

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS ENTES DE COLABORAÇÃO GOVERNAMENTAL NA RELAÇÃO DE CONTROLE: HORA DA MUDANÇA!

Por Thiago Bueno de Oliveira

Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub; Pós-graduado em Ordem Jurídica pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense Direito Público - IDP e Pós-graduado em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Ex- Supervisor da Unidade de Compras e Licitações, Pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil). Ex-Gerente Executivo Administrativo da Apex-Brasil. Atualmente advogado da Apex-Brasil. Autor da obra: "O Caráter Regulatório das Licitações Públicas", com prefácio do Min. Benjamim Zymler. Professor Universitário.

1. CONTROLE EXTERNO

Não é a intenção desse artigo aprofundar o estudo histórico, mas é de fundamental importância o registro tópico de alguns aspectos relevantes, de modo a permitir melhor assimilação das competências do controle externo, seus princípios, tipos e sistemas, visando compreender a verdadeira conexão de fiscalização que deve existir entre Estado e os Entes de Colaboração Governamental.

1.1 NATUREZA JURÍDICA

Controlar é uma função inerente ao poder e à administração, motivo pelo qual ocupa tanto o ramo da filosofia e da política, quanto os mais técnicos compêndios e manuais que estudam o comportamento humano¹.

Do ponto de vista semântico, não há nenhuma grande dificuldade em compreender tal vocábulo. Contudo, é necessário que se compreenda o controle como princípio, indissociável da atividade estatal.

Nesse sentido, destacamos a assertiva contextualização de Cezar Miola²:

Conceitua-se **controle como o princípio administrativo material, tutelar e autotutelar**, de contrasteamento, supervisão e gestão integral da Administração, por meio de sistema horizontal de coordenação central, **com o escopo de vigilância, orientação e correção**, prévia ou posterior, de atos administrativos e de atos, decisões e atividades materiais de administração (g.f).³

Em suma, o controle possui uma carga axiológica principal de verificação, trazendo desdobramentos consectários que lhe são inerentes. Destaca Jorge Ulisses Jacoby que o controle, em relação a bens patrimoniais, pode exaurir-se em verificar se foi atingido determinado resultado, em confronto com dada relação que leva em conta o total de número de bens. Ademais, pode ainda implicar numa avaliação de

¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

² Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, na vaga reservada ao representante do Órgão Ministerial no colegiado. É o atual Vice-Presidente do Instituto Rui Barbosa (IRB), para o biênio 2016/2017 e membro do Conselho Deliberativo da Associação dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON).

³ MIOLA, Cezar. Tribunal de Contas – controle para a cidadania. Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 14, n. 25, p. 204. 2º Sem. 1996.

qualidade, de melhor adequação à finalidade, de maior conformidade com as relações ergonômicas, de maior custo/benefício, de compatibilidade com o *layout* e de representatividade econômica da depreciação⁴.

Pondera o especialista em Administração Financeira e Orçamentária, Caio César Tibúrcio⁵ que, em todas as organizações e para todas as atividades, o processo básico de controle utiliza praticamente as mesmas fases, a saber: a) obtenção de padrões fixados nos planos; b) avaliação do desempenho; e c) correção dos desvios.

É claro que controle e poder, no desenvolvimento histórico, nem sempre puderam estar associados. Ao contrário, chegaram mesmo a ser expressões antagônicas, uma vez que a máxima expressão do segundo era a ausência do primeiro. Jorge Ulisses Jacoby⁶ remonta à Montesquieu para compartilhar o sentimento eterno de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite.

O controlar, porém, precisa estabelecer-se em regras. Não pode ser uma função sem regramentos, sob pena de transformar o controle em poder. Assim, há que ter função restrita e limitada a modelo previamente estabelecido, para que possa avaliar a regularidade da conduta que será controlada.

Portanto, na perspectiva atual, moderna, dentro da suposta Administração Pública Gerencial, o objeto da função de controle deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas, sempre visando à reorientação do que está em curso, para o obter o aperfeiçoamento e assim, o desenvolvimento.

Para isso, não deve o controle se furtar de seguir princípios fincados na teoria geral da administração (TGA)⁷, como muito bem exposto por Caio César Tibúrcio, os quais empregam em nosso entendimento vertente definitivamente mais moderna. Vejamos:

- a) **Princípio da confirmação dos objetivos do controle:** comprovar permanentemente a finalidade dos objetivos do controle, detectar desvios, se possível antes da ocorrência e de forma eficiente;
- b) **Princípio da responsabilidade do controle:** desenvolver a noção de que a responsabilidade pelo controle não é só do órgão de controle, mas, principalmente, do responsável pela execução do previsto no plano de trabalho;
- c) **Princípio do controle direto:** desenvolver esforços no sentido de aprimorar a qualificação dos executores dos atos para que detectem por si próprios a irregularidade;
- d) **Princípio do reflexo dos planos:** a ação do controle deve se fazer no sentido de valorizar o planejamento e refletir os próprios planos, contribuindo para o engrandecimento da unidade controlada;
- e) **Princípio do controle do ponto crítico, da exceção:** o controle deve voltar sua atenção para os pontos essenciais;

⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

⁵ TIBÚRCIO, Caio César. In *apud* JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Ob cit.*, p. 35.

⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Ob cit.*, p. 36.

⁷ A referência dogmática está em Harold Koontz e Cyril J. O'Donnell, referenciados como mestres na teoria neoclássica da administração.

f) **Princípio da flexibilidade do controle:** estar preparado para as modificações e ajustar-se aos novos paradigmas.

Entre os princípios clássicos (segregação das funções, da independência técnico-funcional, da qualificação adequada), há de se destacar o da relação custo/benefício, o qual retrata que o custo do controle não pode exceder os benefícios que dele decorrem, ou causaria o descontrole. É definição inserida no ordenamento jurídico pátrio desde a edição do Decreto-Lei n.º 200/67⁸, que prevê em seu art. 14:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Assim, tanto se pode justificar a expansão, retenção ou diminuição de determinada atividade de controle. Por uma questão de lógica jurídica, sendo o controle uma atividade sempre de meio, não pode se sobrepor, em custos, aos órgãos que se dedicam à atividade fim, seja em estrutura material ou no procedimento imposto. Jorge Ulisses Jacoby relata que aí reside a diferença entre luxo e conforto de prédios públicos, entre beleza e funcionalidade, entre custo e benefício ou custo e efetividade⁹.

Antes de apresentarmos rapidamente os tipos e sistemas de controle com base no modelo constitucional consagrado no Brasil, entendemos ser de fundamental importância abordar o contexto histórico do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, guardião da *res pública* (seja estatal ou não-estatal), desde o início de suas atividades.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Praticamente todos os sistemas políticos modernos dispõem nos dias atuais de instituições superiores encarregadas especificamente do controle financeiro/patrimonial do Estado.

Chamados de Tribunal de Contas, Corte de Contas, Controladoria, Auditoria-Geral, entre outras denominações, essas instituições, em muitos casos, estão historicamente ligadas ao Executivo ou ao Legislativo. No primeiro caso, deveriam auxiliar o governo a evitar desperdícios e desvios de recursos. Isso serviria tanto para aumentar a eficiência das políticas implementadas como para evitar que irregularidades desse tipo pudessem resultar em escândalos e causar desgaste político. As instituições originalmente vinculadas ao Legislativo decorreriam da necessidade de apoiar esse poder em sua tarefa constitucional de exercer o controle externo sobre a administração. Com o crescimento do aparelho estatal, tanto em volume como em complexidade, tornou-se indispensável a existência de um órgão auxiliar para desempenhar essa função de forma permanente e competente¹⁰.

A experiência histórica mostrou que essa função de guardião-mor dos bens públicos não poderia ser desenvolvida com isenção se a instituição responsável

⁸ BRASIL. DECRETO-LEI n.º 200/67. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. D.O.U de 27/02/1967.

⁹JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48.

¹⁰ SPECK, Bruno Wilhelm (organizador). Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Unicamp, 2002, p. 227.

continuasse subordinada administrativamente a um dos três poderes.

Sucessivamente, foram introduzidas maiores garantias quanto à instituição em si, seus integrantes e as tarefas a serem desenvolvidas. Nesse caminho, ganharam forma as atuais entidades fiscalizadoras superiores (EFS), que, apesar de grande diversidade entre vários países, compartilham algumas características importantes.

Na maioria dos casos, possuem os traços institucionais, estruturais e as atribuições fixadas nas respectivas constituições. Ao contrário dos sistemas de controle interno, as entidades fiscalizadoras superiores não são subordinadas ao Executivo e, mesmo apoiando o Legislativo no controle externo, não se limitam a esse papel auxiliar. Elas desenvolvem várias tarefas de controle por iniciativa própria. Tornaram-se instituições que desenvolvem sua função em certo grau de autonomia e independência e, no sistema político, exercem o controle financeiro-patrimonial como instância máxima e de forma abrangente¹¹.

Nesse cenário, muito bem retrata o eminente Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹², a percepção juspolítica dos Tribunais de Contas retrata serem sujeitos constitucionais, que coexistindo com vários outros centros de poder dentro do Estado, corroboram para a formação do fenômeno do policentrismo institucional, para usar a feliz expressão de Gomes Canotilho.

Imergindo na realidade brasileira e após consultar a evolução histórica e administrativa do Tribunal de Contas da União (TCU)¹³, constatamos que na ocasião em que o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e Armada, fez editar o Decreto n° 966-A, de 7 de novembro de 1890, com o objetivo de criar um Tribunal de Contas em território nacional, o Ministro da Fazenda, Ruy Barbosa, ao expor os motivos que justificavam a medida, pronunciou-se da seguinte forma:

“convém levantar, entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro que, comunicando com a Legislatura e intervindo na Administração, seja não só o vigia como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por veto oportuno aos atos do Executivo, que, direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças”¹⁴.

O ilustre patrono do Tribunal de Contas, com a sabedoria que lhe era peculiar, tinha em mente que o Poder Legislativo, enquanto titular da prerrogativa de eleger os programas sociais, os serviços públicos e as obras civis de seu interesse, e também autorizar a cobrança de tributos para esse fim restrito, corria risco de ser suplantado pelo Poder Executivo, caso não dispusesse de um órgão técnico especializado e independente, incumbido de averiguar e assegurar que o montante das despesas realizadas no exercício manter-se-ia nos limites autorizados pelo

¹¹ SPECK, Bruno Wilhelm (organizador). Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Unicamp, 2002, p. 228.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 2002_11_07_0001.2xt. Disponível em www.tce.mg.gov.br/revista. Acesso em 07/10/2016.

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União: evolução histórica e administrativa. Brasília: TCU, 2014, apresentação.

¹⁴ RUI BARBOSA. Exposição de Motivos. BRASIL. Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890. Cria um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamentos dos atos concernentes à receita e despesa da República. Coleção de Leis do Brasil. Vol. Fasc.XI. 1890, p.440.

parlamento¹⁵.

Portanto, quando criado, o Tribunal de Contas foi norteador pelo princípio da autonomia e pela fiscalização, julgamento e vigilância da coisa pública, tendo atribuições de exame, revisão e julgamento das operações concernentes à receita e despesa da República¹⁶, ou seja, com características típicas de tradição francesa¹⁷, ou seja, instituições que visam principalmente à produção de veredicto sobre a correta aplicação dos recursos públicos.

Após a criação do Tribunal de Contas (da União)¹⁸, o paradigma federal de controle veio em constante evolução, a partir das invocações introduzidas a cada nova ordem constitucional, cujo resumo histórico se torna extremamente relevante.

1.2.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NAS CONSTITUIÇÕES

A Constituição de 1891 conferiu ao Tribunal competências para liquidar as contas da receita e da despesa, a fim de verificar a legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. Assim, em sua origem, o Tribunal detinha competência para exame, revisão e julgamento de todas as operações relacionadas à receita e à despesa da União. Para isso, a fiscalização era feita mediante o sistema de registro prévio¹⁹.

A Constituição de 1934 manteve o Tribunal de Contas, dispondo as atribuições no capítulo que tratava dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, ao lado do Ministério Público e dos Conselhos Técnicos. Mais uma vez deixava a Carta Política de inserir expressamente em um dos três Poderes Públicos o Tribunal de Contas, embora enaltecendo como órgão de cooperação nas atividades governamentais.

Além disso, a segunda Constituição da República passou a prever, de forma expressa, o registro prévio do Tribunal de Contas como condição de eficácia para os contratos que implicassem receita ou despesa para a União. Também estabeleceu o controle prévio do Tribunal de Contas sobre qualquer ato da Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento para o Tesouro Nacional, e dispôs sobre a

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Evolução histórica e administrativa. Brasília: TCU, 2014, apresentação.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União: *Ob cit.*, p. 99.

¹⁷ Os três tipos fundamentais de Tribunais de Contas são: o francês, o italiano e o belga. No sistema francês, o controle é efetuado a *posteriori*, limitando-se a *cour des comptes* a atestar a ocorrência, comunicando o fato ao parlamento para a apuração das responsabilidades. No sistema italiano, o controle exercido pelo Tribunal de Contas é efetuado a *priori*, examinando-se a legalidade dos atos da despesa, podendo ser utilizado o veto absoluto, que, por vezes, anula a iniciativa do Governo, em face da irrecorribilidade das suas decisões. No sistema belga, o controle é prévio com veto relativo e registro sob protesto, reunindo aspectos vantajosos dos modelos adotados pela França e pela Itália, já que o controle é realizado previamente, impedindo os efeitos de atos lesivos ao Erário, sem a rigidez do veto absoluto. Esse último sistema foi inicialmente adotado pelo Tribunal de Contas no Brasil, entretanto, posteriormente, a Corte adotou um modelo eclético, passando a reunir características dos 3 sistemas. SANTOS, Jair Lima. Tribunal de Contas da União & Controles Estatal e Social da Administração Pública. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

¹⁸ A inspiração brasileira veio de Portugal, que inicialmente em 1761 criou o Erário Régio, responsável por todas as entradas de rendas da coroa e saídas dos fundos para todas as despesas. Na sequência, em 1832 criou-se o Tribunal do Tesouro Público, para por fim, em 1849 nascer o Tribunal de Contas. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3ª ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 773/775.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União: *Ob cit.*, p. 91/94.

necessidade de emissão de parecer prévio ao Tribunal sobre as contas anuais do presidente da República²⁰.

A Constituição de 1937, sem apresentar uma organização sistemática que dividisse o texto constitucional em títulos, capítulos e seções, posicionou o Tribunal de Contas próximo aos tribunais do Poder Judiciário e, de forma sucinta, em apenas um artigo, praticamente manteve as atribuições até então previstas na Constituição anterior. Entretanto, deixou de mencionar expressamente o controle prévio e acrescentou a competência de julgar a legalidade dos contratos celebrados pela União²¹.

Já na Constituição de 1946, o Tribunal de Contas aparece pela primeira vez no capítulo que trata do Poder Legislativo, mais especificamente na seção que cuida do orçamento, tanto no referente à sua elaboração, quanto no que diz respeito à fiscalização de sua execução. A novidade fica por conta do julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões que o Tribunal começou a fazer. No mais, mantiveram-se as demais atribuições da Corte, sendo que a referida Carta Política voltou a prever, expressamente, o controle prévio²².

A Constituição de 1967 mantém o Tribunal de Contas no capítulo que trata do Poder Legislativo, mas separa a seção que cuida da elaboração do orçamento da seção que trata da fiscalização financeira e orçamentária. Pela primeira vez no texto constitucional é utilizada a expressão “controle externo”, atividade a ser exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas.

A Constituição de 1967, ratificada pela Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969, retirou do Tribunal o exame e o julgamento prévio dos atos e dos contratos geradores de despesas, sem prejuízo da competência para apontar falhas e irregularidades que, caso não fossem sanadas, seriam, então objeto de representação ao Congresso Nacional.

Eliminou-se também o julgamento da legalidade de concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ficando a cargo do Tribunal tão-somente a apreciação da legalidade para fins de registro.

Como inovação, ressalta-se que a Carta de 67 incumbiu o Tribunal de realizar auditorias financeiras e orçamentárias sobre as contas das unidades dos três poderes da União, instituindo, desde então, os sistemas de controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com auxílio da Corte de Contas, e de controle interno, este exercido pelo Poder Executivo e destinado a criar condições para um controle externo eficaz.

Foi com a Constituição de 1967 que o Tribunal, diante da verificação de ilegalidade de alguma despesa, passou a ter a competência de fixar prazo para que o órgão adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sob pena de o Tribunal sustar o ato, se não atendido. Exceção feita ao caso dos contratos, porquanto caberia à Corte solicitar a sua sustação ao Congresso Nacional e, caso o Poder Legislativo não deliberasse sobre o assunto no prazo de 30 dias, a impugnação do Tribunal tornava-se automaticamente insubsistente.

No que concerne propriamente ao Tribunal de Contas, a Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969, manteve os exatos termos da Constituição de 1967 (EC 1/69, arts. 70 a 72). Porém, o Tribunal passou a ostentar a

²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Evolução histórica e administrativa*. Brasília: TCU, 2014, p. 91/94.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União: *Ob cit.*, p. 91/94.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União: *Ob cit.*, p. 91/94.

nova denominação pela qual é reconhecido nos dias atuais: Tribunal de Contas da União²³.

A Carta Política de 1988, em vigor, dispõe sobre o Tribunal de Contas da União no capítulo de que trata o Poder Legislativo, dentro do Título que cuida da Organização dos Poderes”. Por outro lado, passou a tratar da elaboração do orçamento dentro do Título VI – “Da Tributação e do Orçamento”. Dessa forma, apartou-se no texto constitucional vigente a fase de elaboração do orçamento da fase de fiscalização de sua execução, ao contrário do que vinha acontecendo em Constituições anteriores, quando essas matérias eram tratadas conjuntamente.

Houve preocupação em largar o alcance da atuação do controle externo, prevendo que a ele se submetem não apenas a Administração Direta mas também a Indireta e 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, nos termos do Parágrafo único do art. 70, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998²⁴.

Quanto à natureza da fiscalização exercida pelo TCU, é certo que não mais se limita apenas ao exame da legalidade, pois abrange também à análise da legitimidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia. Desse modo, o Tribunal verifica a legalidade dos atos que impliquem produção de receitas, realização de despesas e surgimento ou extinção de direitos ou obrigações.

O tipo de fiscalização a ser exercida pelo controle externo foi significativamente ampliado pela Constituição de 1988. Não obstante, o título da Seção IX do Capítulo I do Título IV ser “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, o art. 70 incluiu também a fiscalização operacional e patrimonial.

A Constituição Federal de 1988 promoveu nas competências do Tribunal de Contas da União o maior incremento de sua história. As competências constitucionais privativas do Tribunal constam dos arts (sic) 71 a 74 e 161²⁵.

A decisão do Tribunal da qual resulte imputação de débito ou cominação de multa torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo. Nesse caso, o responsável é notificado para, no prazo de quinze dias, recolher o valor devido. Se o responsável, após ter sido notificado, não recolher tempestivamente a importância devida, é formalizado processo de cobrança executiva, o qual é encaminhado ao Ministério Público junto ao Tribunal para, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU) ou das entidades jurisdicionadas ao TCU, promover a cobrança judicial da dívida ou o arresto de bens.

Ademais, a Constituição de 1988 trouxe uma das mais significativas inovações no campo do controle externo da Administração Pública, ao prever no § 2º do art. 74 que “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas da União”.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Evolução histórica e administrativa. Brasília: TCU, 2014, p. 91/94.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Evolução histórica e administrativa. Brasília: TCU, 2014, p. 91/94.

²⁵ Na Constituição anterior, verificada ilegalidade em contrato, devia a Corte de Contas solicitar a sua sustação ao Congresso Nacional. Caso o Poder Legislativo não deliberasse no prazo de trinta dias, a impugnação do Tribunal tornava-se automaticamente insubsistente. Pela Constituição de 1988, cabe ao Congresso Nacional a sustação do ato, que solicitará ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, nenhuma providência adotar, cabe ao Tribunal decidir a respeito.

É de se ressaltar a importância desse dispositivo constitucional, pois sob o prisma operacional, não é de menos valia a participação do cidadão no processo fiscalizador, pois o Tribunal, embora promova auditorias e inspeções por iniciativa própria, não é onipresente, sendo-lhe impossível tomar conhecimento de todas as irregularidades que ocorrem no âmbito da Administração Federal, o que torna a participação do cidadão relevante fonte de informações.

Além das atribuições previstas na Constituição, várias outras têm sido conferidas ao Tribunal por meio de leis específicas, destacando-se as atribuições conferidas ao Tribunal pela Lei de Responsabilidade Fiscal, pela Lei de Licitações e Contratos, Lei Anticorrupção e, anualmente, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Por fim, não se pode olvidar que o Congresso Nacional eventualmente edita decretos com demandas específicas de fiscalização pelo TCU, no mais das vezes envolvendo grandes obras custeadas com recursos públicos federais. E que, de acordo com o disposto no art. 71, deve o TCU apresentar ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, o relatório de suas atividades, que resumidamente consolida suas competências da seguinte forma:

	Fundamento
Fiscalizar as aplicações de subvenções e a renúncia de receitas;	art. 70
Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos;	art. 33, § 2º e art. 71, II
Apreciar as contas anuais do Presidente da República;	art. 71, I
Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessões de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares;	art. 71, III
Realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional;	art. 71, IV
Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais;	art. 71, V
Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios;	art. 71, VI
Prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas;	art. 71, VII
Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos;	art. 71, VIII a XI
Sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;	art. 71, X
Emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas não autorizadas;	art. 72, § 1º
Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades;	art. 74, § 2º
Fixar os coeficientes dos fundos de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras.	art. 161, parágrafo único

Decidir sobre consulta formulada por autoridade competente acerca de dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares.	Lei 8.443/1992
Decidir sobre representações contra irregularidades em licitações.	Lei 8.666/1993
Exercer o controle da legalidade e legitimidade dos bens e rendas de apresentadas por servidores públicos dos poderes da União.	Lei 8.730/1993
Decidir sobre representação referente ao descumprimento da obrigatoriedade de comunicar às Câmaras Municipais da	Lei 9.452/1997
transferência de de recursos federais para os respectivos Municípios.	
Acompanhar e fiscalizar os processos de desestatização.	Lei 9.491/1997
Criar e manter <i>homepage</i> para divulgação de dados e informações acerca das contas públicas (http://contaspublicas.gov.br).	Lei 9.755/1998
Fiscalizar o cumprimento das normas voltadas para a Responsabilidade Fiscal e emitir pareceres prévios individualizado sobre contas.	Lei Complementar 101/2000
Processar e julgar infrações administrativas contra as finanças públicas	Lei 10.028/2000
Fiscalizar a aplicação de recursos repassados aos comitês olímpicos e paraolímpicos brasileiros	Lei 10.264/2001
Remeter à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional a análise e a avaliação dos relatórios de gestão fiscal previstos na LRF, informações sobre a execução físico-financeira das obras constantes da LOA e respectivas irregularidades graves.	Lei 10.266/2001, arts. 73, III; e 83.

Com efeito, didaticamente, poderíamos tranquilamente distribuir todas as referidas atribuições entre as funções consultiva, judicante, fiscalizadora, informativa, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria, mas por não ser o escopo e objetivo deste trabalho, deixaremos apenas apontado a pertinência de tais conexões.

1.3 TIPOS E SISTEMAS DE CONTROLE

Superados os apontamentos mínimos necessários a respeito da natureza jurídica do controle e suas axiologias, princípios e o histórico normativo de sua internalização no ordenamento jurídico nacional por meio do Tribunal de Contas, conseguimos agora demonstrar quais são os tipos e sistemas de controle utilizados.

Quanto aos tipos de controle, é fato que o Tribunal de Contas da União, após na atual ordem constitucional exerce controle da legalidade, legitimidade e economicidade. Nesse aspecto, podemos destacar cada um deles da seguinte forma:

Controle da legalidade: mais do que conformidade à lei, significa que o administrador está, em toda a atividade funcional, sujeito aos mandamentos e comandos da norma jurídica, tanto que, sem em algum momento se afastar dos estritos termos da lei, seu ato de gestão se torna irregular²⁶.

Controle de legitimidade: significa, por sua vez, não apenas a conformidade do ato às prescrições legais, mas também o atendimento aos princípios e fins da

²⁶ SPECK, Bruno Wilhelm (organizador). Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Unicamp, 2002, p. 240/241.

norma jurídica e, em tese, da moralidade e da finalidade pública, ou seja, a despesa pública, para ser legítima, precisa estar direcionada à concretização do bem comum²⁷.

Em outras palavras, é a aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos alcançados ou pretendidos. Nesse itinerário, desde a preparação do ato administrativo até a sua consumação, devem operar, em plenitude, os vetores da impessoalidade e da supremacia do interesse público²⁸.

Controle da economicidade: visa aferir, sem adentrar o mérito e as prioridades da administração, a relação entre o custo e o benefício das atividades e os resultados obtidos pelos administradores na gestão orçamentária, financeira e patrimonial, segundo a eficiência e a eficácia e à luz de critérios ou parâmetros de desempenho²⁹.

Esse é o vetor que justifica novos instrumentos de controle, como auditoria operacional, auditoria de desempenho e de resultado³⁰.

No que tange aos sistemas de controle, deve-se afastar as várias propostas de classificação que se distanciam de critérios racionais e didáticos, para se ater à classificação mais útil, em que se reconhece a existência de sistemas distintos, mas com atuações em comum.

Jorge Ulisses Jacoby³¹ ressalta que a existência de estrutura organizacional, procedimentos, responsabilidades, processos, atividades e recursos desses sistemas, perceptíveis de forma distinta de outros, além de revelar a melhor forma de compreensão, organiza o conhecimento.

Dessa forma, temos consolidados os sistemas de controle social, interno e externo. Quanto ao primeiro (social), encontra ressonância no estatuto político fundamental, como revela o eminente Carlos Ayres de Britto. Vejamos:

A constituição tanto aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que só repercutem no universo particular do sindicante, quanto aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos no universo social por inteiro.³² (g.f)

Em qualquer organização, a partir de determinado porte, seja pública ou privada, é possível vislumbrar a atuação de formas de controle quanto à posição do órgão controlador: interno e externo.

No que tange ao controle interno, é aquele realizado por órgãos de um poder sobre as suas próprias atividades. Logo, verifica-se que o controle interno é de natureza essencialmente administrativa.

²⁷ SPECK, Bruno Wilhelm (organizador). *Ob cit.*, p. 240/241.

²⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 59.

²⁹ SPECK, Bruno Wilhelm (organizador). *Ob cit.*, p. 240/241.

³⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Ob cit.*, p. 60.

³¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Ob cit.*, p. 61.

³² BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 189, p. 115, 1992.

O controle externo, diferentemente, é o praticado por outro agente ou órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado, não integrando sua estrutura organizacional.

Jorge Ulisses Jacoby ressalta muito bem que a atuação do controle interno não se coloca em conflito com o controle externo³³. Reforçando e esclarecendo esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já assentou que:

A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno, ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional.³⁴

Percebe-se que na realidade, o que se busca é a maximização da cooperação entre os dois sistemas, de modo a permitir o exercício da real utilização funcional do controle interno (orientar a autoridade administrativa e os agentes vinculados no sentido de observar a legislação e as orientações dos tribunais de contas).

2. OS ENTES DE COLABORAÇÃO GOVERNAMENTAL

Antes de concentrarmos em retratar o conceito, principais características e atribuições dos 3 principais atores externos à estrutura governamental (Serviços Sociais Autônomos, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), cumpre apresentar o fundamento principiológico de sua participação no objetivo maior do Estado, assim como o seu campo de atuação legitimado pela ordem legal.

2.1 FUNDAMENTO PRINCIPIOLÓGICO: PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A sinergia entre o setor público e privado possui fundamento principiológico pautado no princípio da subsidiariedade, retratado como aquele que aponta para a necessidade de repartição de poderes e atribuições, de sorte a que esses sejam distribuídos às coletividades, segundo a sua capacidade para exercitá-los, ou ainda, em virtude das especialidades atrativas consagradas pela coletividade.

É do princípio da subsidiariedade que se invoca as ideias de oposição à arbitrariedade, de aceitabilidade (legitimidade) social, de coerência sistêmica, de assistência e de descentralização³⁵.

Quanto à concepção desse Estado subsidiário, destaca-se trecho da obra dedicada ao tema de José Alfredo de Oliveira Baracho³⁶.

A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da

³³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 64/65.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet-AgR n.º 3606/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça. Brasília, 27/10/2006.

³⁵ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 191.

³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 40; 48 e 49.

subsidiariedade. O Estado não pode ser considerado como corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. **Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares.**

[...]

O princípio da subsidiariedade, visto em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramentos do Estado através das coletividades secundárias. A natureza dessas coletividades impõe que sejam as mesmas depositárias de certas parcelas de poder público, principalmente em nível local.

[...]

O princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades do pluralismo social. **Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais em fomento.** O princípio da subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio da subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também aponta as principais ideias inerentes ao princípio da subsidiariedade, da seguinte forma:

De um lado, de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, têm primazia sobre a iniciativa estatal; **em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.**³⁷

Esse arcabouço principiológico é um dos fundamentos do Estado Administrante que parte de dois pressupostos, que se ligam intimamente: do decaimento da distinção rígida entre público e privado e da leitura do público não estremado no estatal³⁸.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26/27.

³⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 222.

2.2 CAMPO DE ATUAÇÃO

Pela proposta da reforma delineada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a Administração Pública foi dividida em quatro núcleos:

- **estratégico** – ao qual compete o “exercício das funções indelegáveis do Estado, correspondente ao Poder legislativo, ao Poder Judiciário ao Ministério público e, no Poder Executivo, à cúpula diretiva (Presidente da República, ministros e auxiliares diretos), responsável pelo planejamento e formulação de políticas públicas e regulações, defesa nacional, segurança pública, relações exteriores, arrecadação de impostos, administração financeira e pessoal do Estado”.

- **atividades exclusivas** – ao qual compete a prestação de serviços públicos típicos e indelegáveis, cobrança de impostos, fiscalização, previdência social, serviço-desemprego, polícia, serviço de trânsito, subsídios à educação básica e à saúde. “Para esse, a Reforma prevê a descentralização de atividades, por meio da criação de entidades voltadas à execução, chamadas Agências Executivas”.

- **serviços não exclusivos** – efetuando um papel transitivo entre o público e o privado. De fato, é crescente a absorção de atividades sociais pelas instituições privadas, baseada no estabelecimento de alianças estratégicas entre Estado e sociedade, quer para atenuar disfunções operacionais daquele, quer para maximizar os resultados da ação social geral.

- **produção de bens e serviços para o mercado** – nesse núcleo, como o Estado estaria agindo “substitutivamente ao capital privado”, seriam os entes privatizados³⁹.

Nessa esteira, os entes de colaboração governamental teriam o campo de atuação circundado pelos serviços não exclusivos.

Contudo, um ponto de destaque é a qualificação de tais serviços. Isto é, seriam esses serviços, serviços públicos propriamente ditos ou não? Como já é sabido, a definição de sua extensão (serviços públicos) é doutrinariamente vasta e sem consenso. Entretanto, a eminente Professora Luciana de Medeiros Fernandes consegue demonstrar, após analisar de forma minuciosa tal definição com base nos principais manuais, bem como nas produções mais específicas e atualizadas sobre o tema, que os serviços prestados pelas entidades de colaboração governamental podem⁴⁰ ou não ser públicos, oportunidade na qual não deixam de ter relevância

³⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3ª ed. Ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 597/598.

⁴⁰ Só serão serviços públicos quando prestados por entes privados, criados na forma prevista pelas normas jurídicas de direito privado, sem intuito lucrativo, mas sujeitos à interferência estatal, que não se limita a impor a regulação exigida para todos os prestadores privados de serviços dessa natureza, sustentando-os com recursos públicos, patrimonializando-os com bens públicos e movimentando-os através de servidores públicos cedidos de quadros formados pela extinção de entidades públicas, como se fora uma delegação anômola. FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 81. E mais, quando assim forem caracterizados como públicos, deve-se lembrar da classificação clássica de Antônio Celso Bandeira de Mello ao identifica-los como: a) serviços de prestação obrigatória exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade (onde se encaixaria os serviços públicos prestados pelos entes de colaboração governamental); d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorga-los em concessão ou permissão a terceiros. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 651.

pública e social⁴¹.

2.3 ENTES DE COLABORAÇÃO GOVERNAMENTAL (3º SETOR)

Pela leitura reformista do Estado brasileiro, o termo 3º Setor⁴² emergiu, na verdade, com a finalidade principal de apartar Estado, mercado e sociedade civil.

Concebidos como três setores distintos, quais sejam: o público (1º), o privado (2º) e o público não-estatal ou privado não-lucrativo (3º), apresentando a sociedade civil como uma opção viável ao Estado.

Assim, terceiro setor passou a ser sinônimo de empreendedorismo sem intuito lucrativo, em áreas de relevância pública, por entidades desvinculadas do Estado, integrantes da sociedade civil, pertencentes a uma certa situação híbrida, por se submeterem a um regime jurídico diferenciado.

De forma altamente crítica, Luciana de Medeiros Fernandes propõe reflexão quanto à expressão “terceiro setor”, indagando o posicionamento do referido setor, que se faz investir contra o primeiro, para esfacela-lo (negação da própria tríade e da ideia de parceria) ou, ao menos, para ludibriar o regime jurídico mais rigoroso a que se submete a coisa que se define como pública – e que, simultaneamente, se faz dependente de posturas governamentais (desprezo à frutuosidade da sociedade civil e menosprezo ao que se designou de democracia participativa).⁴³

Independentemente do choque de realidade proposto, indubitavelmente, é uma expressão que já se consolidou e que, minimamente, deve ser considerado como a via alternativa entre o eminentemente público e privado (conotação adotada para esse pequeno ensaio).

2.3.1 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS (SSAS)

Primeira das entidades de colaboração governamental, as entidades intituladas Serviços Sociais Autônomos são o reflexo da tentativa tupiniquim de implantação do *Welfare State*, após o segundo pós-guerra.⁴⁴

Naquela oportunidade buscava-se a pacificação social e a solidariedade entre as classes, através da integração da classe produtora e trabalhadora em entidades alheias a estrutura estatal, frente a insuficiência do Estado na persecução dos objetivos pretendidos, considerando as dificuldades naturais impostas pelo pós-guerra na vida social e econômica do país, com intensas repercussões nas condições de vida da coletividade, em especial das classes menos favorecidas.

Assim, sendo dever do Estado concorrer não só diretamente para a solução desses problemas, como favorecer e estimular a cooperação das classes em iniciativas

⁴¹ Recomendamos a leitura do Capítulo 1, da Parte Primeira, da obra da Prof. Luciana de Medeiros Fernandes, dedicado à demarcação para o conceito de serviço público. FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 41/81.

⁴² Em face do escopo limitado deste ensaio, decidimos restringir a expressão 3º Setor às entidades que possuem qualificação mais sólida com o Poder Público, excluindo-se as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social.

⁴³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob cit.*, p. 323.

⁴⁴ Ressalva-se a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), por intermédio do Decreto-lei 4.048, de 22/01/1942, época Vargas, instituído para atender a necessidade premente de formação de profissionais qualificados para a incipiente indústria de base. Todas as demais surgiram na fase pós-guerra. A título de exemplo, citamos: Decreto-lei 9.403, de 25/06/1946 (SESI); Decreto-lei 9.853, de 13/09/1946 (SESC); Decreto-lei 8.621, de 10/01/1946 (SENAC).

tendentes a promover o bem-estar dos trabalhadores e de suas famílias, a saída não poderia ser outra que não a busca de ajuda do próprio setor privado.⁴⁵

Nesse sentido, a participação Estatal no ato de criação das referidas entidades se deu para incentivar a iniciativa privada, por meio de subvenção garantida pela instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente à finalidade assistencial/educativa.⁴⁶

Portanto, a relação institucional entre os SSAs e o Poder Público é direta, tendo como fundamento de validade a própria lei autorizativa de criação de cada uma delas, não possuindo nenhum instrumento específico (contrato de gestão ou termo de parceria) para validar essa relação, ressalvado o caso da “nova” roupagem dos SSAs, materializados por serviços sociais como Apex-Brasil e ABDI.⁴⁷

2.3.2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OSS)

Infelizmente, ao se pesquisar a origem da constituição das Organizações Sociais (OS), infere-se o caráter marcadamente artificial com que se conceberam as organizações sociais.

Luciana de Medeiros Fernandes, mais uma vez, relata criticamente que esses entes de colaboração governamental nascem como designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições passam a ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão⁴⁸.

Dessa forma, pode-se afirmar que se negou às organizações sociais, a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre público e privado e de Estado subsidiário.

De certo modo, o que se tem, segundo o sistema instituído por lei, é mecanismo voltado à permutação de entidades públicas por pessoas jurídicas de direito privado, sendo que essas – com criação compelida, irresistivelmente, pelo Estado – exercitarão as mesmas atividades anteriormente atribuídas àquelas, através de servidores e bens públicos e da utilização de recursos orçamentários, não estando, contudo, supostamente, ao reverso do que ocorria com as primeiras, submetidas aos rigores das normas de direito público⁴⁹.

Em suma, cuida-se de desvirtuamento gritante em relação às finalidades que se atribuem às organizações sociais. Acerca do processo de constituição das

⁴⁵ OLIVEIRA, Thiago Bueno de. Os Serviços Sociais Autônomos e a Vedação ao Retrocesso Social. In: Revista JML de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 25, p. 45, dez. 2012.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 273.

⁴⁷ Aqui temos que fazer um aparte de importante destaque, pois no início dos anos 2000 (2003 e 2004) foi autorizada a instituição do Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex-Brasil) (Lei n.º 10.668/03 e Decreto n.º 4.584/03) e do Serviço Social Autônomo Agência de Desenvolvimento Industrial (ABDI) (Lei n.º 11.080/04), cujos desenhos administrativos fogem ao padrão clássico dos serviços sociais autônomos, por possuir perfil jurídico diferenciado, caracterizado por uma ingerência estatal mais forte, direta e umbilicalmente formal. Para elucidá-la, podemos citar: a) Autorização ao Poder Executivo para instituí-las, assim como ocorre em relação às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público; b) nomeação dos respectivos presidentes pelo Presidente da República; c) estabelecimento de contrato de gestão prevendo objetivos, metas, indicadores de produtividade, etc; d) aprovação anual do orçamento-programa pelo Poder Executivo.

⁴⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 347.

⁴⁹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Ob cit.*, p. 347.

organizações sociais – e demonstrando o artificialismo das OSs – demonstra Maria Inês Barreto⁵⁰:

Em linhas gerais, o processo de constituição de organizações sociais envolve sete etapas, a saber:

- a decisão do governo;
- a criação da entidade pública não-estatal;
- a proposta de publicização;
- a aprovação legal;
- o inventário simplificado;
- a implementação do contrato de gestão;
- a gestão do contrato de gestão e
- a gestão das organizações sociais.

Em suma, tal ritualística é de vital importância, pois é sobre elas que recariam as medidas de controle externo a serem exercidas, conforme veremos no próximo capítulo.

Diferentemente dos SSAs, o fundamento de validade da parceria entre Organizações Sociais e Poder Público está fixado no instrumento definido na Lei 9.637/98, qual seja, contrato de gestão, o qual possui vasta discussão doutrinária quanto à sua natureza jurídica (na tentativa de configuração do aspecto contratual, de modo a direcionar o tipo de controle), suplantada em virtude do recente Acórdão n.º 2.057/2016 – Plenário, do Tribunal de Contas da União.

2.3.3 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS)

As organizações da sociedade civil de interesse público são, a exemplo das organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, assim qualificadas pelo Poder Público. Destarte, correspondem, de igual maneira, a um título que será outorgado em face do preenchimento dos requisitos prescritos em lei (Lei 9.790/99).

Sintomaticamente, enquanto a lei das organizações sociais é mais permissiva e menos rigorosa (até lacunosa), a lei que regulou as Oscips parece mais austera e minuciosa (embora traga preceitos criticáveis ou mantenha omissões), o que contrasta com as teorias que serviram a fundamentar o projeto brasileiro do “terceiro setor oficial”, de enaltecimento da sociedade civil, pois, enquanto nas organizações sociais, de regime, em tese, mais flexível e de acesso a vultosos investimentos públicos, a sociedade civil está obliterada pelo artificialismo, nas Oscips, os vivos movimentos populares, quando efetivamente presentes, estão submetidos a maiores exigências e fazem jus à, comparativamente, parca ajuda estatal, quando são aquinhoados.⁵¹

No que tange às OSCIPs, a regra de validade da aliança estratégica entre tais entes e o Poder Público se dá por outro instrumento, intitulado de Termo de Parceria, com o escopo mais ampliativo do que os contratos de gestão, atendendo ao princípio

⁵⁰ BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). O público não-estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 123/124.

⁵¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 421.

da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das referidas organizações, descritos no rol taxativo do art. 3º da Lei n.º 9.790/99.

Como exposto a frente, esse é mais um ente de colaboração governamental criado para cooperar com o Poder Público na prestação de serviços de relevância pública e social, merecendo tratamento diferenciado do Controle Externo.

2.3.4 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL (OSC)

O Governo Federal, por meio da Medida Provisória n.º 658/2014⁵², convertida na Lei n.º 13.102/2015⁵³, aprovou a entrada em vigor da Lei n.º 13.019/2014⁵⁴, que define o regime jurídico das parcerias voluntárias entre a Administração Pública e uma parcela das chamadas Organizações Não Governamentais (ONGs), agora denominadas Organizações da Sociedade Civil, a partir de 27 de julho de 2015, estabelecendo uma nova relação e forças na sociedade, estimulando a cidadania e favorecendo o surgimento e aperfeiçoamento de movimentos sociais de opinião e pressão social.

A Lei n.º 13.019⁵⁵ estabelece normas gerais para parcerias voluntárias da União, dos Estados, do DF e dos municípios com entidades sem fins lucrativos. As regras, agora mais rígidas, devendo tais entidades de cumprir uma série de requisitos, além de sofrerem fiscalização de vários níveis de controle da Gestão Pública, uma vez que a bandeira do voluntariado, revelou-se, ao longo das últimas décadas, fonte inesgotável de desvios e de enriquecimento ilícito, representando uma área cinzenta de intersecção com o Estado.

A espontaneidade esquecida nas OS foi nessa nova estrutura lembrada, passando a prever explicitamente o termo de fomento, sendo aquele instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.⁵⁶

De modo a classificá-las como um tipo independente de aliança entre os setores público e privado, a própria legislação extirpou da sua incidência justamente os entes anteriores aqui mencionados (SSA, OS e OSCIP), conforme simples leitura do art. 3º, incisos III, VI e X, motivo pelo qual merecem ser considerados como sujeitos de direito autônomos para fins de atuação do controle externo.

⁵² BRASIL. Medida Provisória no 658, de 29 de outubro de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv658.htm> Acesso em: 11 jun. 2015.

⁵³ BRASIL. Lei no 13.102, de 26 fevereiro de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13102.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁴ BRASIL. Lei no 13.019, de 31 de julho de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁵ Op. Cit.

⁵⁶ BRASIL. Lei no 13.102, de 26 fevereiro de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13102.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

3. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS ENTES DE COLABORAÇÃO GOVERNAMENTAL NA RELAÇÃO DE CONTROLE

Em face de tudo o que já foi exposto, verificamos que o objetivo precípua do controle é assegurar a regularidade da gestão pública, por meio do combate à malversação e ao desperdício de dinheiro, bens e valores públicos, exercendo controle de legalidade, legitimidade e economicidade.

O que pretendemos demonstrar é que a metodologia de avaliação mais adequada a esse propósito, levando-se em consideração a natureza jurídica dos entes de colaboração governamental e a forma de constituição da relação pública não-estatal estabelecida, deve estar focada nos resultados globais obtidos, na produtividade/desempenho, na integração com a sociedade, enfim, na efetividade das ações sociais.

3.1 TCUE OS SSAS

Quanto aos SSAs, alvo sempre de muita atenção diante da magnitude de sua arrecadação, o TCU sempre atuou exercendo o controle externo em sua plenitude, com enfoque preponderantemente gerencial, administrativo⁵⁷.

Entretanto, após a marcante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 789.874/DF, em 17/09/2014, onde definiu-se a não obrigatoriedade de submissão das entidades do Sistema 'S' aos ditames do art. 37, notadamente ao seu inciso II, da Constituição (regra do concurso público) e após lúcidas e eruditas decisões quanto à natureza jurídica de seus recursos (reconhecendo-se o desprovimento do caráter público quando do ingresso nos cofres dos SSAs)⁵⁸, ou quanto à possibilidade do Sistema S aplicar a Lei n.º 10.101/2000 aos seus empregados (que trata da participação dos trabalhadores nos lucros e resultados)⁵⁹, verifica-se explicitamente o esforço do TCU em mudar a forma de exercer seu controle junto à tais entidades.

Nesse sentido, cumpre destacar o Acórdão n.º 1.869/15 – Plenário, onde essa mudança de comportamento institucional foi amplamente assumida e permanentemente aguardada pelos entes integrantes do referido sistema. *In verbis*:

Efetivamente, novos ventos sopram sobre o que se deve entender como a forma de atuação do Tribunal de Contas da União sobre as entidades aqui em discussão.

Parece-me que o STF está a sinalizar para um modelo de maior flexibilidade das instituições que compõem o Sistema S e a exigir não um controle de mero procedimento, mas sim de fiscalização da eficiência institucional das relevantes atividades por ele desenvolvidas. Autoriza-se assim, um maior grau de liberdade nas ações dos serviços sociais autônomos, livrando-os de um engessamento administrativo, e, em contrapartida, enfatiza-se um aprofundamento da avaliação da efetividade dos resultados obtidos.

⁵⁷ Em virtude de mais de 70 anos de relação entre tais entidades, não cabe neste singelo trabalho descrever seus julgados intertemporais, motivo pelo qual direcionamos o leitor apenas para o rompimento de paradigma institucional.

⁵⁸ ACO n.º 1.953 AGR/ES. Min. Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento: 18/12/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe de 19/02/2014.

⁵⁹ Acórdão n.º 3.554/2014-Plenário. TCU. Min. Rel.

Nesse quadro, **creio que é chegada a hora de o TCU empreender estudos aprofundados sobre a sua forma de atuação para o exercício do controle externo** sobre as entidades do Sistema S.

A necessidade dos cogitados estudos fica mais patente quando nos deparamos com outros julgados em que é questionada a própria natureza dos recursos que irrigam as entidades em questão.

[...]

Para concluir, e em apoio à minha tese de que o TCU necessita repensar seu papel no controle dos Serviços Sociais Autônomos, recupero ainda do Voto condutor do Acórdão nº 3.554/2014-Plenário, as seguintes e incisivas passagens:

“17. Relembro de passagem de meu Voto, no qual falei de nossa tentação publicista de declarar a autonomia e a liberdade de auto-gestão do Sistema, falando da inaplicabilidade de normas como a Lei 8.666/1993, averbando, contraditoriamente, que o Sistema só está submetido aos princípios da administração pública. Ora, se são privados não estão regidos por princípios da administração pública. Prova é que eles não se submetem ao princípio da legalidade administrativa. Ao contrário, quando falamos em princípios da moralidade, da legitimidade, da eficiência, **estamos a falar de meta-princípios, aplicáveis a todos indistintamente**. Aos incrédulos dou um exemplo: quando a lei fundamental declara o direito fundamental à propriedade, ao mesmo tempo declara a função social da mesma, dizendo desapropriáveis as propriedades improdutivas. Nada mais está a falar o texto constitucional do que a produtividade (eficácia e eficiência) na iniciativa privada. O mesmo se pode dizer do instituto da encampação de empresas.

18. E por vezes declaramos solenemente a autonomia e a auto-gestão dos integrantes do Sistema S Sindical, associada à inaplicabilidade da lei de licitações, **mas quando analisamos as normas internas de licitações, parece que só entendemos como lícito o que for similar à Lei 8.666**. Em síntese, serão livres se editarem regulamentos quase-idênticos à Lei de Licitações e Contratos.

[...]

21. **Afirmo, sem qualquer hesitação, que ao Sistema S Sindical não se aplica o art. 37 da Constituição Federal, pois de Administração Pública não se trata. Também não lhe incide o § 1º do art. 173 da Carta da República, pois não há estatuto jurídico especial do Sistema S Sindical. São entidades de direito privado.**

[...]

26. **Quero com isso dizer que é chegada a hora, ainda que tardia, de a sociedade tomar as rédeas em suas mãos. No Sistema S Sindical o controle deve ser, por excelência, dos integrantes do Sistema, ou seja, dos empresários dele contribuintes.**

Diante de todo o quadro até aqui exposto, em que **tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o próprio TCU fazem uma leitura em que prepondera a flexibilização da autonomia gerencial e administrativa do Sistema S e em que se aponta um horizonte em que os controles devem ser menos procedimentais e mais finalísticos das atribuições institucionais e dos resultados efetivos das entidades que integram esse sistema**, não tenho dúvidas de que, se vencida a preliminar suscitada neste parecer, deve, no

mérito, ser conhecido e provido o pedido de reexame do IEL/PR – que, por excelência e natureza – detém caráter eminentemente privado e, embora mantido parcialmente pelo sistema Sesi/Senai, sequer se constitui em entidade da mesma natureza de seus mantenedores.

Com efeito, escoreito o entendimento de que as entidades do Sistema S estão a ganhar liberdade/independência ao paradigma Estatal, rompendo-se (ao menos essa é a expectativa) com o arrastamento teleológico de vincular sempre o legalmente, legitimamente e moralmente correto ao que é estabelecido pelo Estado.

O comando principiológico a ser seguido pelas entidades do Sistema S possui aplicação indistinta, justamente pela natureza normogenética das normas-princípio, que possuem em seu *dna* uma função sistêmica, sendo o fundamento para normas-regra e possuindo idoneidade irradiante para todo o sistema jurídico.

Em outras palavras, é esse caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito das normas-princípio, que corrobora garantir um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seus bens, serviços e pessoas.

É essa retidão que irá garantir a legitimidade da aplicação dos recursos que arrecadam para a manutenção de sua finalidade social.

3.2 TCUE AS OSS

O controle externo exercido pelo TCU junto às OSs, diante da sua concepção promíscua⁶⁰, como já retratado no item 2.3.2 deste pequeno ensaio, vem sofrendo diferentes tipos de abordagem ao longo do tempo.

Inicialmente, o controle era direto e exaustivo, oriundo da interpretação extensiva dada ao art. 70 da CF/88. Em 2007 houve mudança de entendimento, sob o argumento de que às Organizações Sociais não pode ser dispensado tratamento idêntico àquele endereçado a outras entidades conveniadas, eis que se trata de entidades e ajustes com estruturas, objetos e finalidades absolutamente diversos.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União passou a compreender que as Organizações Sociais, por conta da natureza específica de seus vínculos com o Poder Público (entendidos à época como contratos e não convênios), não estariam obrigadas a prestar contas diretamente à Corte de Contas, e sim apenas ao parceiro público contratante, nos termos da legislação federal.

Esse posicionamento balizou a Decisão Normativa nº 96/2009, que alterou a Decisão Normativa nº 93/2008, no sentido de suprimir as Organizações Sociais como entidades prestadoras de contas.

⁶⁰ Essa adjetivação se dá pela perspectiva prática, retratada inclusive no relatório Acórdão n.º 3.239/13 – Plenário, (ao dizer que os próprios dirigentes da fundação extinta seriam os dirigentes da OS, razão pela qual a publicização

difícilmente apresenta o caráter de fomento a entidades privadas sem fins lucrativos na prestação de serviços de relevância pública), e não no discurso constitucionalista firmado pelo STF no julgamento clássico da ADI n.º 1.923/DF, onde se firmou que não há “terceirização” ou “substituição” de serviços, e sim, atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

Entretanto, a partir de 2010, o Tribunal de Contas da União passou a acatar a sugestão da Controladoria Geral da União, voltando a considerar obrigatória a prestação de contas por parte das Organizações Sociais, contanto que tal se desse “até a definição de uma melhor forma de apresentação das informações sobre a gestão dessas entidades”.

Ainda demonstrando titubeação sobre o tema, o Acórdão n.º 3.041/2010 do TCU posicionou-se afirmando que é o Tribunal de Contas quem define a forma de fiscalizar as entidades receptoras de transferências sujeitas à sua jurisdição.

Toda essa instabilidade se dá, em nossa opinião, em virtude da dicotomia gerada entre a natureza eminentemente privada de tais entidades de colaboração governamental e as distorções reveladas na aplicação prática do modelo, e que por isso chamam a atenção redobrada dos órgãos de controle.

Parte desse desalinhamento, após pesquisa de auditorias no âmbito das OSs⁶¹, é oriundo da incapacidade administrativa de tratar as formalidades e monitoramentos necessários nos contratos de gestão, assim como também das próprias OSs, que por muita das vezes não compreendem a sistemática do funcionamento (metas, gestão de recurso, prestação de contas, etc.).

No recente Acórdão n.º 2.057/2016 – Plenário, do último mês de agosto (2016), destaca-se que:

(...) muitos entes não se prepararam adequadamente para assumir as novas atribuições, realizando as transferências dos serviços de saúde sem ter as condições necessárias para supervisão adequada dos contratos de gestão.

Exemplo concreto dessa desarticulação é retratado na obra de Luciana de Medeiros Fernandes, dedicada à Reforma do Estado e o Terceiro Setor, onde mesmo sendo direcionado à OSCIPs, *mutatis mutandis*, torna-se plenamente válido também para OSs.

Nesse sentido, demonstra dentro de um espectro regional (Estado de Pernambuco), com base em dados do Tribunal de Contas do referido Estado, que no ano de 2005 foram repassados R\$ 7.286.719,18 para as Oscips existentes com termos de parceria, sendo que, nem os órgãos públicos parceiros comprovaram o acompanhamento dos termos de parceria, nem a Arpe (Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco) ou a Progestão (Programa de Modernização da Gestão Pública do Estado de Pernambuco) promoveram a fiscalização e avaliação dos instrumentos de fomento mencionados⁶².

De modo a tentar minimizar toda essa problemática na raiz, no Acórdão n.º 3.239/2013 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar, oriundo de auditoria operacional no âmbito do Ministério da Saúde (MS), decidiu-se realizar a auditoria com foco na atuação dos gestores públicos e não da execução em si do serviço pelas OSs.

Procurou-se identificar o papel do poder público em cada uma delas, com vistas a apontar quais funções essenciais deveriam ser desempenhadas. A partir desta análise, foram definidas as seguintes questões de auditoria:

a) O processo decisório de transferência do gerenciamento de serviços de saúde para entidades privadas demonstra que esta é a melhor opção frente à prestação direta do serviço?

⁶¹ Entre várias, destacamos e sugerimos leitura do Acórdão n.º 3.239/2013 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar, oriundo de auditoria operacional no âmbito do Ministério da Saúde.

⁶² FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009, p. 422.

b) O processo de qualificação e seleção da entidade privada é objetivo e garante que seja escolhida a mais apta a prestar o serviço?

c) A formalização da parceria abrange os critérios necessários para garantir a prestação adequada do serviço e o seu controle?

d) O controle da execução do contrato garante a devida responsabilização pelos resultados alcançados e a regular aplicação dos recursos?

Por mais que o julgamento tenha ocorrido em novembro de 2013, quando já se tinha iniciado o julgamento da ADI n.º 1.923/DF (sobre a constitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei Federal n.º 8.666/93), mas ainda sem pronunciamento final, verifica-se que o TCU pré-anunciou o direcionamento final posteriormente dado pelo STF (16/04/2015) nos seguintes temas:

(i) o procedimento de qualificação deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei n.º 9.637/98;

(ii) a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal;

(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 Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(vi) afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

Enfim, em agosto/setembro de 2016, o TCU avançou em 2 grandes aspectos relacionados às OSs, visando atender o Requerimento n.º 26/2016 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS), no qual se buscava a manifestação do TCU acerca: **1)** da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde; **2)** a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar n. 101/00 (LRF).

A primeira parte da solicitação foi atendida por meio do Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, que reiterou as diretrizes já expostas no Acórdão n.º 3.239/2013 - Plenário e esclareceu alguns pontos já tratados pelo TCU, diante da superveniência da manifestação do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1923.

Nesse sentido, eliminou-se a prática de “mimetizar” ora regras típicas de convênio, ora de contrato administrativo, no que tange à natureza do contrato de gestão, posicionando-se definitivamente em alinhamento com o STF, no sentido de possuem natureza de convênio, dada a harmonia de objetivos do Estado e da entidade conveniada, não havendo que se falar em terceirização de serviços nessas parcerias.

Esse entendimento foi a base argumentativa quanto à segunda parte da solicitação, exposta na análise minuciosa da Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), única secretaria competente para o exame da matéria concernente à forma de contabilização dos pagamentos dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, para fins de verificação dos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000.

No Acórdão n.º 2.444/2016 - Plenário, de 21/09/2016, ficou demonstrado que a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO 2016 (Lei 13.242/2015) tenta esclarecer em seu artigo 105 que, para apuração da despesa com pessoal prevista no art. 18 da Lei de

Responsabilidade Fiscal⁶³, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei 8.745/1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

Contudo, assim como mencionado já acima, a realização de serviços por parte das OSs não é terceirização, não tendo que se falar em substituição de servidores, uma vez que se trata da atuação do poder público no domínio econômico e social de forma indireta, fazendo uso de seu instrumental jurídico (contrato de gestão) para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntário do “credenciamento”. E por tal motivo, não há que se aplicar a limitação de despesa com pessoal fixado na LRF.

Como bem traçado no Acórdão n.º 2.444/2016 – Plenário do TCU, ao não fazer parte dos limites impostos pela lei, as contratações excessivas de organizações sociais para prestação de serviços públicos ou governamentais, seja em qualquer seara, podem levar a um colapso financeiro do ente público.

Isso porque, ao prestar os serviços por outros meios, os gastos com pessoal do ente público tendem a diminuir, aumentando a margem para atingimento do limite de 60% da receita corrente líquida (RCL). Tal margem pode ser preenchida com aumentos sucessivos da remuneração de servidores e/ou empregados, o que se mostra de difícil reversão. Ao mesmo tempo, as despesas com organizações sociais passam a disputar a parcela de 40% da receita corrente líquida destinada a despesas de custeio, dívida pública e investimentos, estrangulando a parte disponível da receita corrente líquida, constituindo-se em mais um grande motivo de controle por parte do Tribunal de Contas da União e dos Estados.

Apesar do avanço, ainda resta em aberto a melhor forma do Tribunal exercer seu papel na fiscalização das OS, isto é, de modo direto (auditando a própria entidade) ou indireto (auditando a administração que firmou o contrato de gestão).

3.3 TCUE AS OSCIPS

No que tange às OSCIPs, o balizamento do TCU aproveitou em muito as tratativas direcionadas às OSs, em virtude de suas similaridades, destacando-se entre as evoluções do controle exercido sobre elas, o estudo específico sobre OSCIPs, cujas conclusões dos referidos trabalhos foram registradas no Acórdão n.º 746/2014 - Plenário, que fixou o entendimento de que é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal, porquanto tal agir implicaria em ofensa à Lei n. 9.790/1999, que dispõe ser o Termo de Parceria o meio adequado de relacionamento entre elas e o Poder Público, além de consubstanciar

⁶³ “Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

quebra do princípio da isonomia, eis que tais entidades possuem benesses fiscais, a elas concedidas para atuarem mediante o estabelecimento de Termo de Parceria.

3.4 TCUE AS OSC

Diferentemente das OSs, cujo surgimento decorre de induzimento pelo Estado, em virtude da extinção das entidades públicas e da necessidade de que os serviços até então prestados por essas passem a ser exercitados por outros agentes, as Organizações da Sociedade Civil (OSC) passam a integrar a nova contextura que caracteriza a Administração Pública brasileira, com pessoas jurídicas de direito privado espontaneamente criadas pelos particulares para atender determinadas necessidades de feição pública, socialmente relevantes, em atuação complementar e não supressiva das incumbências do Estado.

Quanto a esses entes de colaboração governamental, diante de sua atuação recente (vigência material da Lei n.º 13.019/14 só se deu em agosto de 2015), o relacionamento com o TCU é incipiente, mas não inexistente.

Nesse sentido, o Acórdão n.º 352/2016 – Plenário faz ótimo paralelo com os dispositivos da Lei n.º 13.019/2014 que trata de tais entes, destacando-se os instrumentos de controle já previstos no referido diploma legal, que a propósito incidem predominantemente em relação ao órgão parceiro.

No geral, constata-se que o novo marco regulatório incorpora, em grande medida, as exigências e recomendações apresentadas pela doutrina e jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas, para parcerias entre as Administrações Pública federal, estaduais, distrital e municipais, de um lado, e as OSCs, de outro lado, com o objetivo de implementar a Administração Pública Consensual e de Resultados⁶⁴.

Torna-se imprescindível que os Tribunais de Contas, imediatamente, estabeleçam normas complementares definindo pontos de controle essenciais para o desenvolvimento de sua missão constitucional junto a tais entidades, de modo a iniciar um relacionamento sadio com o controle externo.

CONCLUSÃO

É fato que em cenários de retração econômica e de insuficiência de recursos, deve o gestor público analisar todas as opções postas à sua disposição pela Constituição e pela legislação vigente, de forma a buscar modelos que vão ao encontro do princípio constitucional da eficiência, sempre tendo como objetivo o interesse público e o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nessa conjectura, a valoração dos entes de colaboração governamental cresce em importância, necessitando se demonstrar na origem, que as qualificações a serem concedidas (serviços sociais autônomos, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou organizações da sociedade civil) não são meras alternativas “instrumentais” com a intenção de esquivar-se do regime publicista e de seus consectários.

Em face de todo o exposto, chegamos à conclusão de que todo o direcionamento do esforço administrativo, normativo e técnico deve ser convergido para que o Tribunal de Contas da União (e os demais por boa prática) possa padronizar a forma de controle dos entes de colaboração governamental,

⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. Revista Brasileira de Dir. Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 2, n. 46, p. 18-19, jul./set. 2014, p. 29.

revolucionando o paradigma do Controle Externo ao exigir não um controle de mero procedimento, mas sim de fiscalização da eficiência institucional das relevantes atividades por eles desenvolvidas, enfatizando o aprofundamento da avaliação da efetividade dos resultados obtidos, o que representaria um salto qualitativo enorme que facilitará o cumprimento da missão constitucional em realizar o controle de legalidade, legitimidade e economicidade.

Só assim tais entes ganhariam liberdade/independência ao paradigma Estatal, rompendo-se em definitivo com o arrastamento teleológico de vincular sempre o legalmente, legitimamente e moralmente correto ao que é estabelecido pelo Estado.

Entendemos que é chegada a hora da mudança, devendo o TCU desenvolver estudos aprofundados sobre a sua forma de atuação para o exercício do controle externo sobre os entes de colaboração governamental, com a missão de estudar, identificar e propor formas de atuação capazes de combater e punir, de forma efetiva, a malversação dos recursos repassados/arrecadados, os aspectos de sua eficiência, sem prejudicar a qualidade dos serviços, e de sua eficácia em atingir as metas previstas, obtendo os efeitos desejados.

Nesse sentido, desde que cumprida a premissa restritiva de um controle baseado nos aspectos programático (ou seja, verificação se as metas pactuadas estão de acordo com o programa pactuado no contrato, termo ou lei autorizativa); funcional (ou seja, se as atribuições das partes estão de acordo com o suporte de validade de cada aliança estratégica) e finalístico (ou seja — e esse é o principal aspecto da fiscalização — se as metas pactuadas estão sendo cumpridas pelo parceiro privado), partilhamos que o controle cada vez mais direto sobre tais entidades deve se consubstanciar como uma alternativa extremamente considerável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). O público não-estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Evolução histórica e administrativa. Brasília: TCU, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 189, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIOLA, Cezar. Tribunal de Contas – controle para a cidadania. Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 14, n. 25, p. 204. 2º Sem. 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 2002_11_07_0001.2xt.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. Revista Brasileira de Dir. Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 2, n. 46, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, Thiago Bueno de. Os Serviços Sociais Autônomos e a Vedação ao Retrocesso Social. In: Revista JML de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 25, p. 45, dez. 2012.

SANTOS, Jair Lima. Tribunal de Contas da União & Controles Estatal e Social da Administração Pública. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

SPECK, Bruno Wilhelm (organizador). Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Unicamp, 2002.

TIBÚRCIO, Caio César. In *apud* JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3º ed. Ver. atual. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.