permitido pelas circunstâncias, sem prejuízo de possibilitar a análise da observância dos princípios sob os quais foi firmado o contrato - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade. No caso apreciado, a ausência de metas claras e mensuráveis fez com que a análise recaísse mais sobre os processos empregados e que sobre os resultados alcançados.⁹²

Tarso Cabral Violin defende a eficiência no controle de processos, quando se leva em conta o combate às práticas patrimonialistas e à malversação de recursos públicos. O autor considera o modelo de controle burocrático ou weberiano o mais apto a assegurar uma ação racional, impessoal e previsível do Estado nas parcerias com o terceiro setor.⁹³

Entretanto, é de bom alvitre salientar que as formas de controle não devem ser encaradas “como mutuamente excludentes, como se fossem opostos em um sistema dicotômico: a prestação de contas contábil e a observância de procedimentos legais são requisitos iniciais e pressupostos indispensáveis”⁹⁴.

André Portella entende que o exercício de controle externo das Organizações Sociais deve ser definido com base em três planos de atuação: 1) fiscalização acerca do cumprimento dos requisitos que as caracterizam, ou seja, análise de sua estrutura jurídica; 2) apreciação das

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

⁹¹ QUIRÓS, Mario Mora. **Responsabilização pelo controle de resultados**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (coord.). Responsabilização na administração pública. São Paulo: Clad/Fundap, 2006.

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas. Acórdão 3129/2014 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁹³ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 89.

⁹⁴ QUEIROZ, Júlio César Schroeder. **Parcerias entre o poder público e o terceiro setor: o controle pelos tribunais de contas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jul a Set 2011. V. 80. N.3. p. 65.

formalidades necessárias à realização do repasse financeiro; e 3) verificação da utilização dos recursos recebidos pela entidade.⁹⁵

Na prática, não há consenso entre os Tribunais de Contas quanto a questão do exame e julgamento das contas prestadas pelas Organizações Sociais. Contudo, entende-se que o controle exercido pelas entidades supervisoras do contrato de gestão não impede ou substitui a atuação das Cortes de Contas. Em verdade, em razão da própria missão constitucional atribuída, os tribunais possuem instrumentos jurídicos que lhes possibilitam atuar de forma mais abrangente e eficiente, uma vez que as formas de controle podem se complementar em uma ação planejada de fiscalização, com o objetivo de melhor avaliar a escorreita aplicação dos recursos públicos transferidos pelo Estado e verificar o alcance dos resultados pelo parceiro privado.

CONCLUSÃO

À luz do exposto, verificou-se que as Organizações Sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, mas por receberem recursos, bens, servidores públicos e possuírem um caráter híbrido, ou seja, um regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por regras de direito público, posto que o seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), estão submetidas ao controle externo dos Tribunais de Contas.

Isso se deve a irrelevância da natureza jurídica das entidades receptoras do dinheiro público para efeito de submissão à competência fiscalizadora dos órgãos de controle externo, conforme se extrai do texto do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 19 de 04 de junho de 1998.

Nesse sentido, embora a Lei nº 9.637/98 que disciplina a matéria atribua um papel mínimo à atuação das Cortes de Contas, as quais somente fiscalizariam as Organizações Sociais quando notificadas pelos responsáveis dos órgãos supervisores acerca de eventuais irregularidades ou ilegalidades na utilização de recursos ou bens de origem pública, a decisão do STF na ADI nº 1923/DF, publicada no DJE de 17/12/15, com trânsito em julgado em 04/02/16, que conferiu interpretação conforme à Constituição à mencionada lei federal,

⁹⁵ PORTELLA, op. cit., p. 278.

considerou que não pode a legislação infraconstitucional condicionar a atuação do órgão de controle a que “os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão” deem ciência da “irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública”, haja vista que numa República qualquer pessoa pública ou privada, ou qualquer indivíduo que receba dinheiro público deve prestar contas ao Tribunal de Contas respectivo.

As críticas às parcerias do Estado com o terceiro setor são muitas. As principais dizem respeito à intenção de fuga às regras do direito administrativo e sobre a ausência de um controle efetivo sobre as entidades que o compõem.

Mediante a análise da jurisprudência e das normas, observou-se que a sistemática de controle das organizações sociais não é uniforme entre as Cortes de Contas. Há divergência quanto à metodologia de fiscalização a ser empregada.

Há Tribunais que exigem a prestação de contas de forma indireta, considerando que as prestações de contas são feitas ao órgão ou ente repassador dos recursos, sendo apreciadas no bojo das contas do gestor público responsável pelo repasse. Tal método é o mais utilizado.

Porém, o que se verificou é que nessa metodologia as Cortes de Contas ficam limitadas apenas a fiscalização feita pelo órgão ou entidade supervisora das organizações sociais, o que, em muitos casos, revela-se insuficiente, seja por omissão ou por condutas de má-fé, seja por ausência de capacidade técnica apropriada ou falta de condições adequadas de trabalho, podendo gerar danos irreversíveis ao erário, tendo em vista que hoje são feitas parcerias que implicam gastos de milhões de reais.

Dessa forma, considerando as dificuldades que o Estado enfrenta do ponto de vista dos investimentos, a adequada capacitação ao pessoal que acompanhará as parcerias, com recursos tecnológicos e materiais suficientes fica comprometida e revela o quanto essa forma de controle pode ser precária.

De outro modo, tem-se o método de submissão das prestações de contas anuais das Organizações Sociais, de forma sistemática e direta, ao julgamento do Tribunal de Contas. Essa forma de exame e julgamento das contas prestadas, considera a natureza intermediária das entidades, de “quase Administração”, pois contam com servidores públicos cedidos, representantes do Poder Público participando do seu Conselho de Administração, bens públicos, dotação orçamentária, etc., portanto, para fins de controle externo, são equiparadas a entidades ou órgãos da Administração Pública.

Essa metodologia de exigir prestação de contas diretas das Organizações Sociais é utilizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e demonstra ser mais eficiente para controlar a aplicação dos recursos públicos, uma vez que, além das Cortes de Contas

possuírem poder decisório, possuem também mais especialização e aptidão para análise técnica dos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial nas parcerias com as entidades privadas.

Importante ressaltar que o controle exercido pelas entidades supervisoras do contrato de gestão não impede ou substitui a atuação das Cortes de Contas. A realidade é que os tribunais possuem instrumentos jurídicos que lhes possibilitam atuar de forma mais abrangente e estão mais aptos a avaliar a correta aplicação dos recursos públicos transferidos pelo Estado, bem como verificar o alcance dos resultados pelo parceiro privado.

Assim, o modelo de gestão pelas Organizações Sociais aponta para o desenvolvimento de mecanismos de controle que permitam o acompanhamento *pari passu* da execução das atividades sociais não exclusivas do Estado, desde a análise do Edital de Chamamento Público publicado pelo órgão supervisor até a prestação de contas anual da entidade, com o escopo de reprimir os ilícitos, impedir danos e crimes financeiros contra o governo, provocados pela atuação de instituições oportunistas e ímprobas.

Em virtude da análise doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que o sucesso das parcerias com as Organizações Sociais depende muito da fiscalização, principalmente dos Tribunais de Contas, dando ênfase ao controle dos processos e com foco no resultado da ação governamental, pois o fato de submeterem a um regime jurídico mais flexível não pode significar ausência de controle, pelo contrário, é aí que a fiscalização deve ser mais criteriosa.

Por fim, face as atribuições constitucionais conferidas aos Tribunais de Contas é de ser reconhecer que “os órgãos de controle de contas hoje representam bastiões dos direitos fundamentais e da democracia”⁹⁶, assumindo, no Brasil, a condição de órgão constitucional de soberania⁹⁷. Suas atribuições são expressões imediatas da soberania, consagrando-se defensor do princípio (e dever) da prestação de contas dos recursos públicos, um princípio republicano fundamental, cuja omissão é capaz de subsidiar até mesmo a intervenção federal⁹⁸ e estadual⁹⁹.

⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 33.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 541.

⁹⁸ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

⁹⁹ “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;” BRASIL. **Constituição**

REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Luíz Fernando. **O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 1997. (Cadernos ENAP, 10).

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 8 ed. Brasília: OAB editora, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: MARE, 1995.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. Organizações Sociais. Brasília: MARE, 1997. (Cadernos MARE da reforma do Estado; v. 2).

_____. 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 absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 592/1998 – Plenário. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão Ordinária N° 1900/2004. Processo TCDF N° 1328/2003. Relatora: Conselheira Marli Vinhadeli. DODF de 17/05/2004. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU n. 601/2007 – Primeira Câmara. Rel. Aroldo Cedraz. Data da Sessão: 20/03/2007. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU n. 1.952/2007 – Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. DOU 21 set. 2007. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU n. 532/2008 – Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Data da Sessão: 02/04/2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.041/2010 – Plenário – Relator Ministro André de Carvalho. DOU 12 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Resolução n. 007/2011. Dispõe a respeito da normatização dos procedimentos de fiscalização da qualificação de entidades como Organizações Sociais, da formalização e execução dos Contratos de Gestão e suas respectivas prestações de contas no âmbito do Governo do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://www.tce.go.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Processo n. 018.739/2012-1. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Acórdão n. 3239 – Plenário. Data da sessão 27/11/2013. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas. Acórdão 3129/2014 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Representação. Processo n. 201100047001134. Relator Conselheiro Sebastião Joaquim Pereira Neto Tejota. Parecer Ministerial n. 230/2016 GPMC. Disponível em: <<http://www.tce.go.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decisão de julgamento. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3796744&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual Básico – Repasses Públicos ao Terceiro Setor**. São Paulo: 2016. p. 75-78. Disponível em: <<http://www.tce.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração burocrática à administração gerencial. **Revista do Serviço Público**, Ano 47, n. 1, Jan./Abr., 1996. p. 30. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. **Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil**. Revista do Serviço Público Ano 49 Número 1 Jan-Mar 1998 p. 7-8. <http://www.bresserpereira.org.br/>. Acesso em: 10/11/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CURY, Antônio. **Organização e métodos: uma visão holística**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. **O controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos – As organizações sociais**. Salvador: TCE/BA, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Ed. Saraiva. 26ª ed. 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 140.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo Saraiva. 9. ed. 2014.

MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, nº. 214, p. 55-68, outubro/dezembro de 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus vínculos contratuais com o Estado**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 62, abr 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34841>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.182.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de, DORNA, Mário Henrique de Barros. **Exame prévio de edital e medidas cautelares nos tribunais de contas: efetividade no âmbito do processo de seleção de entidades do Terceiro**

PORTELLA, André. **A competência fiscalizadora dos tribunais de contas sobre as entidades do terceiro setor**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12, n. 97. Jun/Set 2010.

QUIRÓS, Mario Mora. **Responsabilização pelo controle de resultados**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (coord.). Responsabilização na administração pública. São Paulo: Clad/Fundap, 2006.

QUEIROZ, Júlio César Schroeder. **Parcerias entre o poder público e o terceiro setor: o controle pelos tribunais de contas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jul a Set 2011. V. 80. N.3.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. p. 15/34, jul./set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em 10/12/2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – O Orçamento na Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.461.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.