



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
E O CONTROLE DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS

Jayme Baleeiro Neto

Salvador-Ba
Junho de 2002



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
E O CONTROLE DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS

Jayme Baleeiro Neto

Dissertação apresentada ao Curso
de Mestrado em Direito da UFBA
como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em
Direito Econômico.

Orientador: Professor Edivaldo Boaventura

Salvador-Ba
Junho de 2002

Dedicatória

À
Rita, namorada,
como há trinta anos.

Aos
meus filhos Jayme e Diogo tentando
compensar os momentos em que estive surdo.

Agradecimentos

Ao Curso de Mestrado em Direito da UFBA: professores pela companhia instigante e pela orientação segura, colegas pelo convívio estimulante e fraterno.

Aos professores Hermano Machado, rara cultura, Maria Auxiliadora Minahim, mentora de muitos de nós, mestrandos; Angelina Garcez, primeira mestra de metodologia e ao meu orientador, o professor Edivaldo Boaventura.

Ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia, instituição a que dedico meus esforços há quase vinte anos, pelo estímulo a perseverar na estrada do desenvolvimento do saber técnico. Aos seus Conselheiros e servidores a minha gratidão.

Aos meus pais e irmãos pela minha formação.

SUMÁRIO

Introdução	06
1 - Instituições Superiores de Controle	13
2 - As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	26
3 – O Controle Externo	50
4 – O Contrato de Gestão e o Termo de Parceria	83
5 – Discussão e Análise dos Modelos de Controle	94
Conclusões	108
Bibliografia	116
Anexos:	
A- Decisão 592/1998 – Dispõe sobre O S.....	119
B- Decisão 931/1999 – Dispõe sobre OSCIPs.....	128
C- Decisão 908/1999 – Decide sobre denúncia relativa a O S	151
D- Cópias dos documentos suporte do trabalho de campo	178
Índice de ilustrações:	
Quadro I	Perfil Institucional do TCU nas Constituições Brasileiras p.23
Quadro II	Comparativo entre OS e OSCIP p.36
Quadro III	Pedidos de qualificação como OSCIP p.49
Quadro IV	Quatro dimensões de controle p.52

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 9.637, promulgada em 15 de maio de 1998, dispendo sobre Organizações Sociais, era muito recente quando, no segundo semestre daquele ano, submetemos o nosso nome à seleção para o curso de Mestrado em Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

O tema Reforma do Estado estava, e continua, na ordem do dia das preocupações da sociedade.

Dessa forma, e como uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado da UFBA enfoca Marcos Jurídicos do Estado Regulador e Políticas Públicas, consideramos de todo pertinente propor estudo sobre as Organizações Sociais e os Tribunais de Contas.

O novo tema jurídico é de evidente importância, não só pela recentidade da promulgação do texto legal, criando meios até então desconhecidos para a atuação do Estado, como o aspecto da instrumentalidade do direito, de igual modo, estava contemplado, teor do parágrafo único do artigo 70 da Carta Federal, com a redação, também recente, dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, que diz: “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, assuma obrigações de natureza pecuniária.” (grifo nosso)

O estudo, então, pretendia averiguar de que modo a atuação dos Tribunais de Contas incidiria sobre as Organizações Sociais (OS).

Ocorre que em março de 1999 foi promulgada a Lei n.º 9.790 que tem a seguinte ementa: “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito

privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.”

A comparação entre esta ementa e a constante da Lei das OS - que estatui: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”- nos conduziu a estender a nossa pesquisa, incorporando a preocupação no sentido de verificar se as OSCIPs, entidades ainda mais recentes, submetiam-se ao crivo do Tribunal de Contas e, em caso positivo, como se daria sua prestação de contas.

É disposição da Constituição Federal que a titularidade do controle externo é do Congresso Nacional, que o exerce com o auxílio do Tribunal de Contas da União. (C.F. artigo 71, caput).

No Estado Democrático de Direito a atribuição da tarefa de controle externo da Administração ao Congresso se justifica como decorrência do princípio da soberania popular.

Iniciamos nossos estudos com a busca de caracterizar as instituições superiores de controle e, nesse ponto, chegamos a informações como, a certeza de que, independente do sistema jurídico de um país, seja o continental europeu, seja o anglo-americano, nos primórdios, as instituições superiores de controle derivavam de duas necessidades alternativas, ou eram instituídas pelo Poder Executivo, para atender a necessidades tipicamente gerenciais de controle financeiro, ou eram criadas por imposição do Poder Legislativo, como instrumento para conter o dispêndio do Executivo, em inspiração nitidamente liberal. Somente a partir da criação do

Tribunal de Contas da França, por Napoleão, em 1807, é que as instituições superiores de controle passaram a figurar, autonomamente, em posição equidistante dos Poderes Legislativo e Executivo.

O aprofundamento nas leituras sobre Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público(OSCIP), que incluiu a pesquisa em fontes originais como os diários do Poder Legislativo, revelou, como demonstramos no capítulo próprio, que não é grande, entre os Entes Federados a adesão ao modelo das Organizações Sociais. Diversas razões contribuem para tanto, inclusive a existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra a Lei instituidora das OS. Por outro lado, também é realçado que, no curto espaço de tempo decorrido entre 1999 e 2001, o número de entidades qualificadas como OSCIPs cresceu, em todo o País, de 8, em 1999, para 252 em 2001. Nesse texto também enfocamos a Reforma Administrativa.

O controle externo a cargo do Poder Legislativo, que o desempenha com o auxílio dos Tribunais de Contas, foi esquadrihado minudentemente, e uma introdução sobre modalidades de controle do Estado sobre a sociedade e da sociedade sobre o Estado emergiu dessas leituras.

Também encontramos a instituição de um tipo novo de controle, o controle prudencial, conforme veremos no capítulo próprio, e verificamos que em determinados temas, a competência dos Tribunais de Contas é exclusiva, não é suscetível de reforma, sequer pelo Judiciário, tal como ocorre quando do julgamento de prestações de contas, como será demonstrado.

As figuras jurídicas do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria - que são os meios através dos quais Organizações Sociais e Organizações da

Sociedade Civil de Interesse Público recebem recursos provenientes do Poder Público e, por essa razão, servem de baliza para a atuação do Tribunais de Contas, no exame não somente dos aspectos formais de prestação de contas como para a emissão de juízo sobre a economicidade e efetividade – mereceram análise detida, com o apoio de administrativistas de renome nacional.

Existem no País, além do Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas de cada um dos Estados Federados, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, dois Tribunais de Contas do Município (nos municípios de São Paulo - Capital e Rio de Janeiro) e Tribunais ou Conselhos de Contas estaduais para os municípios nos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará.

Quanto ao aspecto da metodologia, nosso trabalho também estendeu-se ao campo, adotando uma prática rara em monografias jurídicas. Isso se deu com a aplicação de um roteiro de perguntas abertas, cujo conteúdo, referido como consulta, segue transcrito abaixo.

Logramos obter respostas dos: Tribunal de Contas da União; Tribunal de Contas do Distrito Federal; Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais; Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco; Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

A experiência baiana foi levantada pessoalmente, dada a nossa condição de Auditor de Controle Externo nessa instituição.

A consulta dirigida às Cortes, em quatro quesitos, foi nos seguintes termos:

Esse Tribunal possui acompanhamento regular de contratos de gestão e de termos de parceria?

Em caso positivo, como se dá esse acompanhamento?

Quais os instrumentos normativos expedidos pelo Tribunal de Contas com vistas a viabilizar esse acompanhamento? (se possível juntado as respectivas cópias)

Já ocorreu a hipótese de denúncia a este Tribunal de Contas de irregularidades na execução de Contratos de Gestão com Organizações Sociais ou de Termos de Parceria com Organizações Civas de Interesse Público?. Em caso positivo, como foi decidida a matéria?

A importância do estudo que agora apresentamos não se limita ao campo jurídico. Transborda para a seara da Ciência da Administração Pública, dada a possibilidade que se abre para a prestação de serviços públicos pela via das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil e Interesse Público, com evidente impacto no campo da Gestão Pública. Como consequência dessa atuação, haverá contributo para o campo da Ciência das Finanças, particularmente no aspecto de fiscalização da despesa pública. Por esse viés, da despesa pública, surge o interesse da Auditoria Pública sobre a matéria, a demonstrar o caráter interdisciplinar do estudo.

Por outro lado, dirigentes de Organizações Não Governamentais, habitualmente referidas como ONGs, podem inteirar-se da possibilidade de obter, para suas entidades, os títulos jurídicos viabilizados pela legislação analisada, seja o título de Organização Social, OS, seja o de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, OSCIP, o que deve resultar em maior facilidade para a obtenção

de recursos públicos a serem aplicados na finalidade para a qual a ONG foi instituída.

O presente trabalho está estruturado em cinco partes.

Na primeira, como deixamos antever, sintetizamos a trajetória evolutiva das Instituições Superiores de Controle desde os seus primórdios, em determinados países da Europa e no Brasil, até o momento atual em que a própria União Européia possui seu Tribunal de Contas.

Em seguida, enfocamos as Organizações Sociais (OS), instituídas pela Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, abordando a existência dos seus paradigmas fora do País, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), decorrentes da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, apreciando inclusive as discussões parlamentares que antecederam a votação de cada um desses diplomas legais.

Na terceira parte do estudo, o tema do controle é desenvolvido seguindo uma linha que parte do controle social para desaguar no controle externo a cargo dos Tribunais de Contas.

A quarta parte do trabalho é dedicada ao estudo das figuras do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria, instrumentos previstos no bojo das leis que instituem os títulos de Organização Social e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, através dos quais as instituições recebem recursos públicos para suportar o desempenho das ações pactuadas.

Finalmente, na última parte, abordamos os modelos de controle praticados no âmbito dos Tribunais de Contas estudados, relativamente às OS e OSCIP, com vistas a fundamentar as conclusões alcançadas.

Assim submetemos o resultado da nossa investigação sobre o tema AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

1. AS INSTITUIÇÕES SUPERIORES DE CONTROLE

As instituições superiores de controle reproduzem, de acordo como os modelos legais dos países em que estão localizadas, dois modos de organização: O

sistema monocrático das Controladorias Gerais, nos países que adotam o sistema da Common Law, ou o sistema de Tribunais de Contas, naqueles em que vigora o direito Continental Europeu.

Quase como regra, a preocupação de quem escreve sobre origens de qualquer instituição é fazer uma relação fastidiosa de nomes e datas.

Contrariando essa tendência, encontramos o trabalho do cientista social Bruno Wilhem Speck¹, professor da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), denominado Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União.

Percucientemente, o professor SPECK aponta as razões históricas e políticas que inspiraram os povos a moldarem suas instituições superiores de controle.

Segundo o autor:

“As instituições superiores de controle financeiro têm origem, historicamente, em duas preocupações diferentes: primeiro, na preocupação gerencial de administrar bem os recursos públicos. Essa inquietação nasce no âmbito da própria administração, e dá origem a instituições de controle financeiro inicialmente alocadas no âmbito do próprio Poder Executivo. A segunda fonte das instituições de controle financeiro é a apreensão liberal com a limitação do Poder Executivo. Essa preocupação tem origem nos primeiros órgãos representativos, como as Cortes Gerais Medievais, e será retomada por seus sucessores, os organismos representativos que formam o Poder Legislativo em sistemas políticos modernos. Nos parlamentos, essa preocupação em limitar o Poder Executivo se cristalizará primeiro em comissões parlamentares

¹ SPECK, Bruno Wilhem. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. (Série Pesquisas).

especializadas para o desempenho da tarefa de fiscalização. Posteriormente, surgirá o modelo de instituições externas de assessoria ao parlamento para desempenhar essas tarefas de controle.”

Continuando a discussão da matéria, Speck anota:

“Essa separação entre duas motivações que dão origem às modernas instituições de controle financeiro em primeira instância tem valor analítico: podemos constituir em torno delas dois tipos ideais de instituições reagentivas. Na realidade, ambas as motivações estão presentes na formação dos Estados modernos. Mas elas aparecem com intensidade variada, em momentos diversos, se materializam em formatos institucionais diferentes e se relacionam de maneira específica nos vários sistemas políticos. As atuais diferenças entre as várias sistemáticas de controle financeiro e a inserção das instituições no funcionamento do sistema político-administrativo moderno têm origem e se explicam, em grande parte, a partir dessa gênese individual das instituições superiores de controle.”

“(…) mudanças importantes ocorrem na fase do absolutismo esclarecido e das repúblicas constitucionais, localizados na Europa no decorrer dos séculos XVIII e XIX. A primeira preocupação gerencial com o controle dos administradores é inseparável do processo da racionalização da administração. Segundo Weber, elementos importantes dessa racionalização são a separação entre os bens públicos e privados; a disponibilização dos recursos materiais necessários para a administração pelo estado; o crescimento quantitativo da administração pública, pela expansão das tarefas nas áreas fiscal, judicial e militar; e, finalmente, a profissionalização dessas atividades, que serão exercidas por funcionários públicos. Esse processo de racionalização recebeu impulsos decisivos na época do absolutismo. São dessa época os exemplos mais remotos da

fundação de instituições superiores de controle financeiro a partir da preocupação gerencial.”

Bruno Speck indica, em apoio à tese, a existência em 1714 da General-Rechen-Kammer, introduzida na Prússia pelo monarca Guilherme I. Assim como, em 1761, a criação de entidade similar no seio do Império Austro-Húngaro, sem perder de vista os autores que citam o Tribunal de Cuentas, na Espanha, criado no século XV, como um dos primeiros casos de instituição específica de controle, fundada a partir de preocupações da administração com o bom uso dos recursos públicos.

Em todos esses casos, partia do Executivo a iniciativa de incluir, no programa de modernização administrativa, a criação de uma instituição que tivesse poder suficiente para controlar a gestão financeira de administradores.

A segunda preocupação, liberal, com a limitação do poder e a responsabilização dos agentes por eventuais abusos, continua Speck:

“se inicia nos próprios organismos representativos. Desde a Idade Média, corpos representativos, como Cortes Gerais, preocupados com a limitação do poder, aperfeiçoaram sua capacidade de acompanhar criticamente os atos da administração. Uma das funções iniciais das Cortes, compostas por delegados dos três estados - nobreza, clero e burgos, posteriormente substituídos por representantes eleitos -, era a aprovação de novos recursos, a serem extraídos da comunidade para o fomento do aparelho estatal. Na medida em que esses recursos ficaram vinculados, na hora da concessão, a determinadas finalidades, como a guerra, projetos de infraestrutura, combate à pobreza, entre outras, coube ao Parlamento verificar a correta aplicação desses recursos. Os órgãos representativos, que de início se reuniam ocasionalmente, transformam-se em instituições

permanentes, desenvolvendo profissionalmente a discussão de assuntos ligados à política nacional.”

A lição de SPECK prossegue:

“Em fase posterior, os representantes transferem os trabalhos especializados para comissões. Weber caracterizaria as instituições, após essa passagem, como “parlamentos de trabalho”, contrastando-os com o parlamentarismo de debates em plenário. A criação de comissões internas e instituições externas de assessoria na fiscalização dos gastos públicos mostra a importância desse aspecto da fiscalização para a vida parlamentar. O parlamento inglês foi o precursor na instalação dessas instituições. Em 1861, criou-se o Comitê de Contas Públicas no parlamento britânico, para acompanhar as contas da administração; a partir de 1866, esse comitê passou a ser assistido pelo auditor geral, uma instância externa que relatava as contas ao parlamento. Vários países, influenciados pelo modelo anglo-saxão de democracia, criaram instituições a partir da preocupação liberal de controlar o Poder Executivo pelo Legislativo. Assim, na Escandinávia, os parlamentos foram mais longe, com a institucionalização de um controlador dentro do Legislativo.”

O MODELO FRANCÊS

Em 1807, com a criação, na França, por Napoleão, de um Tribunal de Contas, se abriu uma terceira configuração institucional para as instituições superiores de controle, livre das estreitas ligações ora com o Executivo, ora com o Legislativo. A característica importante do modelo francês, que serviu de exemplo para a criação de instituições similares em muitos países, é a posição equidistante da

instituição de controle financeiro dos Poderes Legislativo e Executivo. Os Tribunais de Contas criados em vários países sob orientação desse modelo, se tornam cada vez mais independentes e autônomos na definição de suas tarefas, não mais servindo de meros órgãos assessores do Executivo ou do Legislativo.

Seus integrantes são nomeados por períodos prolongados ou até por cargos vitalícios, recebendo garantias comparáveis às dos integrantes do Judiciário, e têm o poder de programar o próprio trabalho. Tratando-se de instituições independentes, a tarefa de responsabilização dos agentes públicos, oriunda da preocupação liberal, em muitos casos adquire o formato de justiça administrativa. Será o Tribunal de Contas que, em nome próprio e em última instância, responsabilizará ou absolverá os agentes públicos quanto à regularidade e à legalidade da gestão financeira. Nessa configuração, como instituições com alto grau de independência, os Tribunais de Contas tendem a se identificar mais com a preocupação liberal, comprometendo os administradores com o cumprimento da lei. Somente em tempos mais recentes, a mesma configuração da independência institucional servirá também como base para ampliar ainda as tarefas gerenciais, por meio de avaliações sobre o desempenho da administração, tendo em vista os objetivos e resultados das ações e programas governamentais.

Outros aspectos institucionais presentes na configuração dos Tribunais de Contas, segundo o modelo de inspiração napoleônica, são apontados por Bruno Speck.

Primeiro, quanto à seleção dos integrantes da instituição, segundo quanto à forma de tomada de decisões e, finalmente, o terceiro que diz respeito à oportunidade do exercício do controle.

Quanto ao aspecto da seleção dos seus membros, se constata que em determinadas instituições de controle a indicação dos integrantes parte do Executivo, em outras pelo Legislativo, outras há em que ambas as instituições, em conjunto, indicam os membros da instituição superior de controle. Existe ainda o modelo de recrutamento profissional. Nesse último, os integrantes são escolhidos por critérios de competência profissional e promovidos por mérito e experiência.

Relativamente à forma de tomada de decisões, as decisões monocráticas são substituídas, em algumas instituições, por decisões colegiadas. Essa forma de decisão é corrente em sistemas nos quais o Tribunal de Contas tem atribuições judiciais. O colegiado imuniza o membro do tribunal de críticas externas, e cria, em analogia aos processos judiciais, uma separação entre a fase da instrução do processo, que está a cargo de um dos membros do Tribunal, e o julgamento pelo colegiado.

A terceira dimensão diferenciadora é a questão do momento do controle. A maioria das instituições exerce um controle posterior, enviando suas conclusões para o Congresso ou para a Justiça, ou decidindo elas mesmas sobre as contas. Mas, justamente no século XIX, a preocupação com danos irreversíveis levou a construções de controle concomitante, ou até prévio. Nesse caso, as despesas ou contratos poderiam ser revistos ou suspensos enquanto ainda fosse tempo. Na prática, o tribunal tinha que autorizar as despesas de antemão. Essa tentativa em impedir o dano, antes que ele se efetue em última instância é uma preocupação gerencial. De fato, os tribunais que adquiriram o poder de vetar despesas antecipadamente tiveram que estruturar sua organização em estreita ligação com a administração, tornando-se instâncias independentes, mas de caráter administrativo.

TRIBUNAL DE CONTAS NO BRASIL

Durante o Império não se concretizou a instituição de Tribunal de Contas no Brasil, em que pesem iniciativas de Ministros de Estado e parlamentares no sentido de sua instalação, nem no Primeiro Reinado tampouco no Segundo Reinado.

Luciano Ferraz² afirma que a primeira Constituição do Brasil, de 1824, foi omissa com relação ao Tribunal de Contas.

Somente no alvorecer da República é que a instituição Tribunal de Contas entrou para o mundo jurídico nacional, isso se deu por força do Decreto n.º 966-A, de 7/11/1890, do Governo Provisório de Deodoro.

A ementa do decreto, capturada no site do Senado Federal³, está vazada, com a ortografia da época, nos seguintes termos: Ementa *CREA UM TRIBUNAL DE CONTAS PARA O EXAME , REVISÃO E JULGAMENTO DOS ATOS CONCERNENTES Á RECEITA E DESPESA DA REPÚBLICA*.

Rui Barbosa, Ministro da Fazenda do governo provisório, assim justificou a proposta:

“... corpo de magistratura intermediária à sua administração e à sua legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Convém levantar, entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, um mediador independente,

² FERRAZ, Luciano. **O Controle da Administração Pública: Elementos para a compreensão dos Tribunais e Contas**. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, Belo Horizonte, 1999.

³ <<http://www.senado.gov.br/legisla.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2002.

auxiliar de um e de outro que, comunicando com a Legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia, como mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração de infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente discrepem da linha das leis das finanças.”⁴

A inspiração no modelo napoleônico, traçado por Speck⁵ para o Tribunal de Contas, se concretiza na locução mediador independente, auxiliar de um (poder, o Legislativo) e de outro (o Executivo).

Pouca diferença, entretanto, existia entre o modelo adotado através do Decreto 966 A e o projeto que tramitava no parlamento brasileiro desde 1845, de autoria do Ministro da Fazenda Manoel Alves Branco. A dois pontos apenas se resumia a divergência entre esse modelo e o adotado pela República.

No modelo de Alves Branco os integrantes da Corte de Contas seriam indicados pelo Ministro da Fazenda, enquanto Rui Barbosa consagrou a indicação dos integrantes do colegiado pelo presidente e confirmação pelo senado. A outra inovação, em relação ao projeto original, consistia na obrigatoriedade do registro prévio de todas as despesas junto ao Tribunal de Contas, para que pudessem ser efetuadas de forma legal.

Speck⁶ resume em sete as características principais da instituição criada com o advento da Primeira República: 1) a instituição teria *status* constitucional; 2) seus membros seriam selecionados pelo Executivo e pelo Legislativo em conjunto; 3) esses membros teriam amplas garantias vinculadas ao

⁴ BARBOSA, Rui. **Obras Completas**, 1891, v. XVIII, tomo III. Apud Luciano Ferraz, op. cit

⁵ SPECK, Bruno W. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. Op. cit.

⁶ SPECK, Bruno. Op. cit. P. 43

seu cargo; 4) as decisões seriam tomadas de forma colegiada; 5) o Tribunal julgaria as contas dos administradores; 6) a instituição relataria ao legislativo sobre a execução financeira do governo; e 7) o Tribunal teria a função de registrar previamente as ordenações de despesas dos administradores, para que elas se tornassem efetivas.

Essas características que marcaram o Tribunal de Contas da União durante mais de meio século, foram inscritas já na Constituição de 1891, que entrou em vigor em fevereiro daquele ano, elevando para o nível constitucional as disposições do Decreto 966 A, de novembro do ano anterior, 1890.

A constitucionalização do Tribunal de Contas, em posição intermediária entre os três poderes, pode ser confirmada com a leitura das cartas magnas respectivas.

Na Constituição de 1891, a referência ao Tribunal de Contas da União não está em nenhuma das seções dedicadas aos poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. Ao contrário, o Tribunal foi inserido nas Disposições Gerais. Essa equidistância do Legislativo e do Executivo se repete nas duas Constituições seguintes. Em 1934, o Tribunal de Contas é mencionado no capítulo referente aos órgãos de cooperação, dos quais fazem parte também o Ministério Público e os conselhos técnicos. Em 1937 a instituição é inserida nos capítulos do Poder Judiciário. E, somente a partir da Constituição de 1946, o Tribunal de Contas da União, TCU, figura na parte da constituição relativa ao Poder Legislativo. Essa orientação será reproduzida nos textos constitucionais de 1967 e 1988.

No texto da Carta de 1934, são dedicados três artigos ao Tribunal de Contas da União, artigos 99 a 101. Em 1937 apenas o artigo 114 cuida da instituição.

Em 1946 os artigos 76 e 77 dispuseram sobre o assunto. Em 1967 os artigos da Constituição que tratam do Tribunal de Contas da União são os de n.º 71 a 73. Finalmente, a Carta de 1988 dedica ao Tribunal de Contas os artigos 70 a 74.

O quadro a seguir, reproduzido da obra de Speck⁷, resume as dimensões do perfil institucional do TCU ao longo das Constituições:

⁷ SPECK, Bruno. Op. cit. P. 46

Quadro I
Perfil institucional do TCU nas Constituições

Constituição Federal (Capítulo)	Escolha dos membros	Qualificação	Duração do mandato	Garantias
CF 1891, art. 89 (Disposições gerais)	Pelo Presidente, com aprovação do senado	Nihil	Vitalício	Somente perderão o mandato por sentença
CF 1934, art. 100 (Órgãos de Cooperação)	Pelo Presidente com aprovação do Senado	Nihil	Vitalício	De Ministros da Corte Suprema
CF 1937, art.114 (Poder Judiciário)	Pelo Presidente com aprovação pelo Conselho Federal (art.50)	Brasileiro, 35 anos, direitos políticos	Vitalício	De Ministros da Corte Suprema
CF 1946, art. 76 (Poder Legislativo)	Pelo Presidente com aprovação do Senado	Brasileiro, 35 anos, idoneidade moral, conhecimentos	Vitalício	De Ministros do Supremo Tribunal Federal
CF 1967, art. 72 (Poder Legislativo)	Pelo Presidente com aprovação do Senado	Brasileiro, 35 anos, idoneidade moral, conhecimentos	Vitalício	De Ministros do Tribunal Federal de Recursos
CF 1969, art. 70 (Poder Legislativo)	Pelo Presidente com aprovação do Senado	Brasileiro, 35 anos, idoneidade moral, conhecimentos	Vitalício	De Ministros do Tribunal Federal de Recursos
CF 1988, art. 73 (Poder Legislativo)	3 pelo Presidente com aprovação do senado, 6 pelo Congresso Nacional	Brasileiro, 35-65 anos, idoneidade moral e reputação ilibada, conhecimentos com 10 anos de função; 2 dos 3 a serem indicados pelo Presidente devem ser membros do TC (auditores e MP), indicados em lista triplíce	Vitalício	De Ministros do Superior Tribunal de Justiça

Fonte: Bruno Seck, op. cit. Pg. 46

De 1891 até 1967, poucas mudanças institucionais significativas ocorreram na vida do Tribunal de Contas da União.

Com a Carta de 1967, entretanto, vieram inovações fundamentais. A primeira e mais marcante foi a extinção do controle prévio da despesa por parte do

Tribunal de Contas. A segunda consistiu na distinção, pela primeira vez inscrita em constituição, entre controle interno e controle externo.

Dedicaremos capítulo específico ao tema de controle em que faremos as distinções necessárias.

As competências do Tribunal de Contas da União após a Carta de 1988 são descritas no trabalho de Ferraz⁸ e seguem aqui resumidas:

“A Carta Constitucional dedica ao Tribunal de Contas da União espaço próprio, reservando-lhe as competências enumeradas nos incisos I a IX do art. 71 e §§1º e 2º (...) Quanto ao órgão ou autoridade responsável pelo seu exercício, o controle dos Tribunais de Contas situa-se ao lado dos controles parlamentar (direto e indireto), administrativo e judiciário.

- a) “ Com relação ao momento em que se efetiva: o controle exercido pelo Tribunal é praticamente todo feito a posteriori, podendo contudo, dar-se de forma concomitante (v.g., inspeções e auditorias – art.71, IV - atos e contratos administrativos – art.71, IX e § 1º) e, excepcionalmente, prévia – Lei de licitações n. 8.666/93, art. 113, § 2º.
- b) “ Relativamente ao posicionamento dos órgãos controlado e controlador, o controle do Tribunal de Contas é externo a todos os demais órgãos da Administração. Vale salientar que também o Tribunal de Contas deve manter sistema de controle interno de seus próprios atos.
- c) “ Quanto à forma de instauração, o controle do Tribunal de Contas deve instalar-se de ofício, por força de suas atribuições constitucionais, ou mediante provocação de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2º); da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou CPI, relativamente às inspeções e auditorias (art. 71,

⁸ FERRAZ, Luciano, op. cit. p.123 – 124.

IV); da Comissão Permanente prevista no art. 166, §, no concernente ao cumprimento do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, do orçamento e seus créditos adicionais, dentre outras possibilidades.

b) “ Quanto à extensão, o controle do Tribunal de Contas pode ser de legalidade (v.g., aposentadorias, reformas, pensões e atos de admissão), de mérito (julgamento de contas) e de resultados (contratos de gestão).”

Concluindo, na linha do relatado por Speck, temos que as instituições superiores de controle, sejam Controladorias, segundo o modelo vigente nos países que adotam o Common Law, ou sejam Tribunais de Contas, para os países que seguem o Direito Continental Europeu, passaram por fases históricas semelhantes: inicialmente foram criadas para atender a necessidades ora do Poder Executivo, de cunho gerencial, ora do Poder Legislativo, de limitar os gastos do Executivo e responsabilizar os agentes públicos. Somente em fase posterior é que, na esteira do modelo francês criado por Napoleão, desvincularam-se dos Poderes para assumirem posição equidistante e independente.

No arremate deste capítulo, a realçar entendimento no sentido da relevância das Cortes de Contas, trazemos as palavras de Ferraz⁹: *“A importância do Tribunais de Contas na estrutura orgânica dos países é confirmada pela existência de organismo congênere no seio da União Européia”*

⁹ FERRAZ, Luciano, op. cit. P.198

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A Reforma Administrativa

Antes de iniciarmos a discussão dos temas próprios de OS e OSCIP, necessário se faz abordarmos o cenário em que estas instituições foram geradas. Esse cenário é o da Reforma Administrativa, programa ao qual o Governo Fernando Henrique Cardoso, desde o seu primeiro mandato, vem dedicando bastante ênfase, a ponto, inclusive, de ter criado um ministério específico, hoje extinto, para o qual designou Luiz Carlos Bresser Pereira, professor da Fundação Getúlio Vargas.

Com vistas a compreensão do tema trazemos as considerações de Paulo Modesto¹⁰ que bem resumem as ambições da reforma administrativa. Segundo Modesto:

“A reforma administrativa iniciada no Brasil guarda semelhança com outras reformas do Estado ocorridas em várias partes do mundo, conforme se pode observar nas experiências relatadas por PALAZZO, SÉSIN e LEMBEYE no livro *La Transformación del Estado* (1992).

De fato, são aspectos comuns às diversas reformas contemporâneas do Estado:

a) “aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas (consórcios intergovernamentais, acordos programas, convênios de delegação ou descentralização);

¹⁰ MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais.** *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador; v. I, nº. 9, dez, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 abril 2001.

- b) “estímulo à privatização de serviços econômicos competitivos sustentáveis em regime de mercado;
- c) “transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais;
- d) “ampliação dos controles de produtividade e de economicidade, vale dizer, do resultado do trabalho administrativo (controles de eficiência);
- e) “fortalecimento da autonomia das entidades personalizadas da administração indireta;
- f) “incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias);
- g) “estímulo ao pessoal administrativo no desenvolvimento de atividades-fins, com a concomitante diminuição ou terceirização de atividades meio, acompanhada de valorização das carreiras exclusivas de Estado, inclusive mediante adequação do padrão remuneratório ao mercado de trabalho;
- h) “capacitação de pessoal dirigente e criação de carreiras específicas para altos gestores;
- i) “elaboração do conceito de planejamento estratégico e fortalecimento dos setores administrativos responsáveis pela formulação de políticas públicas;
- j) “consolidação e simplificação de procedimentos e processos no interior da administração;
- l) “estímulo ao desenvolvimento de habilitações gerenciais flexíveis do pessoal administrativo, fator a ser considerado no próprio recrutamento, mediante a ampliação do grau de generalidade das atribuições contempladas nos cargos públicos;

- m) “definição de novas formas de responsabilização dos agentes públicos pela gestão administrativa;
- n) “adoção de programas de desregulamentação ou de simplificação da legislação (consolidação e codificação legislativa);
- o) “ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública.”

O terceiro setor

As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público inserem-se em uma categoria de propriedade particular, classificada como terceiro setor, eis que não são estatais nem, por outro, lado privadas.

A propósito, Domingues¹¹ lembra a comunicação do sociólogo alemão Claus Offe durante o Seminário Internacional Sociedade e Reforma do Estado, ocorrido em São Paulo, em março de 1998, sob o patrocínio do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID:

“Com o surgimento de novas formas de prestação de serviços públicos – sendo identificadas por alguns autores 36 alternativas – verifica-se a superação da tradicional dicotomia entre o setor público e o privado. Assiste-se assim, à superação do modelo monístico que se sustentava, de forma mutuamente excludente, ora sobre o estado, ora sobre o mercado, ora sobre a comunidade, como garantidor da ordem e da coesão social. O modelo monístico cede lugar à emergência de novos arranjos institucionais que conjugam aqueles três elementos básicos da ordem social. Segundo este modelo híbrido, no qual os papéis do estado, do mercado e da comunidade se delimitam e se definem a partir do debate político e da participação social, não é possível excluir-se um desse

¹¹ DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. **O controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos: As organizações sociais**. Salvador: TCE, 2000.

elementos da construção da ordem social, o que se contrapõe aos princípios neoliberais de prevalência do mercado.

“Deste modo, no capitalismo contemporâneo, além das formas tradicionais de propriedade – a estatal e a privada -, surge a propriedade pública não-estatal, constituída pelas organizações sem fins lucrativos, cuja ação está orientada para o atendimento do interesse público.”

Da excelente monografia de Robério Nunes dos Anjos Filho¹² retiramos as seguintes considerações sobre o modelo que pode ter inspirado as organizações sociais brasileiras:

“As organizações sociais, ao que tudo indica, foram inspiradas em instituições estrangeiras análogas, especialmente nas *quangos* - *quasi non-governmental organizations*, entidades autônomas desenvolvidas principalmente após a Segunda Guerra Mundial (embora a presença de alguns órgãos semi-independentes seja verificada há séculos no governo britânico), nas quais se transformaram as universidades e hospitais públicos do Reino Unido. Outros países europeus adotaram este tipo de instituição, que terminou por se espalhar pelo mundo, alcançando também, por exemplo, a Austrália e a Nova Zelândia. Tais entidades são voltadas para áreas sociais, recebem recursos públicos, firmam relação contratual com o Estado e submetem-se a exigências relativas à composição do seus órgãos de deliberação.

“A doutrina estrangeira tem encontrado enorme dificuldade para definir o que são *quangos*, principalmente em termos internacionais, considerando as diferenças entre os diversos sistemas constitucionais e governos existentes nos países nos quais é constatada a presença de tais instituições. Por outro lado, busca-se freqüentemente um conceito que não

¹² ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **A Prestação dos serviços não-exclusivos na reforma administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico).Salvador: UFBA, 2001. fl. 152 e segs.

restrinja as possibilidades de aplicação das suas vantagens, razão pela qual há uma intencional preferência por definições vagas e imprecisas. Sob essa ótica, mais próximo do entendimento médio de *quango* seria concebê-la como ‘qualquer órgão que aplica dinheiro público para cumprir uma tarefa pública, mas com alguma independência dos políticos eleitos’. Assim, são três as características basilares para a identificação das *quangos*: o recebimento de dinheiro público; a atuação em atividades de interesse público; e não se tratar de órgão cuja direção seja entregue a um gestor diretamente eleito.

“O fato dos dirigentes das *quangos* não se submeterem ao crivo popular é de extrema importância, havendo até quem utilize como sinônimo de *quangos* a expressão ‘grupos não eleitos’.

“Esse é um dos motivos que provocam uma imagem por vezes muito negativa das *quangos* perante a opinião pública na Grã-Bretanha. A mídia não raro as descreve como instituições ilegítimas, corruptas, de difícil responsabilização (*accountability*) e fundamentalmente anti-democráticas.

“No entanto, segundo Matthew V. Flinders, embora se reconheça que muitas dessas acusações possuem alguma procedência, não se deve esquecer que as *quangos* também têm um lado positivo: colocam questões sensíveis longe da instabilidade dos partidos políticos; permitem a introdução de técnicas de administração mais adequadas; atraem técnicos especializados que de outra forma não estariam envolvidos no processo de elaboração de políticas públicas; representam uma forma eficiente, barata e rápida de obtenção de informações; trazem um número maior de pessoas para o setor público, como voluntários.

“Baseados na abrangência conferida pelo entendimento do que são *quangos*, podemos afirmar que há um sem número de instituições que podem ser consideradas, teoricamente, “organizações quase não-

governamentais” no Brasil, dentre as quais as autarquias, os Conselhos Municipais de Saúde e os Conselhos Municipais de Educação.

(...)

“O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado entende por organizações sociais “as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária”

As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Núcleo do nosso trabalho, as Organizações Sociais, OS, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, OSCIP, entraram no mundo administrativo nacional muito recentemente. A primeira com a edição da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e a segunda com a promulgação da Lei n. 9.790, em 23 de março de 1999.

Pretendem cumprir as metas de Reforma Administrativa expostas por Modesto, fls. 26 e 27 retro, principalmente, no que tange às as letras “a”; “c” e “f”, cujos conteúdos repetimos: a) aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas (consórcios intergovernamentais, acordos programas, convênios de delegação ou descentralização); c) transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais e f) incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias).

As Organizações Sociais - OS

Inicialmente trataremos das OS. Essas entidades, segundo relata Celso Antônio Bandeira de Mello¹³:

“ao que parece, foram pela primeira vez mencionadas no Decreto 2.172, de 5.3.97, que aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, art. 206, o qual prevê que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderá firmar convênio, contrato ou acordo com “organizações sociais”, sem que haja qualquer esclarecimento sobre o que se deveria entender como tal.

Em 9.10.97 surge a Medida provisória 1.591, regulando a matéria. Já no dia posterior é editado um decreto, de n. 2.344, que institui o processo de inventário de entidades estatais em extinção a serem transformadas em ‘organizações sociais’. A medida provisória mencionada é reeditada mais cinco vezes e a partir daí substituída pela Medida Provisória 1.648, de 24.3.98, a qual, de seu turno, é reiterada até o advento da Lei 9.637.

“Assim, é esta lei – n. 9.637, de 15.5.98 -, cujo conteúdo é o mesmo da primeira medida provisória editada sobre o assunto, que disciplina as ‘organizações sociais’.

“De acordo com seus termos, entidades privadas ‘cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde’ (art. 1º) podem ser qualificadas como ‘organizações sociais’, dependendo de decisão (inteiramente livre) do ‘Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado’ (art. 2º, II), que aliás, veio a ser extinto pela Medida Provisória 1.999-13, de 14.12.99, contanto que a pessoa atenda a determinados requisitos formais óbvios e alguns poucos requisitos substanciais, devendo-se, entre estes, salientar os seguintes: não ter fins lucrativos, ter um conselho de administração, como órgão superior, com atribuições normativas e de controle (arts. 2º, I, “c”, e 3º), em cuja composição 50% dos membros deverão estar repartidos entre representantes do Governo (que serão pelo menos 20% até 40% do total) e representantes de entidades da sociedade civil, definidos no estatuto (cuja participação também não poderá ser inferior a 20%, nem superior a

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed São Paulo: Malheiros, 2000.

30%), e firmar contrato de gestão com o Poder Público – traço, este último, não formulado diretamente, mas inteiramente indispensável, condicional à sua qualificação, como resulta dos arts. 2º, “f”, 4º,II e 5º e ss.

“Uma vez qualificada como ‘organização social’ e tendo travado contrato de gestão – que será ‘elaborado de comum acordo’ entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, responsabilidades e obrigações (art. 6º) – a pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia (art. 12,§3º), não havendo restrição alguma a que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários (art. 12) e de servidores públicos que lhe serão cedidos a expensas do erário público (art. 14)!. Caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução, verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade (art. 7º, I, c/c art. 8º). Constatado o descumprimento do contrato de gestão, o Poder Público poderá, assegurado prévio processo administrativo com a garantia de ampla defesa, desqualificar a entidade como organização social (art. 16).”

Celso Antônio continua dissecando o assunto e aponta inconstitucionalidades no modelo das OS, como, por exemplo: a absoluta discricionariedade para a concessão do título de organização social e a possibilidade dessas entidades receberem bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem processo regular.

Alguns Estados Federados também legislaram sobre a matéria. Pioneiramente, o Estado do Pará promulgou a Lei nº 5.980, em 1996 e o Estado da Bahia, editou a Lei n. 7.027, em 29 de janeiro de 1997, cuidando de Organizações Sociais, o que demonstra, cronologicamente, antecipação em relação à data da primeira medida provisória sobre o assunto, que é de 9.10.97 e mesmo ao Decreto

2.172, de 5.3.97, mencionado por Celso Antônio.

A adesão ao modelo das OS pelas unidades federadas, porém, não atenua as críticas impostas por Celso Antônio, que conclui sua exposição sobre o tema como transcrevemos:

“Isto posto, não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou venham a ser feitas nas condições da lei 9.637, de 15.5.98, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas em ações populares (Lei 4.717, de 29.6.65) e a que os responsáveis por tais atos de benemerência com recursos públicos, tanto quanto os beneficiários deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada lei).”

Já em relação às OCIP o autor não se mostra tão severo, posto que, no arremate de sua exposição, não aponta inconstitucionalidades:

“Distinguem-se das ‘organizações sociais’, entre outros pontos relevantes, pelos seguintes: a) atribuição do qualificativo não é, como naquelas, discricionária, mas vinculada e aberta a qualquer sujeito que preencha os requisitos indicados; não prevê o trespasse de servidores públicos para nelas prestar serviço; b) não celebram ‘contratos de gestão’ com o poder Público, mas ‘termos de parceria’, conquanto, tal como neles, seja especificado um programa a cumprir, com metas e prazos fiscalizados, além da obrigação de um relatório final, o que os faz mais distintos, entre si, pelo nome do que pelo regime; c) os vínculos em questão não são condicionantes para a qualificação da entidade como tal, ao contrário do que ocorre com as ‘organizações sociais’; d) o Poder Público não participa de seus quadros diretivos, ao contrário do que ocorre naquelas, e e) o objeto da atividade delas é muito mais amplo, compreendendo, inclusive, finalidades de benemerência social, ao passo que as ‘organizações sociais’ prosseguem apenas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.”

O próprio TCU apreciando as características das OCIPS, via análise do diploma que a instituiu, afirmou: ***É relevante notar que a Lei nº 9.790/99 surgiu consentânea com o contexto mundial relativo ao Terceiro Setor***¹⁴.

O quadro a seguir apresentado permite a visualização dos pontos em comum entre Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

¹⁴ Considerações do Ministro Relator da Decisão n. 931/1999-Plenário, constante como Anexo B a este trabalho.

Quadro II

Comparativo: Organizações Sociais x Org. Soc. Civil de Interesse

Público

	OS*	OSCIPs*
Definição legal	Lei n.º 9.637/98	Lei n.º 9.790/99
Tipo de instrumento previsto para recebimento de recursos públicos	Contrato de Gestão (art. 5º)	Termo de Parceria (art. 9)
Ato de Qualificação	Discrecionário – emitido pelo poder executivo	Vinculado – emitido pelo Ministério da Justiça (Certificado arts. 5º e 6º)
Finalidades	Escopo restrito: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º)	Escopo de ação amplo, incluindo as finalidades das OS, mais: assistência social, Segurança alimentar e nutricional, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, direitos civis e outros valores universais (art. 3º),
Vínculo com a Administração Pública	Mais estreito, normalmente nascem da publicização de serviços prestados pelo poder público (art. 20). Há membros do poder público no Conselho de Administração (art.2º, I, 'c') Recebem créditos orçamentários específicos e bens e servidores públicos cedidos (art.12 a 14). O próprio Contrato de Gestão estreita esse vínculo	Não há vínculo (arts. 1º e 2º) com o poder Público até a celebração do Termo de Parceria. O vínculo é de interesse público, se extinta, seu patrimônio deve ser transferido para outra OSCIP (art. 4º, IV)
Licitações	Regulamento próprio - (art. 17 da lei 9.637/98) obedecendo a princípios da Administração Pública (art. 7 da Lei 9.637/98)	Regulamento próprio - (art. 14 da lei 9.790/99) obedecendo a princípios da Administração Pública (art. 4, inciso I, da Lei 9.970/99)
Prestação de Contas	Prestam contas também diretamente ao TCU – IN 12/96, alterada pela Decisão n.º 592/98,	Prestam contas ao poder Público anualmente, na vigência do Termo de Parceria (art. 4º, VII, art. 10, §2º,V); em princípio essa prestação de contas deverá ser feita diretamente aos órgãos repassadores dos recursos, à semelhança do procedimentos adotados para os convênios
Controle Social (conselhos, publicações de relatórios, etc.)	Órgão repassador dos recursos (supervisor), prestação anual de contas, comitês de avaliação, TCU (em caso de irregularidades) – art. 2º, I, 'd', 'f', art. 8º, art. 9º, da Lei 9.637/98. Conselho de Política Pública, art. 10, § 1º	Art. 4º, VII, 'b', 'd', art. 10, § 2º, art. 12, da Lei 9.790/99. Auditorias, art. 4º, VII, 'c'.

* Qualificação mutuamente excludente (art. 2º, inciso IX, da Lei n.º 9.790/99). A esse respeito vide MP 2.143-32, que prorrogou o prazo, de 2, para 5 anos de convivência entre os títulos.

Fonte – Elaboração própria com base em textos legais.

A resistência ao modelo das OS é grande, a ponto de ter inspirado a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Uma pela Ordem dos Advogados do Brasil e outra pelo Partido dos Trabalhadores, respectivamente, tombadas como: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1943 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923. Ambas, até abril de 2002, aguardavam julgamento definitivo. Relativamente à ADIN 1923 o pedido de liminar foi indeferido.

O processo legislativo das OS

A resistência ao modelo das OS já era visível quando da votação da matéria no Parlamento. Foram apresentadas 10 emendas ao texto da Medida Provisória n. 1.648-7¹⁵, seis de autoria do Deputado Chico Vigilante e 4 propostas pelo Deputado Miro Teixeira. O primeiro encaminhou as emendas 02; 04; 05; 07; 08 e 09 e o segundo as de número 01; 03; 06 e 10.

O deputado Darcísio Perondi, designado pelo Presidente do Congresso Nacional, na oportunidade da discussão da medida provisória, em turno único, deu parecer sobre as emendas oferecidas, concluindo como segue:

Por isso, Sr. Presidente, quanto à admissibilidade dessa medida provisória, defendemos sua aprovação devido à sua urgência e à sua relevância. No que tange ao mérito, rejeitamos as emendas apresentadas, que são dez. Mas fizemos alterações na medida provisória, concluindo, portanto, projeto de lei de conversão apresentado à Mesa.¹⁶

As emendas propunham as seguintes alterações no texto em discussão:

Emenda 01: Dê-se ao art. 1º da MP 1.648 a seguinte redação:

¹⁵ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, p. 0496-0502, 09 de maio de 1998. Suplemento.

¹⁶ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, p. 04262, 13 de maio de 1998.

“Art. 1º O Poder Executivo, mediante **processo licitatório**, 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, atendidos os requisitos previstos nesta Medida Provisória” (grifo nosso em processo licitatório, restrição que não prevaleceu)

Emenda 02: Dê-se ao art. 1º a seguinte redação:

“Art. 1º. O poder Executivo poderá qualificar, mediante licitação prévia, como organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que exerçam sua atividades há pelo menos um ano, e que sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, **à defesa do consumidor**, à cultura, à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Medida Provisória” (grifo nosso em defesa do consumidor, acréscimo que não foi adotado).

Emenda 03: Dê-se ao inciso II do art. 2º da MP 1.648 a seguinte redação:

“Art. 2º

.....

II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua **qualificação como organização social, mediante processo de licitação**, do Ministro ou titular de órgão superior ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro da Administração e Reforma do Estado” (grifo nosso em qualificação mediante processo licitatório, restrição que não foi acolhida, manteve-se como ato discricionário a qualificação das OS.

Emenda 04: Dê-se ao inciso I do art. 3º a seguinte redação:

Art. 3º

I – a ser composto por:

- a) vinte a trinta por cento de membros natos representantes do poder público definidos pelo estatuto da entidade;
- b) trinta a quarenta por cento de membros natos, representantes da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
- c) até dez por cento, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou associados;
- d) dez a vinte por cento de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
- e) até dez por cento de membros indicados na forma estabelecida pelo estatuto;
- f) até dez por cento de membros eleitos dentre os servidores e empregados da instituição.

A redação definitiva do dispositivo ficou nos seguintes termos:

I - ser composto por:

- a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

Daí emerge que o texto final do artigo: não contempla a eleição de membros do conselho pelos servidores e empregados; aumenta a possibilidade de participação do Poder Público de até trinta para até quarenta por cento; restringe a participação da sociedade civil, prevista na emenda em até quarenta por cento, para até trinta por cento e, finalmente, que o conselho da entidade poderá eleger até trinta por cento dos seus integrantes, ampliando o limite de até vinte por cento sugerido na emenda.

Emenda 05: Altere-se o art. 4º, inciso VIII

Art. 4º

...

VIII. – aprovar, por maioria, no mínimo de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios e disposições da Lei nº 8.666, de 1993, e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade.

A redação final acolheu parcialmente a sugestão da emenda, pois, não menciona expressamente adesão aos princípios consagrados na Lei n. 8.666/93, adotando a seguinte redação: *VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade.*

Emenda 06: Dê-se ao art. 5º da MP - 1.648 a seguinte redação:

“Art. 5º. Para os efeitos desta Medida Provisória, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado **mediante processo licitatório** entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas a formação de parceria entre as partes para fomento de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º ”. (grifo nosso em mediante processo licitatório, expressão que foi rejeitada no texto final)

Emenda 07: Inclua-se no art. 8º o seguinte parágrafo:

Art. 8º

.....

§ 4º - As organizações sociais prestarão contas ao Tribunal de Contas da União, sujeitando-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e

patrimonial, quanto à legitimidade e economicidade de sua gestão, nos termos do disposto na Lei n.º 8.443, de 1992.

Embora a emenda não tenha sido acolhida e, portanto, o texto legal nada refira quanto ao dever de prestação de contas ao TCU, o próprio Tribunal decidiu, com respaldo no parágrafo único do artigo 70 da Constituição, impor o dever de prestação de contas diretamente ao controle externo, como já referido no tópico deste trabalho atinente aos modelos de exame de contas, o qual, finalmente, é o cerne da discussão proposta.

Emenda 08: Dê-se ao art. 14, § 2º a seguinte redação:

“Art. 14.

....

§ 2º. As vantagens de caráter habitual ou permanente pagas pela organização social aos servidores cedidos pela Administração direta, autárquica e fundacional incorporar-se-ão aos vencimentos ou à remuneração de origem, para fins de contribuição à seguridade social e proventos de inatividade”.

O texto aprovado vai na direção oposta. O parágrafo 1º, veda a possibilidade de incorporação de qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela OS e, seu parágrafo segundo proíbe o pagamento de vantagem pecuniária a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão.

Emenda 09: Inclua-se no art. 17 o seguinte parágrafo:

“Art. 17 ...

...

§ 3º . A desqualificação será precedida, em qualquer caso, de intervenção do órgão ou entidade supervisora, que independerá da decisão no

processo administrativo referido no § anterior, afastando dos seus cargos, desde a declaração de intervenção, e até o seu término, os dirigentes da organização social.”

O texto aprovado não alude à possibilidade de intervenção e impõe processo prévio, com as garantias da ampla defesa, à desqualificação, como se comprova da leitura do artigo 16

Emenda 10: Dê-se ao parágrafo 3º do artigo 21 da MP 1.648 a seguinte redação:

“Art. 21

.....

§ 3º. Fica o Poder Executivo autorizado, **mediante processo licitatório**, a qualificar como organizações sociais, nos termos desta medida provisória, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo desta Medida Provisória, bem assim permitir a absorção de atividades desempenhadas pela entidades mencionadas no caput”. (grifo nosso em mediante processo licitatório, uma vez que prevaleceu a idéia, atacada inclusive por ADINs, no sentido de qualificar as OS via ato discricionário da autoridade.)

O processo legislativo das OSCIPs

As discussões prévias à aprovação da Lei das OSCIP não chegaram ao plenário do Parlamento, como se comprova da leitura do parecer oferecido pelo Deputado Marcelo Deda, do Partido do Trabalhadores¹⁷, que assim relatou a matéria:

“Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, trata-se de emitir parecer como relator de plenário, ao mérito do Projeto de Lei nº 4.690, de

¹⁷ DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Brasília, p. 07617-07619, 04 de março de 1999.

1998, que tem como autor o Poder Executivo, e cujos objetivos estão definidos na sua ementa, quais sejam: dispor sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações de sociedade civil de caráter público, além de instituir e disciplinar os termos de parceria que os governos dos três níveis da federação poderão realizar com tais entidades.

“O projeto trata de qualificar essas organizações, estabelecendo critérios para que possam ser consideradas como tais; estabelece uma classificação negativa daquelas instituições que não podem ser enquadradas na categoria agora criada; adota regras pertinentes à elaboração do Termo de Parceria, estabelecendo as cláusulas essenciais que dele devem constar e o ritual que deverá ser obedecido para sua assinatura; edita normas pertinentes ao controle da execução desse termo, à fiscalização da aplicação de recursos públicos, quando estiverem envolvidos na celebração de tais termos, além de outras providências.

“A matéria foi originalmente distribuída para as Comissões Técnicas e na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público teve por Relator o eminente Deputado Milton Mendes, que não retornou a esta Casa, na atual Legislatura, porque se candidatou ao Governo do Estado de Santa Catarina.

“O Deputado Milton Mendes, ao estudar o projeto, manifestou-se criticamente com relação a vários de seus aspectos e iniciou - registre-se a colaboração inicial do deputado Walter Pinheiro – um processo de negociação envolvendo a Liderança do governo, Parlamentares e Líderes desta Casa e especialmente instituições

da sociedade civil, associações civis e fundações que buscaram trazer colaborações e sugestões na elaboração do projeto.

“Ocorre, Sr. Presidente, que chegamos ao fim da Legislatura passada na sem que a matéria pudesse ser trazida ao Plenário. Inaugurada a nova legislatura, a Liderança do governo propôs, e foi acolhido pelo Plenário, requerimento de urgência.

“V. Exa., Sr. Presidente, na condição de Presidente da Casa, designou-me relator no que concerne ao mérito, e reinstalamos o processo de negociação política a respeito da matéria. Esse processo teve ontem a sua conclusão numa verdadeira reunião de audiência pública, envolvendo todos os srs. Parlamentares interessados no tema, que para lá se dirigiram, com a participação de representantes de Organizações Não-Governamentais, de instituições ligadas à organização do terceiro setor, de representantes do programa Comunidade Solidária, na pessoa do dr. Augusto Franco, com a presença de alguém que muito colaborou na formação e na discussão do projeto substitutivo, o Dr. Eduardo Sabo, membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que vem a ser Curador das Fundações do Distrito Federal. S. Sa. participou da reunião, oferecendo uma colaboração muito qualificada na discussão que tivemos a oportunidade de travar.

“A Relatoria, ao assumir a responsabilidade de produzir esse substitutivo, apostou em dar continuidade ao processo de negociação inaugurado pelo deputado Milton Mendes e adotou como texto de referência para o seu trabalho justamente o substitutivo que fora produzido por S. Exa. A partir desse

substitutivo, iniciamos o debate e tivemos oportunidade de examinar uma série de sugestões.

“Ao produzir o substitutivo e apreciar emendas e sugestões oferecidas, o Relator entendeu, com a colaboração de todos os colegas que ontem participaram das negociações, que a filosofia do projeto poderia ser sintetizada em quatro pontos. O primeiro deles é que o objetivo do projeto não pode, em momento algum, ser confundido com nenhum tipo de cooptação para a esfera de governo ou para a esfera da ação de instituições e organizações da sociedade civil, as chamadas ONGs, cuja principal característica é justamente a sua autonomia, a sua independência e o caráter de organização sem qualquer vinculação com o Poder Público e com organismos de Estado.

“Ao mesmo tempo, ao definir os propósitos, os objetivos e as regras pertinentes à parceria e a esta nova relação inaugurada pelo projeto com instituições da sociedade civil, também chegamos à conclusão de que esse não seria um sistema excludente. Por exemplo, ele está vindo para conviver com aquele sistema que conhecemos, mediado pelas regras que definem as instituições filantrópicas.

“Não se trata, portanto, de sistema que substituirá a filantropia praticada pelas Santas Casas e por associações que têm regras próprias e legislação específica. Ele dispõe sobre o reconhecimento de tais entidades e sobre os mecanismos necessários para que elas realizem certas associações com o Poder Público na realização de seus serviços.

“Sr. Presidente, como referência para a elaboração do substitutivo, registramos que ao longo dos últimos anos – especialmente

depois da aprovação do texto constitucional de 1988 – assistimos à edição de três leis em especial que representaram marcos da participação popular no processo de elaboração da política pública e na realização de seus objetivos. Trata-se da Lei Orgânica da Saúde, da Lei Orgânica da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, todos com seus respectivos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais. Eles estabeleceram novos instrumentos de participação popular na elaboração das políticas públicas. A sociedade organizada ganhou espaço para sugerir e capacidade para influir na deliberação de tais instâncias.

“Ao estabelecer esse novo instrumento, não poderíamos fazer um **by-pass** daquilo que os conselhos de produção de política pública tinham alcançado. Assim, foi preciso construir na lei pontos de contato que permitissem a participação desses conselhos no processo de funcionamento do novo sistema.

“Por fim, a lei estabelece um marco muito nítido: não permitimos qualquer confusão entre o sistema de parcerias, as chamadas organizações sociais e o processo de publicização executado pelo Governo Federal, via medida provisória já promulgada. Tal processo busca traduzir a estratégia do plano de reforma administrativa do Ministro Bresser Pereira e do Governo Fernando Henrique Cardoso. Além disso, a gratuidade dos serviços seria outra característica a indicar o rumo das parcerias.

“A partir dos marcos que estabeleceram as fronteiras do debate, iniciamos processo de negociação extremamente positivo. (...)

...

“Portanto, este parecer é hoje não apenas do Relator, já que o herdara de um ex-colega. Trata-se de um parecer de todos

aqueles que nos ajudaram. Este Relator nada mais é do que o porta-voz de acordo já celebrado e que, se não traz o melhor texto, traduz o texto político resultado da negociação.

Sr. Presidente, passo às mãos de V. Exa. substitutivo que incorpora várias das emendas já protocoladas. No entanto, a relatoria dirige um apelo aos autores das emendas. Em função do acordo obtido, solicitamos aos Srs. Deputados que retirem aquelas que de fato estão aqui contempladas, parcial ou totalmente. Em relação às emendas não incorporadas ao texto, pedimos a S. Exas. que ofereçam sua colaboração para produzirmos um texto que traduza o que for possível, em termos de consenso político, qualidade legislativa e inovações na prática de relacionamento entre as organizações da sociedade civil e o Poder Público.

“Portanto, Sr. Presidente, o parecer do relator é pela aprovação do projeto, na forma do substitutivo que neste momento apresenta à Mesa.”

As OS e OSCIP decorrem da Reforma Administrativa e constituem propostas de solução para desafios impostos nos dias de hoje à Administração, pelo incremento no número de protagonistas sociais, os quais imbuídos da noção de cidadania exigem efetividade da ação pública.

Se as OS, dadas suas características de quase administração, são objeto de crítica da comunidade, as OSCIP não encontram tantas resistências, uma vez que guardam a autonomia característica do terceiro setor.

Comprova-se empiricamente a não adesão ao modelo das OS com os relatos dos Tribunais de Contas de Minas Gerais e de Santa Catarina, mencionados

neste trabalho, segundo os quais não existem instituições dessa natureza naqueles Estados.

O crescimento do interesse da sociedade, por outro lado, com a qualificação de entidades como OCSIPs evolui com algum vigor.

Os números relativos à situação em setembro de 1999 foram apresentados no texto da Decisão 931/1999 – Plenário, prolatada pelo TCU, constantes do Anexo II deste trabalho, como: *Levantamentos preliminares, realizados por esta Equipe, apontam uma adesão incipiente do Terceiro Setor à nova lei (67 requerimentos ao Ministério da Justiça, até setembro/99) e um baixo índice de qualificação – como OSCIP – das entidades pleiteantes (menos de 4%).*

Se essa era a situação em 1999, os dados disponíveis atualmente, relativos a janeiro de 2002, demonstram significativo crescimento no número de instituições que procuram o Ministério da Justiça¹⁸, responsável pela concessão do título, para obterem a qualificação como OSCIP. A tabela a seguir transcrita, evidencia que de um total de 807 pleitos de qualificação, 42,5%, ou 343 entidades lograram obter a qualificação almejada. O que permite afirmar que a concessão do título entre setembro de 1999 e janeiro de 2002 decuplicou.

Número total de pedidos de qualificação para OSCIPs

Quadro III
Qualificação de OSCIPs

	1999	2000	2001	Total
Deferidos	8	83	252	343
Indeferidos	123	231	110	464
Total	131	314	362	807

¹⁸ Fonte: site do Ministério da Justiça, <http://www.mj.gov.br/snj/oscip>. Capturado em 14 de maio de 2002

3. O CONTROLE EXTERNO

A questão do controle, no contexto brasileiro das ciências sociais, era um assunto *meio tabu*, segundo anotou Carlos Estevam Martins¹⁹, para quem as pessoas preferiam evitar o assunto, temendo talvez provocar mal-entendidos e reações de reprovação, carregadas de emocionalidade.

Se a visão dominante, em maio de 1988, quando foi concebido o trabalho de Martins, era essa, de compreender-se controle como atividade ligada à repressão, hoje, ao contrário, a sociedade é cada vez mais interessada no tema.

Expressões muito frequentes na mídia como *transparência*²⁰ e *accountability*²¹ revelam a preocupação crescente da sociedade com o tema de controle, fato que, bem explorado, pode permitir ao sistema Tribunais de Contas ampla divulgação de seus deveres constitucionais e, conseqüentemente, de sua importância para o cidadão.

Essa quadra traz excelente oportunidade para modificar-se a visão sobre os Tribunais de Contas, haja vista que, como regra, a instituição mais que centenária Tribunal de Contas permanece desconhecida da sociedade em geral ou gozando de opinião pouco favorável entre os mais versados.

Por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em exposição na FIESP sobre O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras²², afirmou, a

¹⁹ MARTINS, Carlos Estevam. **Governabilidade e Controles**. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n.1, p.5, jan. 1989.

²⁰ O site <www.transparencia.org.br> mantido pelo capítulo brasileiro da Transparência Internacional contém informações sobre o tema transparência.

²¹ A propósito de accountability sugerimos o excelente texto de Anna Maria Campos. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português*. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, fev./abr. 1990

²² Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR) em 30/03/2000. Publicado no Caderno 18 de Debates do Instituto Roberto Simonsen da FIESP. São Paulo.

propósito da atuação das referidas agências: *Também não escaparão do controle, burocrático e burocratizante, dos Tribunais de Contas, sempre mais preocupado com pormenores do que com a realização da tarefa para o qual o ente foi instituído.*

A propósito da pouca visibilidade da instituição Tribunal de Contas cabe transcrever as constatações de Speck²³ :

“.. não somente a visibilidade pública da instituição do Tribunal de Contas é reduzida, como também as informações e análises acadêmicas a seu respeito são escassas. Nas ciências sociais, deparamo-nos quase com uma tabula rasa no que se refere a estudos sobre os Tribunais de Contas. Um olhar sobre a produção das ciências sociais em outros países revela uma situação não muito diferente. Isso é um tanto surpreendente, tendo-se em vista, de uma lado, a tradição secular dessas instituições nos vários sistemas políticos, e, de outro lado, a centralidade do tema do controle e da regulação nas ciências sociais.”

Pondé²⁴ lembra que o termo controle é encontrado nas letras jurídicas já em 1654:

“O termo, diz-se, vem do fato histórico do registro de um rol de atos jurídicos, exigido a partir e 1654, para efeito do pagamento de uma taxa: ‘c’est donc essentiellement opérer lê rapprochement entre un rôle et un contre-rôle, dont le contrôle est une contraction’ (BERGERON, G. Fonctionnement de l’Etat-(Colin) 51,52. Daí, duas versões: a do direito francês, segundo a qual o controle implica o reexame de um ato, ou situação jurídica, e outra, a do direito inglês, no sentido de poder diretivo, vigilância, domínio sobre uma atividade programada.”

Mannheim, citado por Pondé²⁵, observou que o controle é um derivado do poder:

²³ SPECK, Bruno Wilhem. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. Op. cit.

²⁴ PONDÉ, Lafayette. **Controle dos atos da Administração Pública**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, p. 131. n. 139 jul/set1998.

²⁵ PONDÉ, Lafayette. **Controle dos atos** ...op. cit.

“desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isto toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle. Nosso poder é avaliado pelo grau e extensão de nosso controle sobre os outros homens e, por sua vez, é controlado na medida em que os outros homens reagem sobre nossa vontade de nos controlar”

Da obra de Bruno Speck²⁶ retiramos modelo definidor das dimensões de controle entre Estado e sociedade aplicado para sistematizar o enfoque das ciências sociais sobre o tema do controle, como segue:

“O controle é um fenômeno elementar para a análise dos processos de organização e regulação social. Martins propõe um mapeamento útil para visualizar os vários aspectos do controle no sistema sóciopolítico, separando quatro dimensões, conforme o quadro abaixo:

Quadro IV

Quatro dimensões de controle entre estado e sociedade

	Controlador	Sociedade	Estado
Controlado			
	Sociedade	A	C
	Estado	B	D

Fonte: Bruno Speck, op. cit.

“A primeira dimensão (A) se refere ao controle que a sociedade exerce sobre si mesma. Formas de organização social, como costumes, normas e hábitos sociais, são afirmados por intermédio de mecanismos de sanção social, e perpetuados culturalmente através de processos descritos nas ciências sociais como de “socialização”. Sobre esses fenômenos, a teoria sociológica desenvolveu ampla literatura. O controle, nesse contexto, é mais uma categoria analítica do que um instrumento consciente do comportamento social. Dahrendorf explicitou os mecanismos de

²⁶ SPECK, Bruno Wilhem. **Inovação e rotina** ... op. cit

regulação social, nessa dimensão societária, por meio do conceito do “papel social”. A determinadas posições sociais são associadas expectativas de comportamento, e o controle que rege essas expectativas é exercido por grupos de referência, diferindo em relação à densidade da regulação e ao tipo de sanções aplicadas.

“A segunda dimensão (B) de Martins se refere ao controle que a sociedade exerce sobre o sistema político. A sociedade realiza esse controle por meio de uma ampla gama de mecanismos institucionais e extra-institucionais, sobre os centros decisórios do sistema político. Um dos pilares da filosofia política ocidental, a partir do pressuposto da soberania popular, é a construção de um modelo de governo baseado no controle institucionalizado que o povo soberano exerce sobre os seus representantes. Os mecanismos de representação e os processos informais de articulação de interesses são elementos centrais dessa concepção. Sistemas eleitorais, partidos políticos e grupos de interesse serão objetos de análise pelas ciências sociais. O exame desses mecanismos de regulação entre o sistema social e o sistema político foi um dos principais campos de investigação da ciência política no século XX.

“A terceira dimensão (C) se refere ao controle que o estado exerce sobre a sociedade. A expressão máxima desse poder é o uso legítimo da força contra os cidadãos que não obedecerem às normas acordadas coletivamente, o que é descrito por Weber como a característica a diferenciar o Estado moderno de outras formas de associação. Martins lembra que a obediência às leis é fraca no Brasil. O abuso de autoridade praticado por órgãos públicos é complementado pela desobediência civil, levada a efeito por grupos particulares. Mas o tema é mais abrangente do que essa situação limítrofe da aplicação de sanções. Ele abarca toda a esfera da formatação de processos sociais e econômicos, por meio da

intervenção intencional do poder público sobre a economia e a sociedade. Nessa definição ampliada, o tema do controle do estado sobre a sociedade é um dos pilares das ciências sociais e econômicas no século XX, preocupadas com o planejamento e a intervenção no processo de transformação social.

“Finalmente, a última dimensão (D) se refere ao controle que o sistema político exerce sobre si mesmo. Todas as democracias modernas dispõem de vários mecanismos de controle mútuo, baseados na constituição de instâncias relativamente autônomas, com poderes de revisão sobre a atuação de outras instituições. Na democracia brasileira, exemplos para esses controles internos são, entre muitos outros, o veto presidencial dos projetos de lei aprovados pelo Congresso, a possibilidade de responsabilização do presidente por improbidade administrativa pelo Senado, ou a revisão da constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal. Esses mecanismos regulatórios, conhecidos como checks and balances, eram temas importantes da ciência política clássica, oriunda da ciência do direito e caracterizada por sua abordagem institucional-legal.”

Bruno Speck segue dando os motivos que levaram a ciência social a abandonar o tema dos controles internos:

“A ciência política moderna, a partir de meados do século XX, orientada pela rejeição do enfoque legalista, abandonou o tema dos controles internos do aparelho estatal. É geralmente aceita a caracterização dessa dimensão como o controle ‘vertical’, contrapondo-se ao controle ‘horizontal’ apresentado no parágrafo anterior. As ciências sociais, até hoje, tendem a dar preferência aos mecanismos verticais de controle dos agentes públicos, em detrimento dos mecanismos horizontais.

“Apenas recentemente, os arranjos do controle público sobre os seus agentes ganham novamente o interesse dos cientistas sociais. Isso se deve, em parte, á reorientação metodológica na área, que redescobriu a importância das instituições como fatores do processo político. Além desse neo-institucionalismo metodológico, a realidade em muitos países também mudou, fortalecendo a autonomia e a independência de instituições concorrentes, e criando novas instâncias regulatórias intermediárias. O sistema de controles horizontais não se limita às instituições centrais do sistema político, como o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Em áreas específicas, ele envolve uma série de instituições regulatórias intermediárias, caracterizadas por um alto grau de autonomia, e não sujeitas ao processo de controle popular, como o legislativo ou o Executivo. O’Donnel é um dos autores que, recentemente, questionou os mecanismos de controle vertical da sociedade sobre os atores políticos, valorizando a importância do estudo dos controles horizontais.”

Speck, continua enfatizando a necessidade de melhor definição da noção de instituições regulatórias:

“O conceito de instituições regulatórias intermediárias merece ainda uma definição mais precisa. Por enquanto, nos contentaremos com as suas funções específicas de regulação e de órgãos institucionalizados de forma permanente. Isso as separa de instituições criadas ad hoc , como comissões parlamentares de inquérito ou as comissões de sindicância, no âmbito do Legislativo. Outras características são um alto grau de autonomia em relação à própria organização institucional e à interpretação da tarefa de controle. Instituições regulatórias intermediárias, dentro dessa definição, podemos encontrar nos bancos centrais autônomos; na nova figura do ombudsman; nas ouvidorias (sob certas condições); no Ministério Público (no caso brasileiro); e nas

instituições superiores de controle financeiro, isto é, os Tribunais de Contas. Essas peculiaridades estão ausentes nos mecanismos burocráticos de controle, subordinados ao princípio hierárquico e agindo dentro de uma estreita gama de normas formais ou de atividades programadas.”

Com vistas a definir o campo de análise, utilizaremos a definição proposta por Ferraz²⁷ para controle externo. Segundo o autor: *Convencionou-se denominar controle externo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da Administração Pública, a cargo do Legislativo e do Tribunal de Contas.*

São retirados da obra de Ferraz os ensinamentos sobre controle aqui reproduzidos, os quais mais especificamente interessam sob o enfoque próprio da atuação dos Tribunais de Contas,

“A atividade de administração pública (estatal) é, como toda atividade de administração, adstrita a uma finalidade cogente. A mutiplicidade de relações que se colocam a cargo do estado pressupõe a existência de planejamento, organização, direção, coordenação e, sobretudo, controle em variadas formas.

A existência do binômio controle/responsabilidade dita a face democrática do Estado.”

“Accountable government is deemed to be good government, and carries with it connotations of advanced democracy. Governments which can be characterised as unaccountable or not properly accountable are likely to provide fertile ground for the cultivation of authoritarianism, totalitarianism and every type of abuse of power” (Pyper, Robert in Luciano Ferraz. Controle da Administração Pública)”

“O instrumento que possibilita, portanto, o equilíbrio de forças no exercício do poder estatal é as Constituição, bem como as leis que dela derivam. De fato, para que haja um efetivo controle da administração Pública, é mister a existência de funções independentes e com garantias

²⁷ FERRAZ, Luciano. **Controle da Administração** ... op. cit., p. 122

de autonomia, de sorte que no Estado reine outro princípio, evidenciado na expressão *check and balances*, que denota a separação dos “poderes” do Estado.

Podemos dizer que o controle está conectado ao exercício de todas as funções estatais, independentemente do órgão competente para exercê-lo. Afigura-se uma forma, quiçá a maior delas, de garantia dos administrados, em nome dos quais se justifica a própria existência do Estado.

Em síntese: o controle é inerente ao Estado de Direito Democrático.

Hely Lopes Meirelles conceitua o controle, em tema de Administração Pública (Estado), como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”

O Estado brasileiro, em particular, consagra variadas formas de exercício da atividade de controle, as quais encontram guarida na própria Constituição ou em outros diplomas legais. Podemos, para fins didáticos, dividi-las da seguinte forma:

- a) quanto ao órgão ou autoridade que o exercita: controle parlamentar, controle administrativo e controle judiciário;
- b) quanto ao posicionamento dos órgãos controlado e controlador: controle interno e controle externo;
- c) quanto ao momento em que se efetiva: controle prévio, concomitante e posterior;
- d) quanto à forma de instauração: controle *ex officio* ou por provocação;
- e) quanto à extensão do controle: controle de legalidade, controle de mérito e controle de resultados.”

Luciano Ferraz prossegue dando conteúdo a cada uma das categorias de controle propostas:

“O controle parlamentar da Administração Pública pode efetivar-se de duas maneiras: diretamente, quando exercitado *motu proprio* pelo Poder Legislativo; indiretamente, quando efetivado pelo legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

Na Constituição de 1988, o controle parlamentar direto tem previsão para se efetivar, maxime, sobre os atos do Poder Executivo. É o controle político.

O artigo 49, X, dá ao Congresso Nacional competência genérica para ‘fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta’.

“A expressão máxima desse tipo de controle no Brasil é a possibilidade de perda do mandato pelo Presidente da República, Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e Advogado-Geral da União, por prática de crimes de responsabilidade (arts. 51, I; 52, I; 85; e 86 da CF/88). Para além, outras possibilidades de controle parlamentar há. Vejamos.

“O art. 50, caput, e seu § 2º, que tratam, respectivamente, da possibilidade conferida à Câmara, ao Senado ou a qualquer de suas Comissões para convocar Ministros de Estado ou titular de órgão diretamente subordinado à Presidência da República, para prestarem pessoalmente informações sobre assuntos previamente determinados, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada, e do encaminhamento por parte da Mesa da Câmara ou do Senado de pedidos escritos de informações às mesmas autoridades, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

“O art. 49, V, que atribui competência ao Congresso Nacional para promover a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitarem do poder regulamentar ou extrapolem o âmbito da delegação legislativa.

“O art. 58, § 3º, que trata das comissões Parlamentares de Inquérito, controle que tem sido constantemente utilizado pelo Congresso Nacional brasileiro (v.g., CPI do orçamento, CPI dos precatórios, CPI do sistema financeiro, CPI do Judiciário).

“O elenco de aprovações (posteriores) e autorizações (prévias) que competem ao Congresso (art. 49, I, II, IV, XII, XIII, XIV, XV e XI), a respeito de determinados atos do Poder Executivo, que também são espécies de controle do Legislativo.

“O controle parlamentar indireto tem previsão no art. 70, caput, da Constituição Federal e se efetiva com o auxílio do Tribunal de Contas. Engloba a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da Administração Pública (lato sensu). Nele, o Parlamento, posto que órgão político, tem o auxílio técnico do Tribunal de Contas, que lhe dá suporte necessário para o exercício da atividade.

Coadunando-se com o que dispõe o art. 49, X, da CF/88, o controle indireto atribuído ao Parlamento tem explícitas possibilidades que não excluem o controle direto e as competências que o constituinte exclusivamente deferiu ao Tribunal de Contas:

- a) julgamento das contas anuais dos Chefes dos Executivos, após parecer prévio do Tribunal de Contas (art.49, IX, da CF/88);
- b) solicitação ao tribunal de Contas para a realização de auditorias e inspeções por qualquer das casas legislativas, Comissão Técnica ou de Inquérito (art. 71, IV, da CF/88);
- c) sustação, após comunicação do Tribunal de Contas, de contratos administrativos eivados de irregularidades (art. 71, § 1º, da CF/88);
- d) sustação, por intermédio da Comissão mista permanente de orçamento, prevista no art. 166, § 1º, da CF/88, de despesa não autorizada que possa causar dano irreparável à economia pública, depois de ouvido o Tribunal de Contas (art. 72 da CF/88).

“O Controle parlamentar indireto (bem assim aquele realizado com exclusividade pelo próprio Tribunal de Contas) engloba aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais de todos os órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta.

“O parágrafo único do art. 70 estabelece o dever genérico de prestação de contas a toda pessoa física ou entidade pública ou particular que utilize, arrecade, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos pelos quais responda o Poder Público ou que, em nome deste, assumam obrigações de natureza pecuniária.

“Registre-se que a letra do parágrafo único do art. 70, em sua redação originária, somente fazia menção a pessoas físicas e entidades públicas, silenciando quanto a pessoas jurídicas privadas que lidassem de qualquer forma com recursos e patrimônio públicos.

“Todavia, a falta de inclusão dessas pessoas na letra do artigo não era suficiente para afastar a incidência do dever de prestar contas. Era óbvio que as pessoas jurídicas de direito privado também estavam sujeitas ao controle, levando-se em conta que a competência para tal se instala não em razão da pessoa, mas em razão da matéria (dinheiro e patrimônio público). A EC n. 19/98 alterou a redação do dispositivo, adequando-o ao que aqui afirmamos.

Feita essa observação preliminar, vejamos sob quais aspectos deve dar-se o controle, sendo certo que a constituição, de antemão, determina que sua incidência extrapola a mera atividade financeira do estado, abarcando também aspectos relativos a orçamento, contabilidade e bens que estejam sob o influxo da relação de administração pública ou do princípio republicano, na concepção de Ataliba.

“Embora a fiscalização (atividade de contraste e verificação) integre a atividade de controle, utilizaremos os termos como sinônimos.”

a) Fiscalização financeira

“A atividade financeira do Estado, do ponto de vista substancial, é a procura de meios para a satisfação das necessidades públicas. Do ponto de vista formal, diz respeito ao conteúdo financeiro, expresso em moeda nacional, constante das contas que integram o acervo da contabilidade pública (refere-se à expressão monetária de receitas, despesas, perdas, extravios, etc.)

De acordo com as lições de Ataliba, ‘o controle financeiro é o conjunto de medidas de natureza fiscalizatória exercidas sobre o movimento de dinheiros e bens valiosos, de natureza econômica, manejados por administradores públicos, debaixo da relação de administração’.

“A propósito da atividade financeira do Estado com reflexo na forma de atuação da fiscalização das finanças, é oportuno lembrar a lição do professor Alberto Deodato:

“A Ciência das finanças, escrevi, está chamada a resolver os mais graves problemas contemporâneos. [...] Se sempre foi uma disciplina política é, hoje em dia, a própria ciência da administração pública. [...] A receita não é mais o amontoado de cifras escoando dos tributos que, quanto mais fiscais, melhores eram tidos, porque cobriam as despesas. E o legislador, no anseio de encher as arcas do tesouro, traçava no papel o resultado matemático dos novos encargos para a festa do equilíbrio orçamentário. A despesa já não é rol simples dos gastos, com o Estado impassível diante de poucos problemas de um mundo liberal, assistindo ao crescimento espontâneo da riqueza nascida da livre concorrência”

“Assume particular importância em termos de fiscalização financeira e orçamentária a figura do ordenador de despesa, que nos termos do art. 80 do Decreto-Lei n. 200/67, “é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem emissão de notas de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”

“É importante destacar dois aspectos que se colocam no art. 70, caput, da CF/88: a renúncia de receita e a aplicação da subvenções.

“A renúncia de receita foi pela primeira vez inserida no texto constitucional. “Ateve-se o constituinte, a nosso ver, à similitude existente entre a ação do administrador que gasta mal os recursos públicos e a ação do administrador que deixa, por qualquer motivo, de captá-los. Em verdade, a questão que diferencia uma e outra conduta, cinge-se tão-somente ao momento em que ocorrerá a lesão ao erário. Na despesa malfeita, ela se dará posteriormente ao ingresso do recurso nos cofres públicos, na renúncia de receita antes da ocorrência desse ingresso.

“Os benefícios fiscais concedidos pelo poder Público deverão ser objeto de controle, pelo qual verificar-se-á a eficiência, eficácia e economicidade das renúncias, bem como o benefício socioeconômico delas resultantes.

“As subvenções, sua concessão e aplicação também serão objeto de controle, mediante inspeções, auditorias, tomada ou prestação de contas, cabendo verificar o cumprimento dos objetivos acordados, a correta aplicação dos recursos e a observância das normas legais aplicáveis. Dividem-se as subvenções, de acordo com o que preceituam os art. 16 e segs. da Lei n.º 4.320/64, em sociais e econômicas.

“As sociais destinam-se a instituições públicas ou privadas sem finalidade lucrativa e ligadas à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica. Quanto a elas, pertinente é a advertência de J. Teixeira Machado e Heraldo da Costa Reis:

“Nestas condições, as subvenções não devem representar a regra, mas ser supletivas da ação da iniciativa privada em assuntos sociais. Isto significa que, se o ente governamental desejar ou puder entrar neste campo de atividades, deverá fazê-lo diretamente por sua ação reservando as subvenções, apenas, para suplementar e interessar a iniciativa dos particulares.

“Já as subvenções econômicas destinam-se a empresas públicas (para cobrir déficit de manutenção) e empresas privadas de caráter industrial, comercial, agrícola e pastoral, no intuito de cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo governo, de gêneros alimentícios ou de outros materiais (preço político), ou, ainda, para o pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais. Condicionam-se, assim, como as anteriores, à expressa concessão autorizada em lei especial e previsão orçamentária.”²⁸

b) Fiscalização orçamentária

“O orçamento é instrumento fundamental no dia-a-dia da Administração Pública, eis que responsável por definir o modo de funcionamento da máquina financeira e administrativa do Estado.

“A idéia de orçamento estatal não se desloca, no essencial, do orçamento de qualquer particular. Trata-se de previsão de receitas e fixação de despesas de determinado sujeito durante certo período.

“Em termos de finanças públicas, a essa noção adere outra de natureza política, posto que o orçamento é autorização, consentimento popular (povo - titular da soberania) do gasto público e dos sacrifícios necessários para o seu financiamento.”

Arremata Souza Franco:

“O orçamento do Estado pode assim ser definido como a autorização política para cobrar receitas e efetuar despesas durante um certo período, em regra anual, a qual condiciona toda a atividade da Administração no ano financeiro”

A importância da programação do orçamento foi tratada de maneira objetiva pelo constituinte de 1988. Na linha dos modernos métodos orçamentários, a Carta cidadã contemplou vários dispositivos (arts. 165 a 169) que demonstram a preocupação com o planejamento da atividade estatal (v.g., arts. 21, IX; 30, VIII; 43,II; 48,II; 49,IX; 68; 74,I; 84,XXIII; 174, caput e § 1º, 182).

²⁸ Pedro Lino, em seu Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, sustenta que esse dispositivo da Lei n. 4320/64 não foi revogado com a edição da Lei Complementar n.101, de 4 de maio de 2000, ao contrário, afirma: *A interpretação que agora estamos propondo – o artigo normatiza apenas as subvenções econômicas, não as sociais -, além de ser mais lógica, é também a que permite a manutenção dos programas de incentivos ao desenvolvimento das organizações sociais, pelo menos nos termos como são tratadas em nível de legislação estadual.* Editora Atlas. São Paulo. 2001. p. 114.

O orçamento- programa possibilita a articulação conjunta e dirigida da ação estatal para o cumprimento de matas prioritárias predefinidas que não dependem, em tese, dos sabores das conveniências políticas, ou melhor, das conveniências da política.

Nesse compasso, o art. 165 previu a iniciativa privativa do executivo (gestor da grande massa dos recursos públicos) das leis que versem o Plano Plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento, que terão suas peculiaridades tratadas na lei complementar aludida no art. 163, caput.

De maneira geral, podemos dizer que o Plano Plurianual estabelecerá, de forma generalizada, as diretrizes, os objetivos e as matas para as despesas de capital (de investimento) e outras delas decorrentes e para os programas de duração continuada. Em outras palavras, será responsável pela fixação das prioridades de investimentos a médio e longo prazos, que vincularão as despesas de capital a serem consideradas quando da elaboração, a cada ano, da lei de Diretrizes Orçamentárias. Todo e qualquer programa de governo deverá estar contemplado no Plano Plurianual. Esta é a razão do disposto no § 1º do art. 167, que proíbe o início de investimentos que ultrapassem um exercício financeiro sem inclusão no Plano Plurianual, sob pena de crime de responsabilidade.

A Lei de Diretrizes é lei anual que antecede a elaboração do orçamento. Dirá de que forma o Plano Plurianual deverá ser posto em execução nos exercícios, dissecando os objetivos e as metas prioritários. É concebida como verdadeiro foro de debates para determinar as despesas e investimentos que deverão constar da proposta orçamentária a ser elaborada pelo Executivo. A teor do disposto no art. 166, § 4º, da CF/88, não poderá conter matérias incompatíveis com o Plano Plurianual, e, em consequência, o seu conteúdo vincula o conteúdo da Lei de meios.

A lei orçamentária anual será responsável por autorizar o gasto do dinheiro público para o exercício financeiro a que se destina, dando cumprimento à etapa do plano a que corresponda.

O constituinte criou um sistema legal para satisfazer de maneira mais eficaz as necessidades coletivas, priorizando sempre a vontade popular, ainda que indireta. O orçamento-programa, observa José Afonso da Silva, “ ... tem caráter dinâmico, como é próprio das estruturas. Não se trata, por isso, de simples justaposição de planos, mas de uma vinculação permanente e contínua, que não admite interrupção, de

sorte que os planos mais gerais ou globais abrangem os mais concretos e a execução destes lava à materialização daqueles”

O controle orçamentário, a nosso ver, não deverá se esgotar na verificação das autorizações de despesa previstas no orçamento anual e sua fiel execução. Deverá proceder ao confronto entre o que disciplina a Lei de Diretrizes Orçamentárias respectiva e o Plano Plurianual, no intuito de dar cumprimento aos programas previamente traçados pelos representantes do povo. O planejamento e sua esmerada execução são imprescindíveis à administração eficiente.

c) Fiscalização operacional

“A idéia de operacionalização advém da Ciência da Administração e sugere a retidão de fins e a racionalização de meios. É diretamente proporcional ao dever de boa administração. Conecta-se ao princípio da otimização dos resultados que engloba aspectos relativos à eficiência, eficácia e economicidade, os quais serão objeto de considerações posteriores. Como esclarece o professor e Conselheiro do Tribunal de Contas do Paraná, João Feder:

“ A finalidade da Auditoria Operacional – diferentemente do controle de legalidade – tem em vista melhorar a economia, a eficácia e a efetividade dos programas de governo. Economicidade, aqui entendida no sentido de proceder de maneira econômica, a custo baixo e, se possível, a custo mínimo. Ou seja, gastar menos. Eficácia, no sentido de maximizar a produtividade com o mínimo de insumos. Ou seja, gastar bem. E a efetividade, no sentido de averiguar se foram atingidos os resultados programados. Ou seja, gastar racionalmente.”

d) Fiscalização patrimonial

“O aspecto relativo ao patrimônio estatal (em sentido amplo) deve ser objeto de fiscalização. Envolve bens pertencentes à Administração Direta e Indireta, incluídas as sociedades de economia mista e empresas públicas.

Envolve, sobretudo, questões relativas à identificação, quantificação, avaliação, revisão e classificação dos bens públicos cuja guarda,

conservação, utilização, aplicação, disponibilização e alienação são confiados a determinados agentes públicos ou mesmo a particulares.

Consoante leciona Frederico Pardini, “uma boa política patrimonial é o mínimo que se poderia esperar da Administração Pública, é o equilíbrio entre o ‘Haver’ e o ‘Dever’. O ‘haver’ o patrimônio como público (que a todos pertence) e o ‘dever’ de tratá-lo como tal.

A avaliação dos elementos patrimoniais, conforme o art. 106 da Lei n. 4.320/64, obedecerá à normas seguintes:

- I- os débitos e créditos, bem como os títulos de renda pelo seu valor nominal, feita a conversão, quando em moeda estrangeira, à taxa de câmbio vigente à data do balanço;
- II- os bens móveis e imóveis, pelo valor de aquisição ou pelo custo de produção ou de construção;
- III- os bens de almoxarifado, pelo preço médio ponderado das compras.

“Relativamente aos bens públicos, o Código Civil (art. 66) classifica-os em bens de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas, praças etc.; bens de uso especial, tais como edifícios ou terrenos aplicados a serviços do poder Público, os dominicais, isto é, os que constituam patrimônio direto ou indireto dos entes federativos. (A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2003, no particular, manteve a mesma classificação dos bens públicos em: a) de uso comum do povo; b) de uso especial e c) dominicais, conforme se tem no seu artigo 99).

Geraldo Ataliba, a respeito dos bens sujeitos a controle assere:

“Serão bens sujeitos a controle todos aqueles que – debaixo da relação de administração, compreendida sob o influxo do princípio republicano – representem a tradução em objetos economicamente estimáveis, do que foram antes os dinheiros públicos, ou seja, dos bens em que se converteram esses dinheiros. [...] de todo o exposto, parece-nos lícito concluir que o conceito de bem para o efeito de controle financeiro é o mais amplo possível, abrangendo dinheiros, direitos de conteúdo econômico e toda e qualquer coisa – em que o dinheiro se pode converter – imputável a qualquer título às pessoas públicas e às entidades da administração indireta, mesmo as regidas por regime de direito privado. [...] Em conseqüência, devem entender-se por

bens, para o efeito do irresistível controle externo, todas e quaisquer coisas materiais ou imateriais, dotadas de valor econômico atual ou potencial, afetadas de algum modo à atividade administrativa.”

e) Fiscalização contábil

“A fiscalização contábil, como o próprio nome diz, relaciona-se com a Ciência da Contabilidade, no caso do Estado, Contabilidade Pública.

De acordo com as conclusões do estudo realizado pela Contadoria Central do Estado, em 1954, a Contabilidade Pública pode ser conceituada como “o ramo da contabilidade que estuda, orienta, controla e demonstra a organização e execução da fazenda Pública; o patrimônio e suas variações. Atualmente, tem disciplina na Lei 4.320, de 17/3/64.

A Contabilidade, nos termos do art. 83 da Lei n. 4.320/64, é responsável por evidenciar a situação de quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuam despesas, administrem ou guardem bens que a ela pertençam ou sejam confiados. É um sistema de contas que possibilita o registro, o controle e a análise dos atos e fatos administrativos e se efetua por meio da técnica denominada método das partidas dobradas.

As contas são escrituradas em quatro diferentes sistemas: a) Orçamentário; b) Financeiro; c) Patrimonial e, d) Compensação.

Controle administrativo

“Controle administrativo ou executivo é o exercido por todos os órgãos sobre suas respectivas administrações, com o objetivo de assegurar a observância do direito e a satisfação das necessidades coletivas e dos interesses individuais.

Esse controle decorre, em primeiro lugar, do princípio da autotutela, consubstanciado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que estampa:

“ A Administração Pública pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Em segundo lugar, decorre da estrutura da Administração, que induz os princípios da hierarquia e da tutela, já apresentados.

O controle administrativo pode dar-se de diversas formas: fiscalização hierárquica e recursos administrativos na Administração Direta, supervisão na Administração Indireta (arts. 19 a 26 do Decreto-Lei n.200/67) e, ainda, por outras formas descritas em lei, como é o caso da prestação de contas (art. 74 da CF/88).

Controle judiciário.

“O controle judiciário tem matriz na regra do art. 5º, XXXV, da Constituição da República. É exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Poder Executivo e da administração dos demais órgãos do Estado, bem como da congruência dos atos legislativos com a Constituição

Vários são os meios colocados à disposição dos administrados para provocar o controle dos atos da Administração por parte do Poder Judiciário.”

Luciano Ferraz lembra que o atual Texto Magno abarca a possibilidade de instauração de controle jurisdicional, pela simples ameaça de lesão, e não somente quando esta se efetive, como fazia a Constituição pretérita e transcreve lição de Hely Lopes Meirelles .

“Em princípio, cabem contra a Fazenda Pública todos os procedimentos judiciais contenciosos aptos a impedir ou reprimir a ilegalidade da Administração, a invalidar o ato ilegal ou abusivo e propiciar a reparação do dano patrimonial causado ao administrado. Mas há ações especiais, adequadas para coibir determinadas ilegalidades ou abusos de autoridade e, até mesmo, invalidar a lei em tese quando inconstitucional...”

“Tais remédios estão dispostos na própria Constituição ou em outras leis: mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX, LXX, e lei n. 1.533, de 31/12/51); ação popular (art. 5º LXX, e Lei n. 4.717, de 29/6/95); ação civil pública (Lei n. 7.347, de 24/7/85 e art. 129, III, da CF/88); mandado de injunção (art. 5º, LXXI); habeas corpus (art. 5º, LXVIII e arts. 647 e segs. do Código de Processo Penal; habeas data (art. 5º, LXXII, a e b); ações diretas de inconstitucionalidade por ação (art.

102, I, a, da CF/88 c./c. art. 103), por omissão (art 103, § 2º); e ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º, da CF/88), dentre outros.

Controle prévio, concomitante ou posterior

Controle prévio

“Controle prévio é o que se perfaz antes de o ato objeto do controle emanar os seus efeitos. Ele antecede à mudança que se operará no mundo jurídico, com a prolação do ato. É o que se dá, por exemplo, com as autorizações que proferem as Casas Legislativas para determinados atos do Executivo (v.g., autorização por parte do senado Federal para as operações externas de natureza financeira dos entes da federação e territórios – art. 52, V, da CF/88), com o controle de constitucionalidade realizado pelas Comissões próprias das Casas Legislativas, na forma regimental, com a liquidação das despesas (art. 63 da lei n. 4.320/64), etc.

Controle concomitante

“Concomitante ou sucessivo é o controle que acompanha a realização do ato, visando verificar a regularidade de sua formação. Como exemplo têm-se as auditorias, que podem ser realizadas a respeito da execução orçamentária (art. 71, IV da CF/88), e a fiscalização da execução de um contrato administrativo pelos órgãos do controle interno e externo (art. 71, § 1º, da CF/88), etc.

Controle posterior

“Controle posterior é o que se perfaz após a conclusão do ato controlado, visando sanar eventuais defeitos, declarar a sua nulidade, quando viciado, ou reconhecer-lhe a plena eficácia, exempli gracia, o ato de homologação das licitações e concursos. Outro exemplo é o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Controle interno e controle externo

Controle interno

“Controle interno é, segundo Debbasch, o exercido pela administração sobre si mesma. Instaura-se sempre por ocasião da edição de atos administrativos (por qualquer dos órgãos do Estado). Decorre da própria noção de hierarquia (e tutela) e incide também sobre atos que acarretem despesas públicas. Pode dar-se por iniciativa própria do órgão controlador (autocontrole⁰ ou mediante a provocação dos interessados pelo exercício do direito de petição art. 5, XXXIV, a, ou mediante a interposição de recursos administrativos.

Releva registrar que a Constituição de 1988, na parte referente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, estampa, em seu art.74, que os Poderes legislativo, Executivo e judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento de metas previstas no Plano Plurianual, a execução dos programas de governo e do orçamento da União; II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional; e, em seu parágrafo único, prevê a responsabilização solidária dos responsáveis por esse controle quando tomarem conhecimento de irregularidades ou ilegalidades (com relação aos gastos públicos) e não a levarem ao conhecimento imediato do tribunal de Contas.

Sinteticamente, o controle interno é a “fiscalização que a Administração exerce sobre seus próprios atos, incluindo os órgãos que compõem a Administração Direta (controle cêntrico) e também aqueles que integram a Administração Indireta (controle excêntrico)”, com o objetivo de verificar ‘a regularidade dos atos realizados e controlando as operações financeiras, além de prestar auxílio ao controle externo quando necessário”.

Não só o Poder Executivo, mas também o legislativo, o judiciário, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e as entidades da Administração Indireta deverão manter órgãos responsáveis pelo controle interno de suas respectivas administrações.

Controle externo.

“Controle externo é exercido por órgão diverso, não pertencente à estrutura do responsável pelo ato controlado, como o controle que o Poder Judiciário pode vir a realizar sobre os atos do Poder público, o controle direto ou indireto a cargo do Congresso Nacional e o realizado pelo Tribunal de Contas.

Controle de ofício ou por provocação

Controle de ofício

“Controle ex ofício (de ofício) é o que se instaura independentemente de provocação do administrado ou de qualquer outro órgão pertencente à estrutura do Poder Público. Pode dar-se tanto no cumprimento das competências funcionais do órgão de controle quanto por expressa imposição normativa que determine sua instauração. Serve de exemplo o próprio Tribunal de Contas quando realiza inspeções e auditorias motu proprio (art. 71, IV) e quando julga, por expressa imposição constitucional, as contas de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (art. 71,II).

Controle por provocação.

“Controle por provocação é aquele que se instaura mediante o requerimento do administrado ou de outro órgão detentor da legitimidade para tal. É o que se dá, v.g., com o controle jurisdicional e, em alguns casos, com o controle exercido pelos Tribunais de Contas (art. 74, § 2º, da CF/88), conforme se verá.

Controle de legalidade, controle de mérito e controle de resultados.

Controle de legalidade.

“O controle de legalidade é decorrência do próprio princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito.

Este princípio é, não raras vezes, confrontado com o princípio da autonomia das vontades, com o jargão: “No direito privado é possível fazer aquilo que a lei não proíbe, ao passo que no direito público apenas é permitido fazer aquilo que a lei prescreve”, no intuito de demonstrar a faixa que limita a sua incidência, denotando a dicotomia direito público/privado. Em verdade, a incidência do princípio da legalidade sobre negócios privados (e diga-se: é essa a razão da dicotomia público-privado) é meramente formal, enquanto na seara dos negócios públicos é substancial, preenchido pela finalidade pública, que norteia toda a atividade estatal.

Nessa linha, preceitua Alessi:

“ como si vede la conformità alla legge, fonte della giuridicità e, quindi della validità, dell’attività amministrativa, deve essere non soltanto formale – tale essendo il rispetto delle prescrizioni formali di cui si è fatto cenno – ma puranco sostanziali, tale essendo il rispetto del limite sostanziale inerente al grado de interesse che sustiene in concreto per giustificare l’esplorazione dell’attività .”

E continua, alicerçado em Barassi:

“ Com ciò, como se vede, il diritto pubblico si differenzia sostanzialmente dal diritto privato, per il quale la conformità alla legge (legittimità) fonte della validità dei negozi privati, mantiene un carattere meramente formale, in quanto che essa consiste, da un lato, nel rispetto di eventuali divieti, posti a diretta tutela della società, concernenti l’oggetto del negozio; e d’altro lato, nella sussistenza di volontà, idonei a garantire che la volontà stessa sia seria ed effettiva”

Depreende-se que a compreensão do verdadeiro sentido do princípio da legalidade extrapola a antiquada idéia de subsunção, pura e simples, do fato à norma. Assume, no Estado de Direito democrático, o caráter de sistema de valores (éticos, sociais, etc.), princípios que se entrelaçam em

um todo harmonioso. Nessa linha de raciocínio, salientam-se os ensinamentos do lusitano Antônio de Souza Franco:

“... para a legalidade não ser uma realidade meramente formal mas se configurar como a ordem ética de um Estado de Direito, ela tem de acolher – de harmonia com critérios que, em outra dimensão preceptiva, hão-de-ser os do próprio legislador – perspectivas, pontos de vistas, eventualmente saberes científicos ou técnicos que se situam fora do Direito, mas não são apenas juridicamente relevantes, senão também, em muitos casos, juridicamente determinantes.”

Nitidamente imbuído desse espírito, o constituinte de 1988 concebeu, ao lado do princípio da legalidade (art. 37, caput, e 70, caput), outros, como o da moralidade, o da impessoalidade, e o da publicidade (art. 37, caput), o da legitimidade (art. 70, caput), o da igualdade (art. 5º, caput) e o da boa-fé (art.231, § 6º)

“Especificamente com relação ao controle da legalidade, o órgão controlador deve, necessariamente, levar em consideração que

“ não basta o atendimento à lei formal para que se tenha uma conduta administrativa legal, de vez que incide sobre a administração também a lei ética, distinguindo-se o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto [...], o oportuno e o inoportuno, o conveniente e o inconveniente”

Pode-se dizer, nesta ótica, que controle de legalidade e controle de legitimidade são sinônimos.

É importante salientar que o Tribunal de Contas, no exercício da função que lhe compete, está apto a apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos a casos concretos, a teor do que dispõe a Súmula n. 346 do

STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das lei e dos atos do poder público”

Controle de mérito

“Entende-se por controle de mérito aquele destinado a verificar não o ato controlado em si, mas a avaliar a atividade administrativa, o efeito desencadeado pela prática do ato legítimo; vale dizer, a congruência entre o escopo desejado no momento de sua edição, e a efetiva mudança por ele proporcionada após a sua efetivação.

Amplamente difundido entre os órgãos de controle de modelo anglo-saxão – as controladorias-, embrenhou-se também no âmbito dos países que adotam o modelo dos tribunais de Contas, principalmente por influência da International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), organismo internacional que congrega as instituições de controle de diversos países.

“Acorde com as orientações dos Congressos da INTOSAI, o controle de mérito deve efetivar-se sobre a correção ou boa gestão financeira, maxime sobre aspectos relativos à economicidade, eficácia e eficiência do ato. Contudo, o controle não pode significar substituição da direção, “... o controlador assume a competência *ratione materiae* cabente ao agente público da Administração ativa, emissor do ato examinado, apenas para efeito de efetuar o controle”, nunca para usurpar atribuição que não lhe compete.

A economicidade exprime a idéia de proporcionalidade entre fins e meios, notadamente na relação custo-benefício. Impende que na ação administrativa se busque o melhor resultado pelo menor custo.

Nesse diapasão, não foi sem mérito que a Constituição brasileira elevou a economicidade a princípio constitucional (art. 70, caput,) para seus efeitos

sobre toda a atuação da máquina administrativa, pois, como adverte Juarez Freitas,

“... nosso País, insiste em praticar, em todas as searas, desperdícios ignominiosos de recursos escassos. Não raro, prioridades não são cumpridas. Outras vezes, pontes restam inconclusas, enquanto se principiam outras questionáveis. Traçados de estradas são feitos em desacordo com técnicas básicas de engenharia. Mais adiante, escolas são abandonadas, e, ao lado, inauguram-se novas. Hospitais são sucateados, mas se iniciam outros, que acabam por não serem concluídos. Materiais são desperdiçados acintosamente. Obras apresentam projetos básicos que discrepam completamente dos custos finais, em face de erros elementares. Por tudo isso, torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional está a vedar, expressamente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor interesse público”

Para a constatação da economicidade do ato é imprescindível, a nosso juízo, a sua motivação (descrição dos motivos que levaram à adoção do ato), de sorte que seja possível aferir os verdadeiros móveis que impulsionaram a ação estatal, bem como as opções que possuía o administrador no momento dessa ação.

A eficácia denota a idéia de produção do efeito desejado, de forma integral, plena. A eficiência complementa-lhe o sentido, pois, sugere a obtenção de melhores resultados, com vista a determinado parâmetro de comparação considerado ótimo. Ambas, eficácia e eficiência, já haviam sido elevadas a sede de princípios constitucionais, no que respeita à aplicação dos recursos públicos, por força do art. 74, II, da CF/88. A EC

n. 19/98 incluiu uma vez mais o princípio da eficiência no texto Constitucional (art. 37, caput)

A propósito da nova redação da cabeça do artigo 37 da CF/88, alterada pela EC n. 19, de 04-06-98, que lhe acrescentou o princípio da eficiência, tivemos a oportunidade, durante o XX Congresso Brasileiro dos Tribunais de Contas, realizado em Fortaleza, no período de 12 a 16 de outubro de 1999, apresentar tese denominada *O Princípio da Eficiência e os Tribunais de Contas*²⁹.

Voltando a Luciano Ferraz:

“Em suma: o controle de mérito visa aferir se a ação do administrador público alcançou o resultado pretendido da melhor forma e com menos custos para a Administração.

Visto dessa forma, poderíamos dizer que o controle de mérito abrangeria o denominado controle de resultados. Todavia, Gualazzi sintetiza a distinção:

“ ... o controle de resultados significa um alargamento do controle de mérito, no tocante à avaliação crítica da atividade administrativa. O controle de resultados ultrapassa o controle de mérito: o de mérito conecta-se apenas aos primeiros momentos de execução da atividade (assim permanecendo em nível hipotético, quanto aos resultados finais), ao passo que o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa, já caracterizada e encerrada. Em termos lógico-formais de extensão, o controle de legitimidade apresenta extensão mínima, o de mérito extensão média e o de resultado extensão máxima.”

²⁹ BALEEIRO, Renan e BALEEIRO NETO, Jayme. **O Princípio da Eficiência e os Tribunais de Contas**. In **Os Tribunais de Contas e as Reformas Constitucionais – Quatro Estudos**. Edição do TCE Bahia. Salvador, 1999.

Controle de resultados e reforma do Estado

“Os planos de reforma do Estado brasileiro vêm todos munidos de uma sistemática desburocratizante que privilegia o controle de resultados. Os contratos de gestão são os instrumentos eleitos para a implantação dessa sistemática, eis que, por seu intermédio, órgãos (?) e entidades públicas têm sua autonomia aumentada. Como consequência, há a flexibilização dos controles, os quais, hipoteticamente, devem atentar apenas para o cumprimento de metas (objetivos)

Em verdade, toda essa transformação passa pela crítica ao modelo weberiano de organização formal – a burocracia racional.

“ A hierarquia, cuja origem é mágica e religiosa, passou a ser burocrática quando foi organizada de maneira racional, constituindo uma corrente de funções arranjadas numa relação escalar com o poder superior sobre o imediatamente inferior. Nessa corrente, cada cargo é constituído como um pequeno sistema de direitos e deveres em situação de interação com os demais cargos, superiores e inferiores.

“Assim também ocorre nas relações interorgânicas e interpessoais, no seio da Administração Pública. Não há nada de novo no modelo de administração que se pretende implementar. É uma tentativa de aplicação de teorias próprias da administração na organização estatal, classicamente burocratizada, mas, em realidade, buropatológica.”

Controle exercido diretamente pelo Tribunal de Contas.

“Não obstante o caput dos artigos 70 e 71 da Constituição da República em princípio ter confiado ao legislativo (com o auxílio do tribunal de Contas) a titularidade do controle “externo” da Administração Pública,

este último dispositivo elenca competências (I a XI) que são atribuídas exclusivamente ao Tribunal de Contas, razão pela qual se torna imperiosa a existência de uma seara de movimentos (atos) da Administração, cujo controle compete tão-somente a este órgão. A propósito, é precisa a anotação de Frederico Pardini:

“ Se, por um lado, como declara a Constituição em seu art. 71, caput, o controle externo está a cargo do Congresso Nacional, e será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, por outro lado, no mesmo caput, está claramente preceituado que todas as competências enumeradas nos incisos I a XI, do mesmo art. 71, são outorgadas diretamente ao Tribunal de Contas. É ao Tribunal de Contas que compete o exercício e a prática da maioria absoluta das atividades de controle externo, ou seja, o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos e desempenho dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade, fiscalização esta que, como dispõe o art. 70, será exercida mediante controle externo, e pelo controle interno de cada poder.”

“Portanto, o constituinte de 1988 repartiu a competência para o controle contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional da Administração Pública por dois órgãos estatais: o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas. Quando o Poder Legislativo atua nessas searas, o faz com o auxílio do Tribunal de Contas, que, por sua vez, recebeu do constituinte competências que lhe são próprias e exclusivas.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁰ também enfatiza as competências exclusivas do Tribunal de Contas, o faz com lastro na jurisprudência e em doutrinadores de escol, ao tratar do poder de julgar contas posiciona-se:

“... mereceu detido exame de brilhantes juristas pátrios, a iniciar-se pelo Procurador Ministério Público junto ao TCU, Leopoldo da Cunha Melo, asserindo que o “Tribunal de Contas não é um simples órgão administrativo”, mas exerce “uma verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos.

Também Pontes de Miranda, com seu perene brilho, sustenta que “a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*.

Nesse sentido já se pronunciou a Justiça Federal: “O TCU só formalmente não é órgão do poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado.

A própria Constituição Federal em vigor, respeitando a linha ortodoxa e histórica, assentou inequivocamente essa natureza ao referir a “julgar”, quando elencou a competência, e “judicatura”, quando se referiu ao exercício do cargo de Auditor, Ministro substituto.”

Merece registro, ainda, que, com a edição da Lei Complementar n.º 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, ou LRF, outros poderes e formas de controle foram deferidos ao Tribunal de Contas.

O parecer prévio, doravante, não cuida apenas das contas prestadas pelo Presidente da República, deve abarcar os três poderes e o Ministério Público e o

³⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, p. 167 e segs, n.º. 142 abr/jun, 1999.

Tribunal de Contas manifestar-se-á, separadamente, sobre cada um dos Poderes e sobre o Ministério Público, no termos do *caput* do artigo 56 da LRF.

A referida Lei institui também uma nova forma de controle que se pode denominar de alerta e deferiu competência ao Tribunal de Contas para exercer esse alerta.

Cid Heráclito de Queiroz³¹ assim elencou as novas formas de controle:

“A **fiscalização da gestão fiscal** caberá ao Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e ao sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público (art. 51, *caput*). “Os Tribunais de Contas **alertarão** – é a expressão do art. 59, § 1º, - os órgãos referidos no art. 20 [os três poderes e o Ministério Público] quando constatarem” as irregularidades que enumera. Caber-lhes-á, outrossim “**verificar**” os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e do MP e “**acompanhar**” o cumprimento das disposições relativas à aquisição de títulos da União, pelo Banco Central, e à proibição de o Tesouro Nacional adquirir títulos da dívida pública federal existentes na carteira daquela instituição (art. 59).

A competência dos Tribunais de Contas, para apreciar e julgar os atos que importem em descumprimento das normas da LRF, não está expressamente estabelecida, como previa o projeto do Executivo, mas decorre do disposto no art. 71 da Constituição. (grifos do original)”

Moreira Neto³² afirma, relativamente aos novos tipos de controle postos à disposição do Tribunal de Contas:

³¹ QUEIROZ, Cid Heráclito de. **A Lei de Responsabilidade Fiscal no Contexto da Reforma do Estado**. Artigo publicado no site www.federativo.bndes.gov.br. Acesso em: 20 de abril de 2001

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 566.

“A Carta de 1988, acrescentando ao tradicional controle financeiro e orçamentário as dimensões operativas, em termos de eficácia, eficiência, economicidade e legitimidade, sem dúvida conclui um ciclo de aperfeiçoamento constitucional do sistema de controle de contas, superando antiquadas modalidades registrárias, mantidas apenas em matéria de administração de pessoal (admissões, acumulações, aposentadorias, reformas e pensões) às quais se acrescentou recentemente o **controle prudencial**, de natureza concomitante, sobre a gestão fiscal. (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) (grifo nosso).”

Carlos Ayres Britto³³ no artigo em que deixa clara a autonomia do Tribunal de Contas frente ao Poder Legislativo, utiliza-se da seguinte comparação com o Ministério Público:

Assim como não se pode exercer a jurisdição com o descarte do “Parquet”, também é inconcebível o exercício da função estatal de controle externo sem o necessário concurso ou o contributo obrigatório dos Tribunais de Contas. Mas esse tipo de auxiliabilidade nada tem de subalternidade operacional, vale a repetição do juízo.

Mais adiante, no mesmo estudo, Britto tece as seguintes considerações sobre o controle externo:

“Se bem observar o analista jurídico, o Congresso Nacional, em matéria de controle externo, ficou adstrito ao exercício das seguintes competências constitucionais: a) “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”; b) “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por

³³ BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, nº. 9, dez 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 de abril de 2002.

qualquer das suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (incisos IX e X do art. 49 da C.F,). Do lado de fora restaram, então, contas, relatórios e atos que não têm a protagonizá-los o Poder Executivo, quer por modo direto, quer indireto, exatamente porque a respectiva competência controladora cai sob a alçada do Tribunal de Contas da União (TCU). Não do Congresso Nacional, propriamente.

“Mas é de todo óbvio que o Parlamento Federal, agindo por si ou por qualquer de suas Casas ou ainda por Comissão específica, é de todo óbvio que ele não fica impedido de sindicatar sobre as unidades administrativas, agentes públicos e até pessoas privadas que atuem externamente ao Poder Executivo. Só que, nestas suposições, tem que recorrer aos préstimos do TCU para saber: a) da legalidade de despesas e receitas públicas; b) da regularidade de contas, sob os aspectos orçamentário, financeiro, patrimonial, contábil e operacional. Logo, tem que usar o TCU como *ponte* e para isso é que a Magna Lei fez embutir nas competências desse órgão (o TCU): “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II” (art. 71, inciso IV).

De todos esses aspectos do controle externo, dois preponderam nitidamente:

I - a verificação da compatibilidade da receita e da despesa com a lei orçamentária, por ser a lei orçamentária, no cotidiano da Administração Pública, o mais importante dos diplomas normativos infra-constitucionais.

Tanto assim que o art. 85 do Texto Magno, inciso VI, categoriza como crime de responsabilidade os atentados contra ela;

II - a gestão propriamente operacional da “res publica”, por ser o controle operacional aquele que busca saber até que ponto os atos de aplicação administrativa da lei homenagearam os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade e mais os princípios da economicidade, igualdade (que não se confunde com a impessoalidade) e eficácia.

Ao fim dessa exaustiva classificação de controles incidentes sobre a Administração Pública, podemos, com o apoio de Luciano Ferraz³⁴, afirmar que a atuação do Tribunal de Contas, em termos de controles, se caracteriza pelo exercício de: controle externo; controle posterior; controle concomitante e, excepcionalmente, controle prévio (art. 113, § 2º, da Lei n.º 8.666/93); controle de ofício ou por provocação; controle de legalidade, de mérito ou de resultados.

³⁴ FERRAZ, Luciano. Op. cit **Controle da Administração ...**

4. CONTRATO DE GESTÃO E TERMO DE PARCERIA

Seguindo a linha de raciocínio proposta, verificamos que o controle externo a cargo dos Tribunais de Contas, a ser exercido sobre Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, tem como eixo principal os pactos firmados pelas últimas com a Administração Pública.

Cabe, portanto, caracterizar a natureza desses instrumentos.

Assente, a teor das Leis n.º 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente, que Organizações Sociais firmam, com a Administração, Contrato de Gestão e que Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público assinam Termos de Parceria, vamos, em seguida, apreciar cada um dos tipos.

Começamos pelo Contrato de Gestão, dado inclusive que esse pacto tem matriz constitucional.

A Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/98, denominada Emenda da Reforma do Estado, dentre outras alterações que trouxe ao texto da Carta Maior, fez inserir, ao artigo 37, o parágrafo 8º, cuja dicção é:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

Essa a matriz constitucional dos Contratos de Gestão, os quais, como anota Cláudio Cairo Gonçalves³⁵ possuem:

duas feições distintas. A primeira está ligada à descentralização de serviços de interesse geral não exclusivos do estado, modalidade envolta em vários e severos questionamentos sob o ponto de vista de sua adequação ao ordenamento jurídico vigente no Brasil. A segunda verte-se para os contratos celebrados com os próprios órgãos e entidades da administração direta e indireta, modalidade que também é alvo de críticas, notadamente pela inexistência, até a atualidade, de diploma legal que disponha sobre a matéria, conforme previsão constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ ratifica a manifestação de Gonçalves ao afirmar que *os “contratos de gestão”, referidos em algumas leis, mas cuja fisionomia genérica não está configurada em lei nenhuma. Há tão-só uma tentativa de conceituá-los, mas apenas para os fins específicos da lei das organizações sociais, no artigo 5º do citado diploma.*

Esse é o Contrato de Gestão que nos interessa, o que permite a descentralização de serviços de interesse geral não exclusivos do Estado, previstos na Lei Federal n.º 9.637/98^{37 38}, diploma que possibilita a instituição de Organizações Sociais.

As normas específicas para o Contrato de Gestão celebrado com Organizações Sociais, constantes na Lei n.º 9.637/98, são transcritas em seguida:

³⁵ GONÇALVES, Cláudio Cairo. **O Contrato administrativo em face da atual concepção de Estado**. Dissertação de Mestrado Faculdade de Direito da UFBA. 2001. p. 191 p. 153 e seg.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

³⁷ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, contra o Presidente da República, questionando a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98.

³⁸ Existe ação semelhante, cujo autor é o Partido dos Trabalhadores. A da OAB tem o n.º ADI 1943 e a do PT está tombada como ADI 1923

Do Contrato de Gestão

Art 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às relacionadas no art. 1º.

Art 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Art 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos 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.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

SEÇÃO IV

Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

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.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

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.

A críticas de inconstitucionalidade opostas à Lei das Organizações Sociais são relevantes. Entretanto, sob o aspecto do controle externo a cargo dos Tribunais de Contas a matéria deixou de ser apreciada no momento em que o TCU instituiu normas impondo àquelas entidades o dever de prestação de contas, diretamente ao órgão de controle externo, conforme se colhe do seguinte excerto:

São ainda apresentadas as disposições mais relevantes da Lei nº9.637/98, bem como ponderações a respeito da constitucionalidade do modelo legal das Organizações Sociais, do Programa Nacional de Publicização, concluindo, a esse propósito, não ser o trato da matéria pertinente à oportunidade, bem como alheio à competência deste Tribunal.

Esse fragmento integra o Relatório do Ministro Relator da Decisão 592/1998 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

O inteiro teor da Decisão 592/1998 segue como anexo A deste trabalho.

Da substanciosa dissertação apresentada por Robério Nunes dos Anjos Filho³⁹ retiramos o seguinte trecho, que, entendemos, dá sustentação doutrinária à decisão do TCU no sentido de não apreciar o aspecto de constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais: “De notar que mesmo Fábio Konder Comparato, autor de um respeitado ensaio relativo ao tema, declarou ser necessária uma reforma constitucional, no sentido de criar uma ação específica, para que se possa pleitear ao Poder Judiciário uma declaração de inconstitucionalidade de uma política pública⁴⁰.”.

Di Pietro⁴¹, analisando o instituto do Contrato de Gestão afirma: É incontestável que a sua natureza se aproxima muito mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos.

³⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes do. **A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos** .. op.cit

⁴⁰ “Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária”. “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, in Revista de Informação Legislativa, ano 35, nº 138, Brasília, abr./jun. 1998, pág. 45.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1999. p. 197.

Sustenta a afirmativa indicando que a existência de interesses opostos e contraditórios, que constitui uma das características presentes nos contratos em geral, não se verifica no contrato de gestão.

Mais adiante, à página 205 da mesma obra, a eminente administrativista prossegue:

“Quanto aos contratos de gestão com as organizações sociais, a intenção é a mesma que já se concretizou no direito francês e em outros países que seguiram o mesmo modelo, ou seja, fixar metas a serem cumpridas pela entidade em busca da eficiência; para incentivá-las, o poder público concede auxílios de diversos tipos, sujeitando as entidades a um controle de resultados. O contrato de gestão é o instrumento pelo qual se concretiza a parceria e se estabelecem as referidas metas, formas de incentivo e controle.

Quando celebrado com entidades da administração indireta, o contrato tem por objetivo ampliar a autonomia; todavia, quando celebrado com organizações sociais, restringe sua autonomia; pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão.

O Termo de Parceria é disciplinado pela Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, como segue:

“DO TERMO DE PARCERIA

Art 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Art 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

§ 1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo.

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de estrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e

financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Art 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Art 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Art 13. Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao

patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da organização parceira.

Art 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observado os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Art 15. Caso a organização adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade.

Diogo Figueiredo Moreira Neto⁴² oferece as seguintes considerações sobre termo de parceria:

“A denominação termo de parceria, escolhida para designar a modalidade de acordo prevista (art.9ª), tampouco é muito feliz: desde logo, porque ignora a correta e pacífica denominação de convênios, já adotada pelo legislador constitucional ao prever este instituto para instrumentar a gestão associada de serviços públicos (art. 241, CF), e, em segundo lugar,

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op.cit. p. 545.

porque a parceria é expressão designativa de um contrato nominado de direito privado (arts. 1.410 a 1.425 do Código Civil), que nada tem em comum com o ato complexo efetivamente instituído, senão a existência do acordo de vontades, que lhes dá existência.

Do mesmo modo, inadequada é a classificação da modalidade de coordenação de atividades administrativas encontrada no mesmo dispositivo (art. 9^a) ao referir-se ao vínculo de parceria como de cooperação, enquanto que, por se tratar de entidades com personalidades distintas, de direito público e privado, o vínculo estabelecido é de colaboração.”

São conclusões ao exposto:

Primeiro: que a melhor doutrina considera despidiendas as denominações Contrato de Gestão e Termo de Parceria como designadoras dos pactos a serem celebrados, respectivamente, pelas Organizações Sociais e pela Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público com a Administração, recomendando como de melhor técnica a adoção do termo convênio, já previsto na norma constitucional (art. 241), para instrumentar a gestão associada de serviços públicos.

Segundo: que a atuação dos Tribunais de Contas incidirá sobre os pactos, qualquer que seja o nome adotado, uma vez que constituem tanto no meio adotado para a transferência de recursos públicos, seja para OS seja para OSCIPs, como em baliza para a aferição do desempenho dessas instituições.

A propósito de aferição de desempenho é de transcrever-se o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, quando deliberou impor o dever de prestação de contas diretas àquela corte pelas Organizações Sociais:

“ O controle externo a ser exercido sobre os contratos de gestão abarca, por imposição legal, o conjunto de atos de natureza financeira, orçamentária e patrimonial praticados pelos responsáveis na execução dos referidos contratos, no que diz respeito a recursos públicos, quanto a sua regularidade e legalidade. Além disso, em vista do comando constitucional contido no art. 70 da CF, a competência desta Corte inclui a fiscalização do aspecto operacional da gestão, o controle finalístico dos serviços públicos, natureza indubitável dos serviços a serem prestados pelas OS.” (Relatório do Ministro Relator: Decisão 592/1998 do Plenário do Tribunal de Contas da União - anexo A).

5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS MODELOS DE CONTROLE

Em busca de confirmação da bibliografia levantada, e com a decisiva colaboração do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, na pessoa do Conselheiro Adhemar Bento Gomes, Presidente, que firmou ofício circular encaminhando nossas indagações, conseguimos enviar para algumas Cortes de Contas Estaduais um roteiro de perguntas à guisa de trabalho de campo.

Existem no País, além do Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas de cada um dos Estados Federados, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, dois Tribunais de Contas do Município (nos municípios de São Paulo - Capital e Rio de Janeiro) e Tribunais ou Conselhos de Contas estaduais para os municípios nos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará.

Nossa amostra abrangeu, além do Tribunal de Contas da União, matriz constitucional do sistema Tribunais de Contas, as Cortes de Contas dos seguintes entes federados: Distrito Federal; Minas Gerais; Pernambuco, Santa Catarina; Sergipe e São Paulo.

A consulta dirigida às Cortes, em quatro quesitos, foi nos seguintes termos:

Esse Tribunal possui acompanhamento regular de contratos de gestão e de termos de parceria?

Em caso positivo, como se dá esse acompanhamento?

Quais os instrumentos normativos expedidos pelo Tribunal de Contas com vistas a viabilizar esse acompanhamento? (se possível juntado as respectivas cópias)

Já ocorreu a hipótese de denúncia a este Tribunal de Contas de irregularidades na execução de Contratos de Gestão com Organizações Sociais ou de Termos de Parceria com Organizações Cíveis de Interesse Público?. Em caso positivo, como foi decidida a matéria?

O Tribunal de Contas da União, cabeça do sistema, nos respondeu afirmativamente que possui normas para o controle tanto das Organizações Sociais como das OSCIPs.

Respectivamente, a Decisão 592/1998 – Plenário, cuida de Organizações Sociais-OS e a norma contida na Decisão 931/1999 – Plenário, trata de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público –OSCIPS. Os textos integrais das decisões são juntados como anexos A e B a este trabalho. Também nos deu conhecimento de que atuou relativamente a denúncia de irregularidade na gestão de Organização Social. O inteiro teor do conteúdo dessa decisão (Decisão 908/1999 Plenário) é juntado como anexo C.

A Corte de Contas do Distrito Federal, através do Ofício n.º 235/2002-P/AA, assinado por sua Presidente, informa, relativamente às perguntas n.º 1 e 2 que:

“Até o momento, o acompanhamento dos Contratos de Gestão é efetuado da mesma maneira que os demais ajustes assinados pela Administração Pública distrital, qual seja, mediante acompanhamento das respectivas publicações no órgão oficial de divulgação, consultas periódicas no sistema informatizado de gestão financeira e orçamentária do Distrito Federal (Sistema Milenium), a partir dos relatórios emitidos pelo Siscoex*, pelo exame de denúncias e representações e, por amostragem, nas auditorias e inspeções. (* Em nota de pé de página o ofício esclarece:

O Siscoex – Sistema de Controle Externo foi desenvolvido neste Tribunal de Contas e permite o acompanhamento remoto de todas as despesas, contratos, convênios e outros ajustes firmados pelo Distrito Federal, mediante emissão de relatórios periódicos, com informações previamente selecionadas, capturadas do Sistema Milenium.)”

Quanto à terceira indagação, isto é, se existem instrumentos normativos com vistas a viabilizar o acompanhamento dos contratos de gestão e termos de parceria, obtivemos a seguinte resposta:

“Nos moldes em que foi informado, esse acompanhamento encontra-se previsto na Lei Orgânica do Tribunal (Lei Complementar n.º 01/94), em seu Regimento Interno, aprovado pela Resolução TCDF n.º 38/90 e na Resolução TCDF n.º 10/86 e suas alterações, que dispõe sobre as atribuições dos serviços Auxiliares do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Esses instrumentos normativos estão disponíveis na internet, no seguinte endereço: www.tc.df.gov.br .

Cumprido esclarecer que tramita nesta Corte de Contas o Processo n.º 2.229/00 onde se examina minuta de resolução que visa estabelecer metodologia específica para o acompanhamento e controle dos contratos de gestão, bem assim normas de organização e apresentação das prestações de contas a eles relacionadas. O feito encontra-se com o Relator, após proferido parecer do Ministério Público que atua junto ao TCDF. Seguem anexas, cópias do relatório da Comissão incumbida de efetuar os estudos e propor referida metodologia, da minuta de resolução e do parecer do MPjTCDF.”

A indagação sobre ocorrência de denúncia de irregularidade na execução de Contratos de Gestão ou Termos de Parceria teve a seguinte resposta:

“Constatamos que foram autuados nesta Corte de Contas 09 (nove) processos que tratam do exame de Contratos de Gestão celebrados entre órgãos e entidades do Governo do Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade – ICS. Esses processos encontram-se sobrestados, por decisão do Tribunal, até deslinde da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 1943-1/DF proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB contra a Lei 9637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências.

Alguns desses feitos foram sobrestados também em função da matéria tratada no Processo n.º 747/2000, decorrente de representação acerca de irregularidades nos processos celebrados com o ICS, onde o Tribunal determinou a realização de **“auditoria especial naquele instituto e, se necessário, nos órgãos e entidades do GDF que com ele celebraram os referidos contratos de gestão, com o objetivo de examinar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e fatos relacionados com aplicação dos recursos públicos transferidos, bem como o efetivo cumprimento dos requisitos legais necessários para sua qualificação como organização social.** Efetuada a auditoria, esse processo encontra-se atualmente no gabinete do Relator.

Procedente do TCE de Minas Gerais, o ofício GAB.PRES.

361/2002, firmado pelo Conselheiro Presidente daquela Corte de Contas em 12/03/2002, diz:

“Informo-lhe que, no âmbito do Estado de Minas Gerais inexistem organizações sociais, não se tendo notícia da criação de tais entidades nos municípios mineiros. Por esta razão, torna-se inviável resposta à consulta, valendo ressaltar que, em nível doutrinário, no livro Controle da Administração Pública: Elementos para Compreensão dos Tribunais de Contas, de lavra de Luciano Ferraz, servidor do Tribunal de Contas do

Estado de Minas Gerais, o assunto tem tratamento objetivo, constituindo-se fonte de pesquisa.”

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, via email firmado pela auditora Regina Medeiros Carneiro, em 04/04/2002, prestou a seguinte informação:

“Aqui em Pernambuco foram credenciadas duas entidades como Organização Social em abril de 2001 e nenhuma OCIP até o momento. Inicialmente voltamos a nossa atenção para os atos constitutivos que desembocaram na qualificação destas entidades, e encontramos algumas irregularidades que foram relatadas para que sejam corrigidas. Este ano é que iremos nos preocupar com o acompanhamento das contratos de Gestão destas entidades, não possuindo portanto nada que esteja sistematizado. A resposta para as quatro perguntas do seu questionário é negativa. O TCE-PE ainda não está fazendo o acompanhamento das Contratos de Gestão, não expediu nenhum instrumento normativo para viabilizar este acompanhamento e não recebeu nenhuma denúncia na execução destes contratos.”

A Corte de Contas de Santa Catarina, em ofício, datado de 12/04/2002, firmado pelo seu Conselheiro Presidente, informou:

“Em atenção a solicitação de V. Excia., cumpre-me informar-lhe que este Tribunal de Contas realiza o acompanhamento de Termos de Parceria, sob a forma de Convênio, quando o Estado repassa a Administração de Hospitais Públicos Estaduais para Entidades privadas filantrópicas e sem fins lucrativos.

O acompanhamento se efetiva quando da prestação de contas dos recursos repassados por conta dos convênio e definidos nos respectivos planos de aplicação, bem como nas Inspeções “in loco” das Unidades Conveniadas.

O Estado de Santa Catarina, até a data presente, não firmou Contrato de Gestão com Organizações Sociais, não tendo havido, pois, a atuação do Tribunal no controle de Contrato de Gestão.

De outra parte, não foi recebida denúncia de supostas irregularidades, neste Tribunal, sobre a execução de Contratos de Gestão e Termos de

Parceria.

Informo-lhe, ainda, não ter este Tribunal expedido ato normativo visando a regular o controle e o acompanhamento de Contratos de Gestão e Termos de Parceria.

O TCE de Sergipe, através do seu Diretor Técnico, em email datado de 01/04/2002, informou o seguinte: *Em atendimento ao Of. Gab. Pres 73/2001 – Circular, de 04 de março de 2001, informamos que este Tribunal está estudando a matéria questionada no referido Ofício para posterior normatização e definição do sistema de acompanhamento.*

A Corte de Contas do Estado de São Paulo contribuiu para a nossa pesquisa como o Ofício C.GP. nº 331/2002, firmado pelo Presidente daquela Casa, encaminhado ao Presidente do TCE/Ba. e vazado nos seguintes termos:

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para, em atenção ao ofício n.º GAB.PRES 73/2002-Circular, datado de 04.03.2002, encaminhar-lhe cópia da Resolução n.º 07/98 que regulamentou a Instrução n.º 04/98 deste Tribunal, constante às fls. 06/21 do expediente em epígrafe.

Apresento a Vossa Excelência protestos de estima e consideração.

Da resposta obtida da Corte de Contas de São Paulo, cabe transcrever o artigo 3º da Instrução n.º 04/98, de 30/09/98, que dispõe:

Artigo 3º - Os documentos relativos à execução do contrato de Gestão integrarão o processo de Contas Anuais da Organização Social, que será objeto de distribuição aleatória e equitativa a Conselheiro relator, aplicando-se, no que couber, o tratamento dado aos processos de contas de entidades com personalidade jurídica de direito privado, de que trata o Artigo 56, inciso IV do Regimento Interno

Cópias das respostas procedentes dos Tribunais de Contas do Distrito Federal e dos Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais; Pernambuco; Santa Catarina, Sergipe e São Paulo compõem o Anexo D deste trabalho.

Análise das informações colhidas.

Da leitura das normas indicadas no ofício do **Tribunal de Contas da União** deflui que as Organizações Sociais são submetidas ao seu controle direto, devendo prestar anualmente contas àquele colegiado, enquanto as OSCIPS, foram submetidas a controle indireto, devendo prestar contas ao órgão repassador dos recursos.

As razões que levaram o Tribunal de Contas da União a deliberar em favor do exame direto das contas das Organizações Sociais, podem ser conferidas no próprio texto da Decisão 592/1998.(anexo A).

Essa decisão faz distinção entre controle interno e controle externo, ratificando que são controles não excludentes, e, com acerto, impõe às OSs o dever de prestar contas também ao controle externo.

A vinculação estreita entre Organizações Sociais e a Administração Pública decorre, como se pode ver no quadro comparativo antes apresentado (fls. 36), da própria origem dessas organizações, que, normalmente, nascem da publicização de serviços prestados pelo poder público (art. 20 da Lei n.º 9.637/98)

Além disso: a) membros do poder público integram seus Conselhos de Administração (art.2º, I, 'c' mesma Lei); b) recebem créditos orçamentários específicos (art. 12); c) bens e servidores públicos podem ser cedidos (art.14) e, d) o próprio Contrato de Gestão estreita mais esse vínculo

Dados esses aspectos, que podem contribuir para entendimento no sentido de que as OS apenas seriam Administração Pública disfarçada, é que julgamos acertada a decisão do TCU, no sentido de exigir prestação de contas direta das Organizações Sociais.

Das respostas obtidas da Corte do Distrito Federal e das Cortes Estaduais emergem:

Primeiro, que apenas São Paulo, até o momento, dá tratamento a Organizações Sociais idêntico ao fixado pelo TCU, isto é, exigindo das Organizações Sociais prestação de contas direta ao controle externo, como se comprova do artigo 3 da Instrução nº 04/98 antes transcrito, as demais Cortes de Contas consultadas não exigem a prestação de contas direta de organizações sociais.

Segundo, também com exceção de São Paulo, as Cortes de Contas ainda não expediram normas específicas disciplinando os meios de fiscalização das Organizações Sociais, adotando a sistemática relativa a termos de convênio.

As razões para este fato são de duas naturezas. Uma, que não existem Organizações Sociais instaladas nos respectivos Estados, como nos casos de Minas Gerais e Santa Catarina. Duas, ou, duas, que ainda não chegou a termo um exercício financeiro completo de atuação de Organizações Sociais, como no caso de Pernambuco.

As respostas também permitem antever que, nos estados pesquisados, não se verifica grande adesão nem ao modelo de Organizações Sociais, nem ao das OSCIPs.

Pernambuco credenciou duas OS e nenhuma OCIP; Minas Gerais e Santa Catarina não possuem organizações sociais, e, portanto, nenhum contrato de gestão do tipo em vigor.

A experiência baiana, com a qual estou familiarizado em razão do ofício de auditor do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, não é muito diferente.

O controle externo das Organizações Sociais e OSCIPs se faz quando da apreciação dos pactos firmados por estas instituições com entes públicos.

Relativamente à experiência baiana, o trabalho de Domingues⁴³ corrobora a nossa afirmação:

“Inobstante a inexistência de normas jurídicas específicas que se ajustem ao controle externo das organizações sociais, o Tribunal de Contas já dispõe, através dos procedimentos auditoriais, de modernos meios de acompanhamento e avaliação da atuação dessas instituições, de modo a refletir, conforme exige a legislação estadual, os resultados obtidos em comparação com as metas previstas no contrato de gestão.”

Feitas estas considerações, passamos a responder a cada uma das questões propostas em nosso projeto de pesquisa, o qual, como referido, foi alargado, com a inclusão do tema referente às OSCIPs.

A revisão nos textos normativos que procedemos a seguir tem como objetivo apresentar o instrumental jurídico posto à disposição das Cortes de Contas para possibilitar sua atuação relativamente a OS e OSCIP.

Começamos pelo comando Constitucional, contido no parágrafo único do artigo 70, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/98, o dispositivo deixa margem a questionamentos.

O dever de prestar contas está claramente imposto, como se verifica da leitura do próprio dispositivo: *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 em nome desta, assumida obrigações de natureza pecuniária.*

De registrar, porém, que a localização do comando, visto como o *caput* do artigo 70 comete ao Congresso Nacional o controle externo, poderia criar dúvida quando ao destinatário da prestação de contas das OS.

⁴³ Carlos Vasconcelos Domingues. O controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos – as organizações sociais. Edição do tribunal de Contas do Estado da Bahia. Salvador. 2000. Pag 141

Essa dúvida não resiste à leitura do inciso II do artigo 71 da Carta Federal.

Esse dispositivo, explicitando a competência, deferida no *caput* do artigo 71, ao Tribunal de Contas da União, determina:

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Dessa forma, a sede Constitucional para o exame de contas, tanto de Organizações Sociais, como de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo Tribunal de Contas está demarcada.

A missão do Tribunal de Contas da União esta configurada na Constituição Federal, artigos 71 a 75, e esse modelo deve inspirar a institucionalização das Cortes Estaduais, nos termos do *caput* do artigo 75 da CF, que determina: *As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de Contas dos Estados e do distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.*

No âmbito infraconstitucional, a Lei Orgânica do TCU, Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, contem a seguinte disposição:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e Valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as

contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

O TCU expediu a Instrução Normativa n.º 12, de 24 de abril de 1996, essa norma, com as alterações inseridas pela Decisão 592/1998 – Plenário, que acrescentou parágrafo único ao inciso IX do artigo 22, dispondo sobre o tema de controle externo das Organizações Sociais nos seguintes termos:

Parágrafo único. Não se aplicam as exigências contidas nos incisos IV e VII em relação às entidades qualificadas como organização social, nos termos da lei n.º 9.637/98, em cujas prestações de contas deverão estar contidos, ainda, os seguintes elementos: (acrescido pela Instrução Normativa n.º 23, de 02.09.1998, D. O de 04.09.1998)

I - parecer do dirigente máximo do órgão ou entidade supervisora do contrato de gestão sobre os resultados da apreciação e supervisão que lhe competem;

II - os relatórios conclusivos da comissão de avaliação encarregada de analisar periodicamente, conforme disposto nos §§ 2º e 3º do art. 8º da Lei 9.637/98, os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão.

A própria Lei n.º 9.637/98, instituidora das OS, também contém instruções quanto a prestação de contas dessas entidades.

Vejamos o seu teor:

SEÇÃO IV

Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

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.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas

propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

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.

Art 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos art. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos usados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

Com relação às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o quadro de referência constitucional que submete as entidades ao poder de

fiscalização do controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União não se modifica.

A Lei Orgânica do TCU também autoriza o exame das contas dessas entidades.

A distinção se faz apenas no *modus operandi* como se processa a fiscalização, inclusive porque essas instituições, criadas por norma posterior à Lei das OS, a Lei n.º 9.790/99, receberam da Corte de Contas da União apreciação em outra oportunidade, através da Decisão 931-1999 Plenário.

Nesse caso, entendeu o TCU que os Termos de Parceria são similares a convênios, e, portanto, devem receber tratamento igual ao dedicado a esse tipo de pacto.

Desta forma, o exame do controle externo, a cargo do Tribunal de Contas da União se fará quando da análise da prestação de contas do órgão repassador do recurso.

Nesse sentido também o regramento previsto na Lei n.º 9.790/99, como segue transcrito:

Art 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

Art 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas

respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Os textos legais expostos patenteiam tanto a preocupação do legislador em estabelecer normas de prestação de contas para as OS e para as OSCIP, como o interesse e a contemporaneidade da atuação do Tribunal de Contas da União, ao se debruçar sobre o tema de controle externo das novas formas de prestação de serviços públicos não exclusivos.

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

As conclusões que emergem ao término desta dissertação são de duas ordens. A primeira, mais ampla, consiste em constatar que os Tribunais de Contas estão dotados com instrumentos jurídicos que lhes possibilitam atuar de modo abrangente, trazendo para a sua esfera de competência, e se for o caso, responsabilizando, pessoas físicas e jurídicas mesmo as que não integram a Administração Pública, a teor do parágrafo único do artigo 70 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, combinado com o inciso II do artigo 71 da mesma Carta.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 19, o parágrafo único do artigo 70, vigorava nos seguintes termos: “Parágrafo único: Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

Essa redação, que era omissa quanto às pessoas jurídicas privadas, contribuiu, em muito, para a formulação das indagações que nos propusemos a responder com o presente trabalho.

O comando contido no mesmo parágrafo único do artigo 70 da CF, depois de junho de 1998, tem, evidentemente, maior alcance, pois dispõe:

“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, assuma obrigações de natureza pecuniária.” (grifos nossos).

Com a reforma do texto do parágrafo único do artigo 70, através da Emenda Constitucional n. 19, ficou superada definitivamente a possibilidade de eventuais discussões sobre o dever de pessoas jurídicas não estatais sujeitarem-se ao controle dos Tribunal de Contas.

Segue-se, também na esfera ampla, que o fenômeno do incremento na delegação de atividades para instituições do terceiro setor não é exclusividade nacional: ao contrário, a Reforma Administrativa, iniciada no Brasil a partir do primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso, guarda semelhança com outras reformas do Estado ocorridas em vários países, como deixamos caracterizado na parte em que abordamos as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Assim, nosso País acompanha tendência presente em diversas latitudes, da Inglaterra à Austrália, por exemplo.

As entidades estudadas, OS e OSCIP, podem, como vimos, ser meio para a realização de metas propostas pela Reforma Administrativa consistentes em:

- a) aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas (consórcios intergovernamentais, acordos programas, convênios de delegação ou descentralização);
- b) transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais e
- b) incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias).

Na segunda ordem, menos ampla, e específica de nossa preocupação, em saber se as OS e as OSCIP prestam contas ao Tribunal de Contas e de que modo essa prestação de contas ocorre, ficou demonstrado que sim. Tanto OS como OSCIP, prestam contas aos Tribunais, divergindo a metodologia adotada quanto a um tipo de entidade e o outro, somente no âmbito do TCU e do TCESP, que exigem prestação de contas diretas pelas Organizações Sociais.

Os demais Tribunais de Contas estudados, naqueles Estados em que existem Organizações Sociais, tratam as prestações de contas, tanto de OS como de OSCIP, como se fossem convênios, ou seja, julgam essas contas no bojo do exame da prestação de contas do órgão repassador dos recursos.

Verificamos também que não há grande adesão ao modelo das OS, inclusive com informações textuais, como a procedente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, afirmando que inexistem organizações sociais em seu território, e o relato do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no sentido de que o Estado não havia firmado Contrato de Gestão, instrumento legal para o repasse de recursos a Organizações Sociais.

Justifica, em nosso pensar, a resistência ao modelo das OS a existência de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) argüindo a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98.

Já o modelo das OSCIP recebe uma adesão crescente em todo o País. Os números do Ministério da Justiça demonstram que entre 1999 e 2001 decuplicou o número de entidades qualificadas com o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

As OSCIP estão, de modo uniforme, sob o crivo dos Tribunais de Contas de maneira indireta. As Cortes de Contas julgam a regularidade na aplicação dos recursos transferidos quando examinam as contas dos órgãos que os repassaram, como deixamos caracterizado.

Não poderíamos, entretanto, dar ponto final a este trabalho sem fazer recomendação aos Tribunais de Contas dos Entes Federados no sentido de que estudem a possibilidade de adotar, no exame das contas das OS, a metodologia consagrada pelo TCU e pelo TCESP, que exige prestação de contas diretas das OS ao Controle Externo.

A natureza das OS, de quase administração (contam com membros da Administração participando do seu Conselho; podem receber servidores públicos cedidos, e podem, também, receber imóveis públicos e outros ativos, além de dotação orçamentária, sem prévia licitação) ao nosso sentir, impõe essa metodologia.

Essas são as conclusões e recomendações que consideramos oportunas ao cabo de nosso trabalho, o qual, entretanto, dá azo a abertura de outras frentes de pesquisa.

Ao longo das leituras sobre Reforma Administrativa e Organizações Sociais encontramos várias manifestações que nos pareceram de inquietação com o momento atual, em que instituições típicas de um modelo jurídico migram para outro sistema jurídico, ou mesmo institutos são criados fora de prévia moldura legal que os acolha. Por exemplo, Di Pietro⁴⁴ afirma:

O trabalho do jurista aumenta, de um lado, porque crescem assustadoramente as alterações legislativas, indispensáveis para dar forma

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parceiras na Administração...* op. cit p. 14.

e fundamento às reformas que se processam; de outro lado, porque os governantes, no afã de efetivar as almejadas reformas e sob o impulso dos tecnocratas, atropelam muitas vezes o direito positivo, criando fórmulas inéditas de parceria, às vezes quase invertendo o velho princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. A inovação precede, muitas vezes, a elaboração legislativa.

No mesmo diapasão, Alexandre de Moraes⁴⁵, ao comentar a Reforma Administrativa sustenta:

A promulgação da Emenda Constitucional nº 19, em 4-6-1998, acrescentou aos princípios da Administração o princípio da eficiência, (...); e o contrato de gestão, que certamente, exigirá por parte da doutrina e da jurisprudência grandes esforços interpretativos de conceder-lhe contornos harmônicos com os princípios constitucionais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁶, no capítulo em que discorre sobre Fomento Público, faz a seguinte consideração:

Embora a caracterização desses novos tipos de *interesses* e de *direitos* respectivos não tenha abolido a divisão clássica, já de há muito compreendida, à luz da doutrina, como fundada na idéia de *predominância* e não de *exclusividade* do interesse em jogo, o certo é que, em certas hipóteses, as novas noções são freqüentemente confundidas e mal compreendidas pelos chamados, *operadores do direito*, compreensivelmente sempre na busca de definições nítidas e unívocas.

Paulo Modesto⁴⁷ questiona o papel do jurista e afirma que a ele não cabe a função de mero leguleio da lei, como segue:

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa*. São Paulo. 1999. 2 ed. Editora Atlas. Prefácio

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso ... op. cit.*, p. 540

⁴⁷ MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal ...op. cit*

É comum dizer-se que a avaliação legislativa é tarefa não jurídica. Essa afirmação envolve, no entanto, uma dupla incompreensão. Primeiro, uma incompreensão sobre o papel dos juristas. Segundo, uma incompreensão sobre as formas de avaliação da legislação vigente ou em estado de produção. Os juristas não são (ou não devem ser) simples leguleios da lei. Não são simples espectadores do processo legislativo. O saber dos juristas é um saber de protagonistas, pois mediante o discurso dos juristas são estabelecidas decisões ou condições para a tomada de decisões jurídicas.

Carlos Ari Sundfeld⁴⁸ discorrendo sobre o momento atual anota:

“ Como o poder político e econômico no mundo atual está em mãos dos Estados Unidos da América, que impõe a todos os seus padrões, um interessante fenômeno se vem verificando: o da rápida absorção, por países cuja ordem jurídica formou-se na tradição do civil law, de institutos e soluções específicos da common law, daí resultando uma mescla instigante.”

Esses são alguns dos autores que se mostram preocupados com o momento atual, em que não são correntes as *definições nítidas e unívocas*, aludidas por Diogo Figueiredo Moreira Neto.

Dessa forma, recomendar o desenvolvimento de estudos em busca de melhor compreensão do tema relativo a adoção de modelos de um sistema jurídico por outro sistema jurídico, aquilo que Modesto denomina *avaliação legislativa*, nos parece apropriado.

Também consideramos oportuno afirmar que o tema Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público merece análise sob

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, vol. 1, n.º. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/04/2002

outras óticas, não devendo ficar restrita sua apreciação apenas ao ponto de contacto do controle que, sobre essas instituições, exercem os Tribunal de Contas.

Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público podem converter-se em poderosos instrumentos para a prestação de serviços públicos nas áreas de: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, como expressamente indicado no artigo 1º da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que institui a qualificação de entidades como Organizações Sociais.

Podem ainda contribuir na promoção: da assistência social; da defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; da segurança alimentar e nutricional; do desenvolvimento sustentável; do voluntariado; do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; da experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais e promoção do desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos, segundo a previsão contida no artigo 3º da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Dada a amplitude de possibilidades de atuação das instituições estudadas, em especial as OSCIPs, que conservam autonomia própria do terceiro setor e obtêm o título a partir de processo vinculado, ao contrário das OS que são

instituídas por ato de vontade do Administrador, é que sugerimos, também, o desenvolvimento de outros estudos, enfocando, agora, não o arcabouço jurídico, mas sim as experiências concretas de sua atuação em campos como saúde e educação, dentre os diversos elencados, nos quais a Administração Pública poderá obter colaboração dessas entidades..

Essas são as conclusões e recomendações que oferecemos ao fecho do nosso estudo sobre As Organizações Sociais e Controle dos Tribunais de Contas.

BIBLIOGRAFIA

ANJOS FILHO, Robério Nunes. **A Prestação de serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: UFBA, 2001. Disquete 3,5 pol. Word.

BALEEIRO, Renan e BALEEIRO NETO, Jayme. **O Princípio da Eficiência e os Tribunais de Contas**. In **Os Tribunais de Contas e as Reformas Constitucionais – Quatro Estudos**. Edição do TCE Bahia. Salvador, 1999.

BRASIL. **A Lei de Responsabilidade Fiscal no Contexto da Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Departamento de Relações Institucionais, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, nº. 9, dez 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 de abril de 2002.

CAMPOS, Anna Maria. **Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?** *Revista de Administração Pública – FGV*, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1999.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Brasília, p. 07617-07628, 04 de março de 1999.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, p. 04262, 13 de maio de 1998.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, p. 0496-0502, 09 de maio de 1998. Suplemento.

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

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, p. 167 e segs, nº. 142 abr/jun, 1999.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da Administração Pública: Elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras**. São Paulo: FIESP/CIESP-IRS, 2000. (Estudos Documentos/Debates 18).

GONÇALVES, Cláudio Cairo. **O Contrato Administrativo em face da atual concepção de Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: UFBA, 2001.

LINO, Pedro. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar n.º 101/2000**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Carlos Estevam. **Governabilidade e Controles**. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n.1, p.5-20, jan. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador; v. I, n.º. 9, dez, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 abril 2002.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98**. São Paulo: Atlas S.A., 1999. (Série Fundamentos Jurídicos).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONDÉ, Lafayette. **Controle dos atos da Administração Pública**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, p. 131. n. 139 jul/set1998.

QUEIROZ, Cid Heráclito de. **A Lei de Responsabilidade Fiscal no Contexto da Reforma do Estado**. Artigo publicado no site www.federativo.bndes.gov.br. Acesso em: 20 de abril de 2002.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O Papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. (Série Pesquisas).

SUNDFELD, Carlos Ari. **A Administração Pública na Era do Direito Global**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, vol. 1, n.º. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/04/2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1923. Brasília. 13 de jun. de 2002. Informação via INTERNET. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos/processos.asp?PROCESSO=1923&CLASSE=ADI&ORI...>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1943. Brasília. 13 de jun. de 2002. Informação via INTERNET. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos/processos.asp?PROCESSO=1943&CLASSE=ADI&ORI...>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA. **Os Tribunais de Contas e as Reformas Constitucionais: Quatro Estudos**. Salvador: TCE, 1999.