

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

VICTOR DEUSDARÁ CRUVINEL

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O CONTROLE EXERCIDO PELO
TRIBUNAL DE CONTAS**

**GOIÂNIA
MARÇO 2017**

VICTOR DEUSDARÁ CRUVINEL

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O CONTROLE EXERCIDO PELO
TRIBUNAL DE CONTAS**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação como requisito parcial para obtenção do título de Pós-Graduado em Controle Externo e Governança Pública.

Orientadora: Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

_____ Orientadora: Prof. ^a Mestre Ana Cristina Melo de Pontes Botelho	Nota
_____ Examinador Convidado: Prof. Titulação e Nome Completo	Nota

**GOIÂNIA
MARÇO 2017**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	03
1.1. Uma visão panorâmica das entidades do Terceiro Setor.....	03
1.2. Os requisitos para qualificação, os contratos de gestão e os incentivos concedidos às Organizações Sociais.....	05
1.3. Dispensa de licitação para a contratação com as organizações sociais....	08
1.4. Regulamento para aquisição de bens e contratação de obras e serviços..	10
1.5. A desqualificação da entidade como organização social.....	11
1.6. A análise do relevante julgamento da ADIN 1.923 pelo STF.....	12
CAPÍTULO 2. O CONTROLE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	16
2.1. As Modalidades de Controle sobre as Organizações Sociais.....	16
2.2. O controle das organizações sociais pelos Tribunais de Contas.....	20
2.3. O controle de resultado e o controle de legalidade para a fiscalização das Organizações Sociais.....	23
CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS.....	29

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Victor Deusdará Cruvinel

RESUMO

O escopo do presente artigo consiste na apresentação do modelo das organizações sociais com a consequente exposição dos requisitos para sua qualificação, os contratos de gestão, os incentivos concedidos e os regulamentos próprios expedidos para suas contratações. Ademais, por meio da análise do julgamento da ADIN 1.923/DF, que questionou a constitucionalidade da Lei 9.637/98, se pretende esclarecer que as relações provenientes das organizações sociais devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Por fim, o presente trabalho objetiva demonstrar que os Tribunais de Contas devem desenvolver novas metodologias para mensurar os resultados e avaliar o desempenho apresentado pelas organizações sociais, por meio de um amplo sistema de fiscalização, de modo a abarcar tanto o controle de resultados como o controle de legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações sociais; Lei 9.637, qualificação; ADIN 1.923; desempenho; Tribunal de Contas; controle de legalidade e de resultado.

ABSTRACT

The scope of this article contains an analysis of the model of social organizations with a consequent fulfillment of the requirements for their qualification, the management contracts, the incentives granted and the own regulations issued for their contracting. In addition, through the analysis of ADIN judgment 1.923/DF, which question the constitutionality of Law 9.637/98, it is intended to clarify that relations between social organizations should be conducted publicly, objectively and impersonally, observing the constitutional principles a public administration. Finally, the present work aims to demonstrate that the Audit Courts should develop new methodologies to measure results and evaluate the performance of social organizations, through a comprehensive system and control mechanisms, so as to encompass both the control of results and the control of legality.

KEY WORDS: Social organizations; Law 9.637, qualification; ADIN 1.923; Performance; Audit Court; Control of legality and result.

INTRODUÇÃO

No Brasil, depois da criação das autarquias, das fundações públicas e sociedades de economia mista, surgiram outras propostas de descentralização administrativa em busca de uma atuação mais eficiente e ágil do Poder Público, a fim de corresponder às demandas da sociedade e evoluir com a realidade social.

Assim, o estudo sobre o Terceiro Setor, especialmente acerca das Organizações Sociais, é de concreta e inequívoca importância para todos que se encontram, direta ou indiretamente, vinculados a Administração Pública. Com efeito, o presente artigo tem por objetivo apresentar o modelo das organizações sociais, com enfoque: nas suas principais características; na ADI que questionou sua constitucionalidade; nas instâncias e modalidades de controles realizados sobre as organizações sociais.

Desta forma, inicialmente será apresentada uma visão macro sobre as entidades do Terceiro Setor, com o consequente desenvolvimento sobre as principais características das organizações sociais, como os seus requisitos para qualificação, os contratos de gestão e os incentivos concedidos. Em seguida, o estudo se estenderá à aplicação do princípio licitatório nas relações pactuadas com as organizações sociais, ocasião em que se analisará a dispensa de licitação para as contratações de prestação de serviços derivadas da celebração do contrato de gestão das organizações sociais com o Poder Público, bem como as contratações realizadas pelas organizações sociais signatárias de contrato de gestão, indispensáveis para dar cumprimento às obrigações administrativas assumidas por essas entidades.

Doravante, será analisado o relevante julgamento da ADIN 1.923/DF pelo Supremo Tribunal Federal, a qual questionou a constitucionalidade da Lei 9.637/98, sob o argumento de que o modelo de gestão instituído com a criação das organizações sociais serviria para fraudar a obrigatoriedade de submissão às regras jurídicas de Direito Público e que esse modelo não passaria de uma camuflagem utilizada a fim de disfarçar a privatização dos serviços públicos. Nesse contexto, será demonstrada que a decisão do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público, tentou sedimentar que as relações advindas das organizações sociais devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, de acordo com o art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, se pretende examinar os principais dispositivos da Lei 9.637/98 que normatizam os mecanismos de controle previstos para as organizações sociais,

momento em que se analisarão seis distintos enfoques de fiscalização, nos quais o controle pode ser realizado: pela própria organização social; pelo órgão signatário do contrato de gestão; pelo Poder Judiciário; pelo Ministério Público; pela sociedade e pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

Por fim, será enfatizado o controle realizado pelos Tribunais de Contas sobre as organizações sociais, sob o prisma da necessidade da utilização de instrumentos destinados a avaliar o desempenho dessas entidades privadas, incentivar a gestão eficiente e impedir os desvios de recursos públicos. Com efeito, o presente trabalho pretende demonstrar que os Tribunais de Contas devem desenvolver novas metodologias para mensurar os resultados apresentados pelas organizações sociais, por meio de um amplo sistema de fiscalização, de modo a abarcar tanto o controle de resultados como o controle de legalidade.

1. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

1.1. Uma visão panorâmica das entidades do Terceiro Setor

A doutrina brasileira usualmente descreve a existência de três setores integrantes da economia nacional. O primeiro setor é o próprio Estado, composto pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta, os quais prestam serviço público, sem finalidade lucrativa. O segundo setor, por sua vez, compõe o setor privado, espaço de atuação dos particulares, em que vigora a busca pelo lucro. Por fim, o terceiro setor consiste nas entidades privadas, que embora não façam parte da Administração Pública, executam atividades de interesse social, sem finalidade lucrativa. São os denominados pela doutrina de entes de cooperação ou entidades paraestatais, por atuarem ao lado da Administração Pública, prestando serviços de interesse público.

Tais entes, quando intencionados em realizar ações de parceria com o Poder Público com vistas ao interesse público, celebram convênios, contratos de gestão ou termos de parceria. Com profunda reflexão sobre o tema, o autor Sílvio Luís Ferreira da Rocha¹ acentuou:

¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.13.

O nome Terceiro Setor indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. Os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em área de relevante interesse social e público.

A necessidade da criação de instrumentos mais eficazes para operacionalizar as parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas na busca do interesse público, especialmente em razão da busca por resultados efetivos, implicou na publicação de normas específicas e instituidoras de novos modelos de gestão. Referidos instrumentos surgiram no ordenamento jurídico com o intuito de colaborar com a reforma do aparelho estatal e na implantação do modelo de Administração Gerencial.

O surgimento das entidades do terceiro setor está intimamente ligado ao princípio da subsidiariedade e à ineficiência do Estado em gerir e executar os serviços públicos. Assim, pelo princípio da subsidiariedade, o Estado somente deve agir quando a sociedade não tiver condições de atuar por conta própria, casos em que o Estado deve estimular, fomentar e subsidiar a iniciativa privada.

Na visão da autora Maria Sylvia Di Pietro², o princípio da subsidiariedade acarreta várias consequências, tais como:

(a) a diminuição do tamanho do Estado, via privatização; (b) o interesse público que deixou de ser prerrogativa exclusiva do Estado; (c) a ampliação da política de fomento (incentivo à iniciativa privada de interesse público), via parcerias; (d) desregulamentação (restabelecimento da liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas por excesso de regulação) e (e) busca pelo interesse público primário (dos cidadãos) e não secundário (da Administração Pública).

Nesse sentido, o Estado atua de forma supletiva (subsidiária) nos serviços em que os indivíduos não forem autossuficientes. A doutrina brasileira destaca quatro espécies de entidades que compõem o terceiro setor, a saber: as entidades de serviço social autônomo (tais como SENAI, SESC, SESI); as organizações sociais (OS); as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP); e as entidades de apoio.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p.73.

As Organizações Sociais foram, inicialmente, desenhadas no projeto “Organização Social e Publicização”, no âmbito do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, de iniciativa do Governo Fernando Henrique Cardoso, momento em que foi criada a Lei 9.637/98, denominada “Lei das OS”. O Estado de São Paulo foi o pioneiro na adoção desta modalidade de gestão, por meio da Lei Complementar nº 846/98, utilizando o modelo para operar diversos equipamentos públicos na área da saúde.

As organizações sociais não constituem uma nova categoria de pessoas jurídicas, tratando-se apenas de uma qualificação outorgada pelo Poder Público às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, tais como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, dentre outras finalidades definidas no art. 1º da Lei 9.637/98. Após a obtenção do título de “organização social”, o vínculo das organizações com o Poder Público ocorre por meio da celebração de um “contrato de gestão”, instrumento este que permitirá que tais organizações recebam benefícios públicos para realizarem suas atividades.

É importante destacar que, da mesma forma como ocorre com as demais paraestatais, as organizações sociais não integram a estrutura da Administração Pública direta ou indireta, exercem serviços públicos não exclusivos do Estado e não dependem de lei para sua criação. Ademais, cumpre ressaltar que a Lei 9.637/98 não é lei nacional, sendo aplicada apenas no âmbito da Administração Pública Federal. Se os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) quiserem qualificar entidades como organizações sociais, estes deverão editar suas próprias leis para disporem sobre tal tema.

1.2. Os requisitos para qualificação, os contratos de gestão e os incentivos concedidos às Organizações Sociais

O art. 2º da Lei 9.637/98 estabelece alguns requisitos específicos para a habilitação das entidades privadas como organizações sociais, tais como:

- a) Finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades (alínea “b”);

- b) Proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade (alínea “h”);
- c) Previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados (alínea “i”);
- d) Previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na Lei (alínea “c”);
- e) Previsão de participação no conselho de administração de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral (alínea “d”);
- f) Obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (alínea “f”).

Mesmo que uma entidade privada preencha as condições legais, sua qualificação como organização social é ato discricionário, ficando tal decisão na dependência de juízo de conveniência e oportunidade a ser realizada pelo Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, de acordo com o disposto no inciso II, alínea “i”, art. 2º da Lei 9.637/98.

Conforme mencionado acima, para que a pessoa jurídica seja qualificada como organização social, ela necessita atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde. Desse modo, infere-se que esse rol é taxativo, de tal modo que se a pessoa jurídica atuar apenas na área de assistência social, por exemplo, ela não poderá ser qualificada como uma organização social.

O vínculo da organização social com o Poder Público se instrumentaliza por meio da celebração de um contrato de gestão, o qual irá discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da OS, devendo ser submetido, após a aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

No seio doutrinário, o conceito do contrato de gestão é bastante criticado, tendo em vista que as vontades existentes neste acordo convergem para o mesmo fim, característica que se assemelha mais ao convênio e não a contrato. Neste sentido, o autor José dos Santos Carvalho Filho³ sustenta a natureza jurídica de convênio, ao asseverar que:

A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há contraposição entre os pactuantes, visando a objetivos de interesse comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.

A lei das organizações sociais, em seu art. 7º, ainda preconiza que na elaboração do contrato de gestão devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. Ademais, o acordo celebrado deverá: a) especificar o 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 (inciso I); b) estipular os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (inciso II).

Insta salientar que, embora as organizações sociais exerçam serviços públicos, elas não são delegatárias de serviços públicos, por não receberem uma permissão ou concessão de serviço do ente estatal. Além disso, pelo fato de executarem atividades de interesse social, sem a intenção de obtenção de lucro, estas organizações recebem auxílio do Poder Público e, conseqüentemente, sujeitam-se a algumas restrições impostas à Administração Pública.

Assim, o art. 12 da lei em comento dispõe que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Esses bens públicos serão cedidos às organizações sociais, dispensada a licitação, mediante permissão de uso, conforme cláusula expressa no contrato de gestão.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.p. 364

Em relação à possibilidade de cessão de servidores públicos, por meio do art. 14, a legislação federal estabelece ser uma faculdade do Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Nesses casos, a remuneração será feita pelo Poder Público e não será incorporada aos vencimentos de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social. Importante destacar, também, que o § 2º do artigo 14 expressamente veda o pagamento de vantagem pecuniária permanente pela organização social a servidor cedido, com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

A possibilidade de cessão de servidores públicos às organizações sociais é alvo de muitas críticas, tendo em vista que o agente estará prestando serviço a uma entidade privada. Os defensores de tal cessão asseveram que os benefícios concedidos pelo Poder Público às organizações sociais se destinam a fomentar as atividades que estão sendo desenvolvidas em regime de parceria. O doutrinador Ricardo Alexandre⁴ pontua que “a possibilidade de cessão de servidor ou de bens públicos a essas entidades tem uma justificativa própria. É que algumas organizações sociais surgiram para absorver atividades de entidades federais extintas e era necessário resolver aquelas situações pontuais”.

1.3. Dispensa de licitação para a contratação com as organizações sociais

No que tange à aplicação do princípio licitatório nas relações das organizações sociais, vislumbra-se dois enfoques distintos. O primeiro enfoque, objeto de análise desse tópico, diz respeito à dispensa de licitação para as contratações de prestação de serviços derivadas da celebração do contrato de gestão das organizações sociais com o Poder Público. O segundo enfoque, o qual será objeto de análise em tópico próprio, refere-se às contratações realizadas pelas organizações sociais signatárias de contrato de gestão com a Administração Pública, indispensáveis para dar cumprimento às obrigações administrativas assumidas por essas entidades.

⁴ JOÃO DE DEUS, Ricardo Alexandre. **Direito Administrativo esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2015. p.140.

Analisando, portanto, sob o primeiro prisma, ressalta-se que as organizações sociais podem ser contratadas, com dispensa de licitação, para prestarem serviços a órgãos e entidades da Administração Pública. O art. 24, XXIV, da Lei 8666/93 preceitua que é dispensável a licitação “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

É corriqueiro, após um exame superficial do citado artigo, conclusões equivocadas a respeito do real objeto de dispensa. De forma errônea, precipitadas análises concluirão que a dispensa de licitação ocorre na escolha da entidade privada que irá formalizar o contrato de gestão com a Administração Pública.

Entretanto, a correta interpretação orienta que a dispensa ocorre em relação aos serviços contemplados no contrato de gestão, assim a Administração Pública poderá contratar com dispensa de licitação os serviços prestados pela Organização Social desde que tais serviços estejam previstos no contrato de gestão.

Nesse sentido, o ente federativo que celebrar contrato de gestão com uma organização social poderá contratá-la, diretamente, para a prestação de serviços que estejam elencados no referido ajuste. Ademais, por meio do Acórdão nº 421/2004 - Plenário, o Tribunal de Contas da União, entendeu que para a concretização deste preceito legal, dois requisitos devem ser observados: a) a dispensa de licitação somente se aplica à organização social qualificada pela mesma esfera de governo do órgão ou entidade contratante; b) não é todo e qualquer serviço que pode ser contratado, visto que a norma autoriza expressamente apenas a contratação daqueles serviços inseridos no âmbito das atividades constantes do Contrato de Gestão firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada, na forma dos artigos 5º a 7º da Lei 9.637/98.

Destarte, de acordo com esse entendimento, no que concerne à pessoa do contratado, é necessário que a organização social integre a mesma esfera de governo da entidade contratante. Além disso, a organização social apenas poderá ser contratada por dispensa de licitação para prestar os serviços que integrem o rol previsto no contrato de gestão celebrado com a respectiva entidade federativa.

É possível concluir, então, que tal dispensa não afronta o art. 37, XXI⁵ da Constituição Federal, tendo em vista que a lei previu uma hipótese de dispensa de licitação fundamentada na atividade de fomento estatal a entidades privadas que se submetem a um diferente regime de gestão, com os quais a Administração Pública mantém um diferenciado e anterior vínculo colaborativo.

1.4. Regulamento para aquisição de bens e contratação de obras e serviços

O art. 17 da Lei Federal 9.637/98 estabelece que:

A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, 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.

A fim de atingir os objetivos esculpidos no contrato de gestão, as organizações sociais necessitam contratar com terceiros, utilizando, para tanto, recursos repassados pelo Poder Público. Seguindo essa lógica, tendo em vista que tais contratações não possuem um viés totalmente privado, a legislação buscou uma forma de harmonizar a liberdade de escolha dos contratados por essas entidades sem “amarrá-las” demasiadamente às normas impostas à Administração Pública.

Por não estarem arroladas no artigo 1º da Lei 8.666/93, as organizações sociais não se subordinam à Lei de Licitação. Entretanto, por prestarem serviços públicos e gerirem recursos públicos, não se deve dar tratamento exclusivo de direito privado às organizações sociais.

Por conseguinte, a gestão de recursos públicos pelas organizações sociais implica na necessidade de submissão destas aos princípios licitatórios. Isso significa que nos prazos estabelecidos em lei (90 dias no âmbito federal), as organizações sociais deverão editar regulamentos próprios para selecionar contratantes, objetivando a resguardar o princípio da isonomia e a busca da proposta mais vantajosa.

⁵ Art. 37, inciso XXI da CF/88 “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Referidos regulamentos podem prever instrumentos mais efetivos e mais céleres de escolha, desde que possuam conteúdo compatível com os princípios aplicáveis ao procedimento licitatório. No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2057/2016 - Plenário, ao estabelecer que:

As organizações sociais submetem-se ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Ao dispor sobre o conteúdo dos regulamentos próprios a serem editados pelas organizações sociais, o professor José Anacleto Santos⁶ assevera:

As entidades do Terceiro Setor, ao editarem os regulamentos próprios poderão fixar normas objetivas que tenham por meta dar cumprimento aos princípios regentes da Administração Pública. Os princípios da moralidade, da eficiência, da motivação, da proporcionalidade, da legalidade e da supremacia do interesse público, entre todos os demais princípios administrativo/constitucionais, demandam que as cautelas com o trato do dinheiro público sejam diversas daquelas exigidas para as contratações administrativas propriamente ditas.

Desta maneira, não se impõe que os regulamentos próprios das organizações sociais imitem os preceitos descritos na lei de licitações. Esse modelo de gestão abriu espaço para inovações, sem a necessidade da vinculação aos procedimentos formais da Lei 8.666/93. A elaboração dos regulamentos será focada na celeridade e dinamicidade própria da iniciativa privada, mas com a observância dos princípios fundamentais do regime jurídico de direito público.

1.5. A desqualificação da entidade como organização social

A entidade privada pode perder sua qualificação como organização social caso não mantenha os requisitos inicialmente exigidos para sua qualificação. Dessa maneira, o art. 16 da Lei 9637/98 dispõe que a Administração Pública poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor, In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro Setor Empresas e Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 303.

A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão (§ 1º do artigo 16). A fim de evitar prejuízo ao erário, o § 2º estabelece que a desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

1.6. A análise do relevante julgamento da ADIN 1.923 pelo STF

Em uma análise crítica sobre o contexto político e a oposição ao modelo, o autor Flávio Lobo⁷ esclareceu que no período da promulgação da Lei 9637/98, o cenário político brasileiro era dominado por dois grupos partidários e ideológicos. O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o qual estava à frente do governo federal, sob a liderança do então presidente Fernando Henrique Cardoso, trabalhava no desenvolvimento de uma gestão “modernizadora”, fundada na abertura de mais espaços para a iniciativa privada, maior abertura de mercado e da concorrência e na diminuição do aparelho estatal. Fazendo oposição ao governo federal, o segundo grupo político era liderado pelo Partido dos Trabalhadores (PT), o qual vislumbrava essas reformas “modernizadoras” como medidas de interesses neocolonialistas do capitalismo internacional, incompatíveis com a busca da maior justiça social e soberania nacional. Nesse contexto, o modelo de gestão pelas organizações sociais foi visto e interpretado, pelos opositores do governo, como uma mera forma de privatização camuflada do setor público.

Por não conseguirem barrar a aprovação da Lei das Organizações Sociais no Congresso Nacional, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), em dezembro de 1998, ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1923/DF), questionando a constitucionalidade da Lei 9673/98 e a dispensa de licitação disposta no inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, cuja redação fora alterada pela Lei das Organizações Sociais, para dar concretude ao modelo de gestão proposto.

⁷ LOBO, Flávio. As Leis e as Práticas, In: NAVES, Rubens. **Organizações Sociais: a Construção do Modelo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014. p. 31.

Na peça exordial, os requerentes sustentaram que o modelo de gestão adotado residia, na verdade, em uma espécie de privatização, com o intuito de transferir a execução dos serviços públicos para as entidades privadas, em evidente burla ao procedimento licitatório. Argumentaram que a transferência desses serviços para as organizações sociais era incompatível com a Constituição Federal, com afronta ao disposto nos seguintes artigos: 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, §1º e 2º; 129; 169, §1º; 175, *caput*; 194; 196; 197; 199, §1º; 205; 206; 208, §1º e 2º; 211, §1º; 213; 215, *caput*; 216; 218, §§1º, 2º, 3º e 5º; 225, §1º, e 209 da Constituição Federal.

Nessa linha de argumentação, os requerentes aduziram que as organizações sociais só poderiam contratar mão de obra por meio do concurso público, e que era necessário obedecerem às normas de remuneração de pessoal para as empresas estatais. O autor Flávio Lobo⁸ ressaltou os principais pontos trazidos pela ADIN 1923:

Para começar, segundo a ADIN, por serem autorizadas a prover serviços públicos essenciais, como educação e saúde, as organizações sociais teriam de se submeter às mesmas regras da Administração Pública. Também pelo fato de receberem financiamento estatal, estariam na égide do Direito Público, com as obrigações decorrentes em termos de gestão de recursos, como a obrigação de recorrer e se submeter a licitações, com todas as formalidades envolvidas no processo.

Resumidamente, os proponentes apontaram uma série de ofensas aos princípios constitucionais, quais sejam: a) princípio da licitação, eis que a lei previa a possibilidade de contratação direta, com dispensa de licitação, com organizações sociais; b) princípio da legalidade na gestão de pessoal, tendo em vista a ausência do concurso público na contratação de pessoal, bem como a forma de remuneração; c) não submissão das organizações sociais aos controles interno, externo e Ministério Público, por não serem obrigados a seguirem as mesmas formalidades impostas à Administração Pública, gozando de maior liberdade de gestão orçamentária, financeira; dentre outras.

Em suma, os requerentes argumentaram que o modelo em gestão instituído serviria para fraudar a obrigatoriedade de submissão às regras jurídicas de

⁸ LOBO, Flávio. As Leis e as Práticas, In: NAVES, Rubens. **Organizações Sociais: a Construção do Modelo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014. p. 33.

Direito Público e que o modelo das organizações sociais não passaria de uma camuflagem utilizada a fim de disfarçar a privatização dos serviços públicos.

Juntamente com o pedido de declaração de inconstitucionalidade do modelo de gestão das organizações sociais, o PT e do PDT ajuizaram uma medida cautelar a fim de suspender imediatamente todos os efeitos da referida lei. A medida cautelar teve seu julgamento encerrado em 2007, com o indeferimento da liminar por maioria dos votos, em razão da descaracterização do *periculum in mora*, conforme se depreende da Ementa:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, §1º E 2º; 129; 169, §1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, §1º; 205; 206; 208, §1º E 2º; 211, §1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§1º, 2º, 3º E 5º; 225, §1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo – os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 – seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida. (ADI nº 1.923 MC, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, j. 1.8.2007, DJe-106, divulg. 20.9.2007, public. 21.9.2007, DJ 21.9.2007, pp. 00020, ement. v. 02290-01, pp. 00078, RTJ v. 00204-02, pp. 00575)

Na sessão plenária do dia 16 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, adentrou ao mérito da ADIN e julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

A Corte decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público. Entretanto, o julgamento ressaltou que a celebração de convênio com tais entidades necessita ser conduzido de forma pública, objetiva, impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Em maio de 2011, o ministro Luiz Fux proferiu seu voto, ocasião em que salientou que o Poder Público e a iniciativa privada podem exercer essas atividades simultaneamente, eis que ambos são titulares desse direito, nos termos da Constituição Federal. Segundo seu entendimento, a contratação direta, com dispensa de licitação, deve observar critérios objetivos e impessoais, de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

Ademais, em seu voto, o Ministro Luiz Fux enfatizou que deve ser afastada qualquer interpretação que restrinja o controle da aplicação de verbas públicas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. O voto do Ministro Luiz Fux foi o voto condutor do julgamento, sendo acompanhado pela maioria, e o relator da ADIN, ministro Ayres Britto, ficou parcialmente vencido.

Nesse sentido, depreendem-se relevantes entendimentos fixados nesse julgamento do Supremo Tribunal Federal, que além de reconhecer a constitucionalidade das normas, julgando parcialmente procedente o pedido, conferiu interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

- (i)** O procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;
- (ii)** A celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;
- (iii)** As hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;
- (iv)** Os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art.

37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(v) A seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

(vi) Para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Por todo o exposto, é possível concluir que a deliberação pela parcial procedência da ADIN apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 evidenciou que a Corte Constitucional entende que o modelo de gestão das organizações sociais não camufla uma indevida privatização dos serviços públicos, mas busca uma forma de conciliar a atuação do particular com o interesse público, por meio da inserção de metas e de melhores resultados na prestação de serviços públicos.

Restou clara, assim, que a atuação privada, por ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado, pode ser obtida por meio de ajustes de ordem colaborativa, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres e princípios da Administração Pública.

2. O CONTROLE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

2.1. As Modalidades de Controle sobre as Organizações Sociais

Inicialmente cabe pontuar os dispositivos na Lei 9.637/98 que normatizam os mecanismos de controle previstos para as organizações sociais, os quais podem ser divididos em seis sistemas: o controle realizado pela própria organização social; pelo órgão signatário do contrato de gestão; pelo Poder Judiciário; pelo Ministério Público; pela sociedade e pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

A doutrina denominou de Controle Gerencial o controle realizado pela própria organização social, o qual é realizado por seu órgão deliberativo superior, o Conselho de Administração. Referido conselho possui atribuições normativas e de controle, bem como composição definidas na própria lei das organizações sociais.

O primeiro controle gerencial realizado pelo Conselho de Administração consiste na aprovação e encaminhamento, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria, conforme dispõe o art. 4º, inciso IX. Ademais, o inciso X do art. 4º ainda atribui ao Conselho à fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

Cabe ressaltar que o Conselho de Administração deve possuir uma composição plural, com representantes do próprio Poder Público, de outras organizações da sociedade civil, de associados e de pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, entre outros (art. 3º, I).

A segunda forma de controle sobre as organizações sociais, a qual se encontra prevista no art. 8º da lei federal, está centrada na figura do “parceiro público”, correspondente ao órgão supervisor da área de atuação da organização social e signatário do contrato de gestão. Desta forma, 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 (§ 1º, art. 8º).

Outrossim, 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, a qual deverá encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida na entidade (§§ 2º e 3º do art. 8º).

O controle exercido pelo Poder Judiciário não se encontra previsto de forma expressa na lei das organizações sociais, mas, considerando o sistema de jurisdição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é fácil perceber sua atuação, desde que haja provocação do interessado em razão da inércia da

jurisdição. Nesse sentido, a Constituição estabeleceu a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), podendo o controle judicial ser exercido de maneira difusa, ao legitimar os cidadãos a propor ação popular, nos termos do art. 5º, LXXIII.

O controle judicial poderá, também, incidir sobre a constitucionalidade de ato normativo, pelos instrumentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, dispostas no art. 103 da Constituição. Quanto à normatização das Organizações Sociais no âmbito federal, conforme já explicitado, houve o questionamento da constitucionalidade desse modelo de gestão, por meio da ADIN 1.923/DF. No voto condutor do julgamento ficou demonstrado que o controle das Organizações sociais compete, também, ao Poder Judiciário, que atuará sempre que devidamente provocado.

O Ministério Público, por atuar na relevante tarefa de defesa do patrimônio público e social, possui fundamental importância no controle sobre as organizações sociais. A atuação do Ministério Público encontra fundamento no artigo 127 da Constituição Federal, o qual estabelece ser esta uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, o art. 129, II da CF/88 dispõe que entre as funções institucionais do Ministério Público está a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Nesse sentido, ao Ministério Público também cabe exercer controle sobre as organizações sociais, conforme entendimento do art. 10 da Lei 9.637/98 que determina que 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 sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Concomitantemente ao controle exercido pelo Poder Público, a atividade das organizações sociais também se sujeitam ao controle social. Nos últimos anos surgiram vários instrumentos que possibilitaram a participação da sociedade na fiscalização dos recursos públicos. O controle social tem por objetivo acompanhar a atuação da Administração Pública, por meio de participação da sociedade, controlando e fiscalizando os gestores que gerenciam patrimônio público, a fim de combater a corrupção. O autor Floriano de Azevedo Neto⁹ traz uma importante reflexão sobre o controle social:

Esse processo de conferência de maior transparência à atuação administrativa vem sendo acompanhado da abertura aos administrados de canais institucionais, espaços que possibilitam sua interlocução com as entidades e órgãos controladores, que atuam buscando representar os cidadãos. Com isso, temos assistido à profusão de mecanismos de participação popular nas atividades estatais (como as audiências públicas, consultas públicas, o direito de petição e a utilização de canais de comunicação, como as ouvidorias) e à institucionalização de organismos de representação da sociedade no cumprimento das funções do ente estatal (como os comitês de fiscalização de atividades). Afora esses mecanismos, o controle social também pode ser exercido de forma reativa, através do mecanismo da ação popular.

O controle social sobre as organizações sociais está previsto na Lei 9.637/98, o qual se encontra intrinsicamente ligado ao controle gerencial. O art. 3º, alínea “b” estabelece que o Conselho de Administração deve ser composto por 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto. A crítica feita pela doutrina em relação ao controle social refere-se à omissão na referida legislação de mecanismos mais específicos e mais efetivos, eis que a lei apenas exigiu publicidade dos mais diversos atos praticados na execução dos contratos de gestão. Entretanto, por analogia, todos os outros meios de fiscalização realizados pela sociedade podem ser aplicados às organizações sociais, como ação popular, o direito de reclamação, as audiências públicas, dentre outros remédios constitucionais.

Por fim, as organizações sociais também se sujeitam a todas as formas de controle externo previstas na Constituição Federal, as quais englobam as competências advindas diretamente do Poder Legislativo, como Comissões

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão**. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 20, abr. 2010.

Parlamentares de inquérito, sustação de contrato, pedido de informação, convocação de autoridade, bem como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial exercida pelos Tribunais de Contas, conforme será explicitado em tópico específico.

2.2. O controle das organizações sociais pelos Tribunais de Contas

O Tribunal de Contas auxilia o Poder Legislativo no controle externo. Possui competência para a fiscalização de quaisquer entidades públicas, incluindo as contas dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, fiscalizando, também, as entidades privadas que utilizem dinheiro público para a execução de suas atividades.

No ordenamento jurídico brasileiro há a previsão de Tribunal de Contas no âmbito federal e estadual, assim como a possibilidade de criação, como órgão estadual, de Tribunal de Contas dos Municípios. Com efeito, o art. 71 da Constituição Federal prevê que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, competência que o faz atuar na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Os Tribunais de Contas possuem natureza *sui generis*, pois não compõem a estrutura dos tribunais judiciais, mas exercem atividade de natureza jurisdicional ao realizarem o julgamento das contas anuais dos administradores e demais responsáveis pelo erário do Poder Público.

As Cortes de Contas fiscalizam as entidades e órgãos da Administração Pública por meio de auditorias e inspeções, podendo expedir medidas cautelares¹⁰ para impedir futura lesão ao erário e garantir o cumprimento de suas decisões. Por sua vez, a competência sancionatória dos Tribunais de Contas consiste na aplicação de sanções por ilegalidades de despesas ou irregularidade de contas.

¹⁰ Artigos 273 a 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

No que tange à ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas sobre as organizações sociais, o art. 9º da Lei 9637/98 determina que 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 pela organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, em um primeiro instante, adotou-se o entendimento de que as organizações sociais prestariam contas diretamente ao TCU, submetendo-se ao controle direto por parte da Corte de Contas. Tal entendimento fundamentou-se no fato de que a jurisdição do Tribunal de Contas da União abrange os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Poder Público, mesmo que esses responsáveis pertencem à esfera privada. Nesse sentido foi o voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler no Acórdão 592/1998-TCU-Plenário:

154. Decorrência direta e imediata da sujeição das organizações sociais à jurisdição plena do Tribunal de Contas da União é a conclusão de que é incontroversa a atuação do controle externo por meio da realização de auditorias, apreciação de tomada de contas especiais, denúncias, representações, dentre outros procedimentos de controle e fiscalização, quanto à aplicação dos recursos públicos colocados à disposição dessas organizações, ex vi do disposto no art. 9º da Lei n.º 9.637/98.

Tal decisão teve reflexo direto na elaboração da Instrução Normativa 47/2004, a qual incluiu entre as unidades jurisdicionadas do TCU as “entidades públicas e privadas que tenham firmado contrato de gestão com a Administração Pública federal e em razão desse contrato recebam recursos orçamentários da União”. Essa disposição encontra-se incluída no art. 2º da Instrução Normativa 54, de 19/9/2007

Entretanto, no ano de 2007, por meio do Acórdão 1.952/2007, o Tribunal de Contas da União alterou seu posicionamento inicial, ocasião em que entendeu que às Organizações Sociais não pode ser dispensado tratamento semelhante à Administração Pública, tendo em vista que se trata de entidades com objetivo, estrutura e atuação bem diferente. Assim, o TCU passou a entender que o ente público signatário deveria ser o responsável por prestar contas referentes ao

contrato de gestão, e não as próprias entidades privadas qualificadas como organizações sociais, conforme se vê do citado julgado:

Diante dessas informações, esta Adcon propõe que as entidades de direito público que celebraram contratos de gestão componham o grupo das “autarquias e fundações” (código 3 dos Anexos II a XI) e que as informações especiais sobre o desempenho do contrato de gestão continuem a ser exigidas nos relatórios constantes do Anexo V do Anteprojeto.

No tocante às entidades de direito privado que tenham celebrado contrato de gestão, esta Secretaria propõe a não-obrigatoriedade de prestação de contas, tendo em vista que os órgãos governamentais contratantes (supervisores) dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las.

Diante desta decisão, foi editada a Instrução Normativa nº 96/2009, a fim de normatizar a desobrigação das Organizações Sociais em apresentar suas prestações de contas diretamente ao TCU, eis que “os órgãos governamentais contratantes (supervisores) dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las”.

Posteriormente, no ano de 2010, o Tribunal de Contas da União voltou a enfrentar o tema, ocasião em que proferiu o Acórdão 3.041/2010 - Plenário. No referido julgamento, o TCU acatou a sugestão da Controladoria-Geral da União, afirmando que:

É da competência constitucional e legal deste Tribunal definir a forma de fiscalizar os órgãos e entidades sujeitos a sua jurisdição, que pode se dar por meio de procedimentos de auditoria ou pela análise de relatório de gestão anual ou pelo julgamento dos processos de contas requisitados, podendo, ainda, executar todas essas ações simultaneamente em relação a uma mesma unidade jurisdicionada.

Com efeito, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 3.041/2010 - Plenário, optou pela necessidade de apresentação de processos de contas pelas organizações sociais, “até a definição de uma melhor forma de apresentação das informações sobre a gestão dessas entidades nas contas das respectivas contratantes.”

Tantos posicionamentos diferentes sobre o tema demonstram as dúvidas que permeiam os limites e a forma de atuação dos Tribunais de Contas sobre as organizações sociais. Entretanto, é possível verificar que embora não exista uma

homogeneidade nos entendimentos para dirimir a questão, os Tribunais de Contas necessitam atuar, direta ou indiretamente, no controle das parcerias entre as entidades do Terceiro Setor e o Poder Público.

Assim, o surgimento desse novo modelo de gestão, que recebe recursos de origem pública desvinculado do cumprimento das normas típicas do regime jurídico de direito público, despertou um novo pensamento no modelo de controle adotado pelos Tribunais de Contas, a fim de tornar sua fiscalização mais efetiva. Com isso, desenvolveu-se a premissa de que o controle e a fiscalização das Cortes de Contas deveriam incentivar continuamente o aperfeiçoamento dos serviços prestados, por meio da busca de reais resultados.

2.3. O controle de resultado e o controle de legalidade para a fiscalização das Organizações Sociais

O novo modelo de gestão implementado no ordenamento jurídico pelas entidades do Terceiro Setor demonstra, nitidamente, a adoção de um modelo de administração pública de caráter gerencial. O modelo de administração gerencial é voltado, de forma mais veemente, para um controle de resultados na atuação estatal, focando, principalmente nos princípios da eficiência, economicidade, redução de desperdícios, rapidez, produtividade e rendimento funcional.

Isso significa que as profundas inovações no âmbito da Reforma do Aparelho Estatal não acarretaram apenas mudanças no foco gerencial da Administração Pública, mas, também, alteraram o enfoque do controle sobre as atividades exercidas pelas entidades que recebem recursos públicos.

Tradicionalmente, os Tribunais de Contas, influenciados pelo arcabouço jurídico francês, sempre realizaram um controle de legalidade sobre a atuação estatal, cujo foco reside, essencialmente, na verificação dos atos realizados em conformidade com a legislação vigente. Entretanto, ao longo dos anos, constatou-se que o controle formalístico impossibilitou a prevenção de eventuais danos causados ao erário, por se prender, excessivamente, aos rigorismos formais desnecessários para atendimento do interesse público. Vislumbrou-se, então, a necessidade de uma política de controle macro, capaz de prevenir e reprimir os volumosos desvios de

recursos públicos e a atuação, muitas vezes ineficiente e incompetente, da Administração Pública.

Com efeito, se o controle de estrita legalidade denota-se insuficiente em relação à Administração Pública que é orientada pelo regime jurídico de direito público, obviamente este controle não seria apropriado como único instrumento de fiscalização das organizações sociais, eis que tais entidades são focadas na racionalização de despesa, eficiência e qualidade na prestação dos serviços e entrega de resultados.

Os compromissos assumidos no contrato de gestão, no qual se encontram estabelecidos os objetivos e metas da entidade, bem como os critérios e parâmetros de avaliação quantitativa e qualitativa, são os elementos que devem ser fiscalizados pelos Tribunais de Contas, com o foco no atingimento de resultados. O § 1º do art. 8º da Lei 9637/98 estabelece que 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.

Ademais, o § 2º do mesmo artigo ainda dispõe que 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.

Diante de tais preceitos legais, percebe-se que o elemento central da fiscalização a ser exercida pelos Tribunais de Contas sobre as organizações sociais consubstancia num controle finalístico, ou seja, as Cortes de Contas devem observar quais metas foram estipuladas no contrato de gestão, quais encargos e responsabilidades foram distribuídos para cada parte, bem como se e quais resultados práticos foram atingidos.

De forma muito perspicaz, Flávio Lobo¹¹ pontua que o cumprimento de regulamentos burocráticos deveria ser exigido somente como um meio de se atingir os objetivos essenciais da Administração Pública. Assim, segundo referido autor, os “serviços de educação e saúde, por exemplo, passariam a ser avaliados, sobretudo, pelo aprendizado dos alunos, pelas ações de prevenção e pelos atendimentos adequados e efetivamente realizados.”

Nesse sentido, devem os Tribunais de Contas desenvolver novas metodologias para mensurar os resultados apresentados pelas organizações sociais, como as auditorias de desempenho e as auditorias governamentais, a fim de identificar a qualidade da gestão, a transparência das ações, a abrangência dos objetivos e das metas almejadas com o novo modelo de gestão. Quanto à análise da relação custo-benefício no controle de resultados, o autor Floriano de Azevedo Marques¹² aduz que:

Verificar o resultado é a um só tempo (i) ampliar o escopo de atuação dos órgãos de controle que devem trabalhar também com a análise de custo-benefício da ação administrativa (controle de eficiência e efetividade) e (ii) dotar a atividade de controle de alguma responsividade, obrigando a que cada medida adotada no controle seja precedida de um relatório de impacto, no qual sejam perquiridos os efeitos e consequência de sua adoção. Ter compromisso com os resultados (e não pressupor aceitável qualquer ato irregular porque efetivo) é na verdade tirar o controle do autismo institucional e, por conseguinte, fortalecê-lo.

Ressalta-se, porém, que a concentração dos esforços no controle de resultados não pode prejudicar o controle de legalidade. Alguns aspectos do controle sobre entidades que recebem recursos públicos jamais irão perder suas características burocráticas e irão demandar, conjuntamente com os novos instrumentos de fiscalização, formas de controle procedimentais aptas a mensurar o real alcance do interesse público.

Por isso, o posicionamento a ser adotado no presente artigo é no sentido de que o controle das atividades exercidas pelas organizações sociais deve

¹¹ LOBO, Flávio. As Leis e as Práticas, In: NAVES, Rubens. **Organizações Sociais: a Construção do Modelo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014. p. 30.

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão**. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 25, abr. 2010.

trabalhar com um amplo sistema e mecanismos de fiscalização, de modo a abarcar dois aspectos: o controle de resultados e o controle de legalidade.

Faz-se necessário, então, que os Tribunais de Contas e os demais órgãos de controle, tenham um equilíbrio para atuar sobre os dois enfoques de controle, pois ao mesmo tempo em que se demonstra premente a adequação ao novo modelo de gestão e combate à ineficiente e incompetente atuação estatal “muitas vezes acobertada apenas por um controle ritual e formalístico, deve-se preservar a característica procedimental no sentido de se buscar a manutenção de um controle de meios e não apenas de fins.”¹³

Desta forma, por exemplo, os Tribunais de Contas possuem a obrigação de analisar as contratações realizadas pelas organizações sociais com recursos públicos, verificando a compatibilidade do regulamento expedido pelas organizações sociais com os princípios essenciais da Administração Pública, de forma que essas contratações sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, de acordo com o decidido na Adin 1923 pelo Supremo Tribunal Federal.

O autor Rubens Naves¹⁴, com a maestria que lhe é peculiar, esclareceu que “no que se refere às compras e contratações realizadas com recursos de origem pública, o que importa é conferir se a organização elaborou e publicou regulamento próprio e se as compras e contratações seguem as normas consignadas na Lei 9.637/98.”

Por todo o exposto, percebe-se que o grande desafio a ser enfrentado pelos Tribunais de Contas consiste no equilíbrio da fiscalização do passado burocrático e essencialmente procedimental, com o novo panorama do futuro, de controle finalístico e gerencial. Nesse sentido, infere-se que a compatibilização entre essas duas vertentes, determinará o sucesso ou fracasso nos controles realizados pelos Tribunais de Contas, os quais não podem mais atuar apenas como órgão fiscalizador focado nos aspectos técnicos e formalísticos, mas sim de modo

¹³ GUIMARÃES, Edgar Antônio Chiuratto. **Diagnósticos e perspectivas do Controle das Licitações**. Disponível em < <http://www.edgarguimaraes.com.br/> > Acesso em: fev.2017

¹⁴ NAVES, Rubens; PANNUNZIO, Eduardo. O Controle das Organizações Sociais, In: NAVES, Rubens. **Organizações Sociais: a Construção do Modelo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014. p. 088.

inteligente e eficiente, abertos as novas realidades sociais, colaborando com a modernização da máquina estatal e defendendo a manutenção dos princípios da Administração Pública.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu oferecer uma colaboração para o estudo das organizações sociais, tendo como referência o que já dispõe a própria Lei 9.367/98, bem como trechos de notáveis doutrinas e jurisprudências que orientam o tema.

De forma inovadora, por meio da Lei 9.637/98, foram criadas as organizações Sociais oriundas do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado de iniciativa do Governo Fernando Henrique Cardoso. Demonstrou-se no decorrer do trabalho que as organizações sociais não constituem uma nova categoria de pessoas jurídicas, tratando-se apenas de uma qualificação outorgada pelo Poder Público às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, tais como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, dentre outras finalidades definidas na própria lei.

Conforme se discorreu, após a obtenção do título de “organização social”, o vínculo das organizações com o Poder Público ocorre por meio da celebração de um contrato de gestão, os quais fixam metas a serem cumpridas pela OS e, em contrapartida, a Administração Pública lhe presta auxílio de diversas formas, tais como a cessão de bens públicos, a transferência de recursos orçamentários ou, ainda, a cessão de servidores públicos. O fomento da atividade pela Administração viabiliza e orienta a atuação da entidade privada, em conformidade com o interesse público, por meio da implementação de resultados e metas a serem atingidos pelas organizações sociais.

Ainda nesse contexto, por meio da análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADIN 1923/DF, foi possível concluir que na deliberação pela parcial procedência da ADIN apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, a Corte Constitucional constatou que o modelo de gestão das organizações sociais busca

um meio de conciliar a atuação do particular com o interesse público, demonstrando, dessa forma, que a atuação privada, por ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a flexibilidade que marca o regime de direito privado, pode ser obtida por meio de ajustes de ordem colaborativa, sem que isso configure transgressão aos princípios da Administração Pública.

Com efeito, por serem gestoras de recursos públicos, restou evidenciado que as organizações sociais se submetem aos mais amplos mecanismos de controle, os quais foram percorridos de acordo com os agentes fiscalizadores, tais como o controle realizado pela própria organização social, pela entidade pública signatária do contrato de gestão, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pela sociedade e pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Com o amparo nas disposições constitucionais e legais, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e no próprio julgamento do Supremo Tribunal Federal ressaltou-se ao longo do artigo a importância do papel dos Tribunais de Contas na fiscalização das organizações sociais. A fiscalização de entidades privadas que recebem recursos de origem pública para prestar serviços de interesse social desperta a dúvida quanto aos mecanismos de controle mais apropriados a serem adotados pelos Tribunais de Contas.

Nesse quadro, demonstrou-se que o controle baseado somente pelo prisma da legalidade não seria capaz de averiguar o atendimento de metas por parte das organizações sociais. As atuais demandas e necessidades da sociedade carecem de inovações em busca da eficiência e qualidade dos serviços públicos e a fiscalização baseada em um modelo apenas formalista, focada na mera obediência da lei não atenderia aos progressos sociais. Portanto, os órgãos de controle, principalmente os Tribunais de Contas, devem reconhecer a necessidade do entrelaçamento dos preexistentes controles formais, com os instrumentos de fiscalização alicerçados no controle de resultado, em busca de maiores benefícios com os recursos disponíveis, a fim de aferir a economicidade, a eficiência e a relação custo-benefício da utilização dos recursos públicos pelas organizações sociais.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

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

GUIMARÃES, Edgar Antônio Chiuratto. **Diagnósticos e perspectivas do Controle das Licitações**. Disponível em< <http://www.edgarguimaraes.com.br/>> Acesso em: fev.2017

JOÃO DE DEUS, Ricardo Alexandre. **Direito Administrativo esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2015.

LOBO, Flávio. As Leis e as Práticas, In: NAVES, Rubens. **Organizações Sociais: a Construção do Modelo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão**. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 20, abr. 2010.

NAVES, Rubens; PANNUNZIO, Eduardo. O Controle das Organizações Sociais, In: NAVES, Rubens. **Organizações Sociais: a Construção do Modelo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014.

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

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor, In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro Setor Empresas e Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.