



Guilherme Mantovani Coli

**AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS e a ADI 1923-DF: o que
já pensava o TCU sobre essas entidades?**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público- SBDP, sob
a orientação do Professor
Yasser Gabriel.**

São Paulo

2015

Resumo: A monografia trata de um tema provavelmente ainda não explorado no mundo acadêmico brasileiro: como o Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, vinha entendendo o manejo das Organizações Sociais à luz do que viria a ser ressaltado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923? Meu objetivo foi provar empiricamente que o Tribunal de Contas da União já praticava de algum modo a manipulação das Organizações Sociais conforme o decidido no mérito da citada ação constitucional e que, desse modo, a decisão do STF foi efetiva se comparada à realidade fenomenológica operada pelo órgão de controle externo. Para tanto, crio o método de investigar na jurisprudência do TCU a partir de pontos ressaltados no dispositivo da decisão de mérito: a) procedimento de qualificação das OS; celebração do contrato de gestão entre as OS e o Poder Público; celebração de contratos entre as OS e terceiros; seleção de pessoal das OS; controle e fiscalização pelo TCU e MP. A intenção central do trabalho, a despeito da promoção científica de uma análise empírica, foi extrair considerações críticas que acrescentem novidades ao mundo acadêmico e jurídico.

Acórdãos citados:

STF: ADI 1923-DF.

TCU¹: 0313/2015-PL; 0500/2015-PL; 3576/2014-PL; 3304/2014-PL; 2832/2014-PL; 2518/2014-PL; 2057/2014-PL; 1786/2014-PL; 3129/2014-2ªC; 0693/2014-PL; 3115/2013-PL; 2942/2013-PL; 3239/2013-PL; 2670/2013-PL; 5919/2013-1ªC; 1679/2013-PL; 1155/2013-PL; 2414/2012-PL; 5389/2012-2ªC; 1313/2012-PL; 3153/2012-2ªC; 1509/2012-1ªC; 0722/2012-2ªC; 1460/2011-PL; 0710/2011-2ªC; 7083/2010-2ªC; 2507/2009-PL; 2868/2008-PL; 4522/2008-1ªC; 1842/2008-PL; 2640/2008-1ªC; 1752/2008-2ªC; 1111/2008-PL; 0731/2008-PL; 1836/2007-PL; 1305/2007-1ªC; 0601/2007-1ªC; 2159/2005-PL; 0421/2004-PL; 1570/2003-PL; 0202/2003-1ªC; 3373/2012-PL.

¹ PL: Plenário; 1ªC: Primeira Câmara; 2ªC: Segunda Câmara.

Decisões Normativas do TCU:

140/2014; 139/2014; 134/2013; 132/2013; 129/2013; 127/2013;
121/2012; 119/2012; 123/2011; 107/2010; 102/2009; 100/2009;
93/2008; 81/2006; 71/2005; 0592/1998.

Palavras-chave: Organizações Sociais; Tribunal de Contas da União;
Qualificação; Contrato de Gestão; Seleção de Pessoal.

Agradecimentos

No momento de agradecer muitos nomes me surgem à cabeça, afinal, todo trabalho é, no final das contas, resultado de uma reunião de esforços multi-individuais. No meu caso não foi diferente.

A Deus, presença eterna em minha vida.

Aos familiares, pelos inenarráveis suportes material e espiritual.

Agradeço à equipe da EF-SBDP pela dedicação e compromisso de ofertar valiosos saberes a jovens curiosos e interessados no Direito Público.

Aos amigos da EF-SBDP e da Faculdade de Direito da USP também reservo sinceros agradecimentos pela força e apoio sempre recebidos.

Dedico especiais agradecimentos ao meu Orientador, Professor Yasser Gabriel. Sua presença foi imprescindível, desde os rabiscos dos projetos iniciais às conclusões. Em cada etapa do trabalho esteve presente, me auxiliando, orientando e me estimulando a fazer o melhor possível. Suas críticas foram essenciais e edificantes.

Sumário

1. Introdução	5
1.1. Apresentação do objeto e justificativa	5
1.2. As Organizações Sociais e a ADI 1923: uma breve síntese.....	6
1.2.1. Contexto de surgimento das Organizações Sociais	6
1.2. 3. As Organizações Sociais.....	10
1.2.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923-DF	13
2. Metodologia	17
2.1. Recorte temático	17
2.2. Universo de documentos	19
2.3. Hipótese e perguntas de pesquisa	21
2.4. Análise dos documentos	23
2.5. Estrutura em capítulos	27
3. Análise empírica	28
3.1. Procedimento de Qualificação das Organizações Sociais	28
3.2. Celebração do Contrato de Gestão.....	35
3.3. Contratações das Organizações Sociais com Terceiros.....	43
3.4. Seleção de pessoal	52
3.5. Mecanismos de controle pelo TCU e MP	60
4. Conclusões.....	67
5. Bibliografia.....	70

1. Introdução²

1.1. Apresentação do objeto e justificativa

A presente monografia tem como objeto a realização de um estudo empírico da jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca dos pontos ressaltados no julgamento final de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923, no Supremo Tribunal Federal. Esta ação constitucional, em apertada síntese, buscou verem declarados inconstitucionais a Lei 9.637/98, marco civil das Organizações Sociais e o art.24, XXIV, da Lei 8.666/93, incluído pela Lei 9.648/98.

O propósito deste intento é verificar se o Tribunal de Contas da União vinha, de algum modo, manejando as Organizações Sociais, dentro de suas competências, de maneira semelhante ao que viria ser disposto com a decisão da ADI 1923, que deu parcial procedência a esta ação constitucional, com vistas a conferir interpretação conforme a Constituição a Lei 9.637/98 e ao art.24, XXIV, da Lei 8.666/93. Desse modo, busco verificar a efetividade da decisão do STF em relação ao modo como as disposições sentenciadas vinham sendo operadas pelo TCU, desde a edição da Lei 9.637/98.

Pode-se dizer que o objeto deste trabalho guarda consigo um teor de ineditismo no mundo científico brasileiro, haja vista pesquisar na jurisprudência do Tribunal de Contas da União alguns elementos prolatados na ADI 1923, julgada ainda no mês de abril deste ano. Assim, justifica-se a feitura destas linhas como uma possível inovação no campo de estudos do Direito pátrio.

A escolha do Tribunal de Contas da União como o *locus* a serem procuradas retrospectivamente as ressalvas do julgamento final de mérito da ADI 1923 se fundamentou no fato de o TCU ser um órgão de controle externo de entidades que recebem recursos públicos (CF, art.70) e que, por conta disso, a ele as Organizações Sociais devem prestações de contas.

² Faço aqui um especial agradecimento aos membros de minha banca de avaliação(04.12.2015), Professores Juliana Bonacorsi Palma e Yasser Gabriel. Definitivamente, aprendi lições e técnicas que levarei para toda a vida profissional.

Além disso, não se pode descartar a grande credibilidade do TCU nos quadros institucionais brasileiros. Essa confiança ao órgão, a qual não se analisa neste trabalho, é apta a conferir legitimidade ao seu papel desempenhado.

De certo modo, pelo presente estudo também se pode verificar se o Tribunal de Contas da União vem chancelando o modelo das Organizações Sociais, isto é, observar se pelos julgados periciados esta Corte manejava estas entidades segundo as intenções de seus idealizadores positivadas na Lei 9.637/98.

Em suma, minha intenção foi promover alguma contribuição ao mundo acadêmico e jurídico brasileiro, ofertando uma pesquisa realizada empiricamente e provida de conclusões tecidas do modo mais crítico e maduro possível sobre os dados conjugados.

1.2. As Organizações Sociais e a ADI 1923: uma breve síntese³

1.2.1. Contexto de surgimento das Organizações Sociais

Na década de 1990 o Brasil assistiu a uma forte crise de Estado. Tal fenômeno pode ser assinalado (a) pelo descontrole fiscal e das finanças públicas; (b) pela redução das taxas de crescimento econômico; (c) pelo aumento do nível do desemprego; (d) pelos elevados índices inflacionários e (e) pela sobrecarga das demandas dirigidas ao Estado, sobretudo na área social⁴.

Uma das medidas engendradas na superação deste panorama crítico foi conduzida pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado na reunião de 21 de

³ A função deste subcapítulo é tão somente apresentar ao leitor o pano de fundo do objeto trabalhado nesta pesquisa. Todavia, ressalto não serem essas descrições os objetivos da pesquisa, até porque rendem, a bem dizer, outras monografias. Assim, me limitei a menção superficial dos temas.

⁴ CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, novembro de 1995. Em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Página 10.

setembro de 1995. Posteriormente, foi sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, almejando a redefinição das funções do aparelho estatal federal de modo a promover uma mais eficaz administração.

Segundo consta na introdução do Plano Diretor:

Este “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, **ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados**, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. **É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada** para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.⁵ (grifos meus)

O cerne do Plano Diretor foi modernizar a Administração Pública Federal através de um projeto de transição de um modelo de administração burocrático e formalista para um modelo pautado no controle de resultados e, também, na descentralização de certos serviços de interesse público.

Sobre o modelo de descentralização citado, o Plano Diretor explica:

⁵ Ibidem. Páginas 5 e 6.

Neste plano, entretanto, salientaremos um outro processo tão importante quanto, e que no entretanto não está tão claro: **a descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica.** Chamaremos a esse processo de “publicização”.

(...)

Finalmente, através de um programa de publicização, **transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.**

Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no **papel de regulador e provedor ou promotor** destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade⁶.

Com base nessa nova feição, o Estado incrementaria sua função de regulador, coordenador e fomentador da realização de certas atividades públicas por intermédio do emparceiramento com entidades da sociedade civil. Dilatar-se-ia, assim, a atuação indireta do Estado na prestação de determinados serviços de interesse público, estimulando e coordenando as entidades privadas a executarem diretamente tais atividades, as quais ao Estado caberiam a regulação e fiscalização.

Conforme o Plano Diretor, por meio da transição de uma espécie de Administração Pública cravejada pela burocracia, rigidez e ineficiência, para uma Administração Pública alcunhada de gerencial, eficiente e flexível,

⁶ Ibidem. Página 13.

preocupada com o atendimento do cidadão, haveria um reforço da governança das instituições administrativas brasileiras.

Uma das emanações apresentadas pelo Plano Diretor à consecução desses intentos foi a criação de um projeto de lei que franqueasse a “publicização” de serviços cognominados como públicos não exclusivos do Estado brasileiro. São públicos pela relevância social, contudo, não exclusivos do Estado, haja vista admitir sua realização tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, independentemente de autorização administrativa.

Esta “publicização” ocorreria por intermédio da transferência de atividades de entes e órgãos públicos para entidades do setor privado sem fins lucrativos, com o requisito de serem qualificados pelo Poder Público com o título de “Organizações Sociais”.

A ideia que informa tais transferências de serviços públicos não exclusivos para entidades privadas é a concepção de ser a prestação dos serviços executadas pela lógica dos entes privados mais eficiente, implicando na redução de custos e encargos ao Estado e, desse modo, favorecendo os cidadãos.

E assim esclarece o Plano Diretor:

O Projeto das Organizações Sociais tem como **objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos**, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do **pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.** (grifos meus)

A concretização do projeto das Organizações Sociais ocorreu a por meio da aprovação, pelo Congresso Nacional, do projeto de lei de conversão à Medida Provisória n. 1648-7, de 23 de abril de 1998, originalmente editada sob o n. 1591, de 9 de outubro de 1997, tendo como resultado a

aprovação da Lei Federal 9.637, de 15 de maio de 1998, instituindo a figura jurídica das Organizações Sociais no nosso ordenamento jurídico, no plano da Administração Pública Federal.

1.2. 3. As Organizações Sociais

Primeiramente, é importante salientar que as Organizações Sociais não se caracterizam como uma figura jurídica criada, mas uma qualificação jurídica dispensada às entidades privadas habilitadas, consoante o expresso por DI PIETRO:

Organização social é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público⁷.

O Poder Executivo poderá qualificar como Organizações Sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidades lucrativas, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos impostos pela mesma lei (art.1º da Lei 9.637/98).

A Lei 9.637/98 prevê no art.2º a especificação dos requisitos necessários à pretendida qualificação como Organização Social. Primeiramente, às entidades privadas pleiteantes do título jurídico é preciso comprovar o registro de seus atos constitutivos, dispondo sobre, nos termos da lei: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação; b) finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 569.

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei; d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral; e) composição e atribuições da diretoria; f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto; h) proibição de distribuição de bens ou parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; i) 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 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.

Além do cumprimento destes requisitos específicos, há a necessidade da aprovação, quanto à conveniência e oportunidade desta qualificação como Organização Social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social.

A Organização Social celebra o chamado Contrato de Gestão com o Poder Público, com vistas a firmar um vínculo de parceria no fomento e execução das atividades concernentes às áreas elencadas no artigo primeiro do diploma. O Contrato de Gestão é elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a Organização Social, devendo haver a discriminação das atribuições, responsabilidades e obrigações de ambos os parceiros (arts. 5º e 6º da Lei 9.6387/98).

Há previsão expressa no art.7º da Lei da observação, quando da elaboração deste acerto acima descrito, dos princípios da legalidade,

impressoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, bem como da estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, além dos critérios objetivos de avaliação do desempenho a serem empregados, mediante indicadores de qualidade e produtividade.

O Poder Público também pode proceder à desqualificação da Organização Social quando se constatar o descumprimento das disposições previstas no Contrato de Gestão. Essa desqualificação será realizada mediante 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. Essa desqualificação importará na reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da entidade, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 16 da Lei 9.637/98).

Os artigos 4º e 5º estabelecem a organização, competência e composição do Conselho de Administração das Organizações Sociais, seu órgão superior deliberativo. Sua constituição, juntamente com uma diretoria, é obrigatória (art.2º, I, c). Deve ser composto de membros do Poder Público, representantes de entidades da sociedade civil, membros eleitos dentre os membros e associados, pessoas de notória capacidade moral e reconhecida idoneidade moral, bem como por outros membros eleitos segundo as disposições do estatuto, conforme as porcentagens postas na lei.

Ao Conselho de Administração também são reservadas competências privativas, como a aprovação da proposta de Contrato de Gestão (art.5º, II), a aprovação do regimento interno e do regulamento próprio da entidade prevendo os procedimentos para contratações de obras, serviços, compras e alienações, bem como o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados (art.5º, VII e VIII), aprovação e encaminhamento ao órgão supervisor do contrato de gestão dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria (art.5º, IX).

O artigo 9º dispõe que os responsáveis pela fiscalização e execução do Contrato de Gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer

irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deverão dar ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. O artigo 10, por seu turno, prevê que, sem prejuízo do contido no artigo anterior, esses mesmos responsáveis deverão, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação dos citados bens ou recursos de origem pública, representar ao Ministério Público, à Advocacia- Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que tome as providências expressas no artigo.

Pelo artigo 17 da Lei, a Organização Social deverá publicar, no prazo máximo de noventa dias contados 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.

O artigo 20 também veicula uma norma programática de que o Poder Executivo, mediante decreto, deverá criar o Programa Nacional de Publicização- PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação das Organizações Sociais, com vistas a assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, observadas as seguintes diretrizes: a) ênfase no atendimento do cidadão-cliente; b) ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; c) controle social das ações de forma transparente.

Por fim, a Lei 9.637/98 também estabelece a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncroton, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico- CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República (arts. 21 a 23-A).

1.2.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923-DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923- DF foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT) no dia 13 de abril de 1998 e pleiteou a declaração de inconstitucionalidade

integral da Lei 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Postulou-se, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do artigo 24, XXIV, da Lei 8.666/93, estabelecida pela Lei 9.648/98, prevendo a dispensa de 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.

Aduziram os autores que o desenho jurídico das Organizações Sociais, cuja instituição se deu pelos diplomas impugnados, ao transpassar responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incidido nas seguintes transgressões ao Texto Constitucional:

1. Ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, §1º, 205, 206, 209, 215, 216, §1º, 218 e 225).
2. Violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts 5º, XVII e XVIII, e 37, *caput*).
3. *Descumprimento do dever de licitação* (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175).
4. Ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169).
5. Descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, *caput* e § 4º).
6. Insubmissão a controles externos (CF, arts. 70, 71 e 74).
7. Restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129).

Em apertada síntese, os ingressantes da ADI 1923 sustentaram que a legislação ordinária afronta a Constituição Federal na medida em que objetiva privatizar um plexo de serviços públicos, promovendo para tal

intento, a cessão de bens, de pessoal, de recursos financeiros, dispensa de licitação e de concurso público para os funcionários das organizações sociais.

No início de se trâmite, a relatoria coube ao Min. Ilmar Galvão, que, após sua aposentadoria, foi substituído pelo Min. Carlos Ayres Britto, cabendo a este, portanto, a função de relator da ADI 1923.

A Medida Cautelar teve seu início de julgamento em junho de 1999 e findada em agosto de 2007, tendo o Tribunal decidido pelo seu total indeferimento, por decisão da maioria, sendo vencidos os Ministros Marco Aurelio, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

O julgamento foi retomado no ano de 2011. Deste ano até o julgamento final pelo Plenário, em 16 de abril de 2015, houve o voto de diversos Ministros.

Importa destacar ter sido o voto do Min. Liz Fux o condutor da decisão final de mérito da ADI 1923. À exceção do Min. Dias Toffoli, impedido por conta de seu anterior papel na AGU, somente os Ministros Marco Aurelio, Ayres Britto e Rosa Weber não o seguiram integralmente em seus votos⁸.

Eis o dispositivo do voto do Min. Luiz Fux:

Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir 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;

⁸ Rememoro ter tecido apenas um panorama geral da ADI 1923. Retratá-la de modo minucioso foge aos propósitos da monografia. Da ADI 1923 importa apenas o dispositivo do voto condutor da decisão. O “guizo da cobra” como mencionarei na Metodologia.

(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.

2. Metodologia

2.1. Recorte temático

O presente trabalho, em abstrato, é uma análise de como o Tribunal de Contas da União vinha entendendo, desde a edição da Lei 9.637/98, o manejo dos pontos que seriam ressaltados na ADI 1923. Não se tratou de se cogitar alguma interferência da Corte de controle externo à Corte Constitucional, absolutamente. A ideia foi tão somente verificar como aquela Corte entendia a feição dada ao modelo das Organizações Sociais pela pena dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em sentido prático, o trabalho é apto a verificar a efetividade da decisão do STF diante da realidade real que já vinha existindo por conta do outro Tribunal.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal figurar como o paradigma, o recorte se baseia fundamentalmente no voto do Ministro Luiz Fux, mais especificamente em seu dispositivo. As razões que fundamentam esta escolha, permito-me dizer, extrapolaram o meu livre alvedrio. Já em posse da ideia de trabalhar o tema das Organizações Sociais, em maio de 2015, fui surpreendido com a realidade de estarem publicados somente os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurelio (voto “em elaboração”, destaque) e Luiz Fux. Tampouco o relatório e extrato de ata tiveram sua publicidade efetivada. Vali-me da plataforma de acesso à informação do site do STF (Central do Cidadão STF), alegando a necessidade dos citados dados para a realização desta monografia e, mais do que isso, destacando o descumprimento, pela própria Corte, da Resolução 536/14 editada pelo Presidente Ministro Ricardo Lewandowski a qual condiciona a publicação dos votos à no máximo 60 dias da data do julgamento. Pois bem, no meu segundo pedido já haviam passados mais de 90 dias e nada do cumprimento desta norma interna⁹. Fica a sugestão aqui aos futuros alunos da Escola de Formação da SBDP: façam uma pesquisa sobre a quantidade de vezes que o STF não cumpre a citada resolução 536/14. Certamente o resultado será sugestivo.

⁹ Meus pedidos foram protocolados sob o número de protocolo 284613. Em síntese, responderam que os Ministros não são obrigados a publicar seus votos individuais.

Algum crítico poderia me rebater afirmando a disponibilidade do julgamento da ADI 1923 no sítio eletrônico www.youtube.com, onde facilmente se pode ter contato com a íntegra do julgamento em plenário. Contudo, é sabida a grande diferença entre o conteúdo das falas dos Ministros em plenário e o realmente expresso no papel. Além do mais, os outros ministros (à exceção de Dias Toffoli, impedido) prolataram votos tributários¹⁰ aos três publicados, em sua maioria seguindo integralmente o voto condutor do Ministro Luiz Fux¹¹.

Logo, escolhi o voto condutor do resultado da ADI 1923 como o representante do decidido na ADI 1923. À exceção dos Ministros Ayres Brito, Marco Aurelio e Rosa Weber, os demais¹² acompanharam integralmente o Min. Fux, apenas chancelando sua argumentação. Trabalhei com as ferramentas existentes.

Assim, a despeito de todas as lacunas que o Supremo Tribunal Federal me causou, consegui moldar um recorte de pesquisa, alterando o recorte inicial que era mapear as decisões da ADI 1923. Todavia, no fim das contas, como a intenção passou a ser a de executar a verificação da existência ou não de suporte jurisprudencial do TCU, importava, destaque, não o conteúdo integral da ADI 1923, mas seu final, seu dispositivo. E, como fora o voto do Ministro Luiz Fux, o condutor, seguido integralmente pela maioria da Corte, permiti-me utilizá-lo como *standard* da decisão.

Bom de alertar que esta monografia não se configura a trabalhar todos os pedidos e argumentações objetos da ADI 1923. Como já exposto, o propósito foi realizar um estudo empírico acerca da jurisprudência do TCU anterior ao julgamento de mérito da ADI 1923 (finalizado em 16 de abril de 2015) e verificar se o modo como as Organizações Sociais vinham sendo manejadas nesta Corte era afinado com o que, por fim, fora decidido na mencionada ação constitucional, questionando a real efetividade da decisão final do STF. Por isso, não foram objetos de meu estudo os outros pontos

¹⁰ E votos bem superficiais, segundo meu modesto juízo.

¹¹ Advirto, contudo, que estas inferências não fazem parte deste trabalho; apenas constam como suportes à justificação da metodologia utilizada.

¹² Exceto o Min. Dias Toffoli, impedido por ter participado anteriormente enquanto membro da AGU.

que não constaram no corpo de ressalvas à lei 9.637/98, contido no dispositivo do voto do Ministro Fux. Se posta a ADI 1923 em uma linha cronológica, seria o último filão da régua o objeto desta pesquisa. Metaforicamente, permito-me, seria o “guizo da cobra”.

Deixo consignado, também, a imensa dificuldade na leitura dos acórdãos do TCU, já que, em sua maioria, possuem linguajar muito técnico e formatação bem diferente dos acórdãos judiciais, com os quais estou mais familiarizado. Por sorte, ao exercício de verificação intrínseco ao trabalho, a busca de palavras-chaves foi mais do que suficiente, sendo dispensada a pormenorização de todo o conteúdo dos documentos analisados.

2.2. Universo de documentos

Almejando o universo de documentos o mais abrangente possível acerca das Organizações Sociais na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, procedi à busca no portal “Pesquisa Avançada”. A primeira providência foi escolher o filtro “Todos” na parte superior da página, com o qual integram a procura “Acórdãos”, “Jurisprudência Seleccionada”, “Publicações”, “Súmulas”, “Atas das sessões”, “Atos de pessoal”, “Atos normativos”, “Biblioteca digital”, “Página do Portal”, “Notícias” e “Processos”. Ato contínuo, utilizei-me da ferramenta “Montar seu argumento de pesquisa” onde, no campo “Digite o termo de pesquisa” escrevi “Organizações Sociais” (o uso das aspas corresponde ao operador de pesquisa para resultado da expressão exata). Apertei “Pesquisar”.

Resultaram 642 documentos. Por evidente, era preciso filtrá-los já que neste conjunto de dados estavam informações alheias aos fins do presente trabalho. Todavia, como acima expus, busquei obter os resultados mais abrangentes possíveis, aptos a conferir cientificidade à pesquisa. E, filtrando-os, aperfeiçoei a empreitada.

A primeira filtragem foi eliminar documentos não relacionados à natureza decisória ou jurisprudencial. Foram os documentos de natureza meramente procedimental ou sobre atividades culturais promovidas na Corte. Desse modo, exclui os arquivos referentes a “Atas de Sessão”,

“Trabalhos Acadêmicos”, “Apresentações, Eventos e Cursos”, “Cartilhas, Manuais e Tutoriais”.

A segunda filtragem foi a exclusão de documentos após a data de julgamento de mérito¹³ da ADI 1923, porquanto se pesquisa justamente o comportamento do TCU anteriormente a decisão final de mérito desta ação.

Por fim, já analisando acórdãos e decisões (documentos de natureza decisória), eliminei os que não tratavam propriamente de processos sobre Organizações Sociais, apenas a elas se referenciando. Eliminei, também, processos que, a despeito de ter alguma Organização Social como pano de fundo da relação jurídica travada, não abordavam nenhum dos pontos do problema de pesquisa da tese. Procedi a esse feito por meio da ferramenta de busca da expressão “Organizações Sociais” em cada documento. Assim, foi perceptível identificar os documentos em que a temática das Organizações Sociais não compunha o fundo da relação jurídica, ante apenas a ela se referenciavam. Em diversos, por outro lado, a expressão tampouco se referia a essa figura do Terceiro Setor, mas a ideia de grupos socialmente organizados.

É de se notar que como a chave de busca foi a expressão exata “Organizações Sociais”, vieram todos os documentos de todas as naturezas que abordavam a referida expressão. Assim, muito “excesso” apareceu. Mas essa opção foi proposital, informada pela lógica de ser mais seguro excluir o desnecessário a se deixar de obter o necessário.

Assim, após essas filtrações refinadas, o universo de documentos que efetivamente compõe esta monografia ficou:

STF

ADI 1923

TCU

Acórdãos¹⁴:

¹³ Julgado no dia 16 de abril de 2015.

¹⁴ Para fins de clareza visual: PL: Plenário; 1ª C: Primeira Câmara; 2ª C: Segunda Câmara.

0313/2015-PL; 0500/2015-PL; 3576/2014-PL; 3304/2014-PL; 2832/2014-PL; 2518/2014-PL; 2057/2014-PL; 1786/2014-PL; 3129/2014-2ªC; 0693/2014-PL; 3115/2013-PL; 2942/2013-PL; 3239/2013-PL; 2670/2013-PL; 5919/2013-1ªC; 1679/2013-PL; 1155/2013-PL; 2414/2012-PL; 5389/2012-2ªC; 1313/2012-PL; 3153/2012-2ªC; 1509/2012-1ªC; 0722/2012-2ªC; 1460/2011-PL; 0710/2011-2ªC; 7083/2010-2ªC; 2507/2009-PL; 2868/2008-PL; 4522/2008-1ªC; 1842/2008-PL; 2640/2008-1ªC; 1752/2008-2ªC; 1111/2008/PL; 0731/2008-PL; 1836/2007-PL; 1305/2007-1ªC; 0601/2007-1ªC; 2159/2005-PL; 0421/2004-PL; 1570/2003-PL; 0202/2003-1ªC; 3373/2012-PL.

Decisões Normativas:

140/2014; 139/2014; 134/2013; 132/2013; 129/2013; 127/2013; 121/2012; 119/2012; 123/2011; 107/2010; 102/2009; 100/2009; 93/2008; 81/2006; 71/2005; 0592/1998.

2.3. Hipótese e perguntas de pesquisa

Procurar investigar o modo como o Tribunal de Contas da União vem entendendo as ressalvas da decisão da ADI 1923 deve ter alguma finalidade. Qual seria?

Minha hipótese é que *a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1923 não mudou significativamente a forma como as parcerias entre a Administração Pública e as Organizações Sociais vinham sendo entendidas pelo TCU.*

Preciso confessar que a criação desta hipótese foi de fato coerente ao seu conceito, qual seja uma ideia fraca sobre determinado assunto a se provar. Eu jamais havia aberto sequer um voto do Tribunal de Contas da União e, dessa feita, a hipótese partiu de bases honestas e desprovidas de um resultado já sabido.

Operacionalizando a empreitada, criei a seguinte pergunta de pesquisa, indagação mestra nos rumos do trabalho: *segundo o entendimento do Tribunal de Contas da União, as Organizações Sociais já*

vinham sendo operadas, em alguma medida, segundo o modelo ressalvado na ADI 1923?

E para melhor desenvolver o trabalho, subperguntas também foram testilhadas com o objetivo de promover um filtro de indagações apto a aperfeiçoar a missão:

1) Como o TCU vinha entendendo os procedimentos de qualificação das Organizações Sociais?

2) Como o TCU vinha entendendo a celebração dos contratos de gestão entre as Organizações Sociais e a Administração Pública?

3) Como o TCU vinha entendendo os contratos celebrados entre as Organizações Sociais e terceiros?

4) Como o TCU vinha entendendo a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais?

5) Como o TCU vinha entendendo o controle das Organizações Sociais por parte do Ministério Público e pelo próprio TCU?

As subperguntas, como bem se observa, foram espelhadas nas ressalvas presentes na parte dispositiva do voto do Min. Fux. Sua criação não se pautou em critérios normativos tendenciosos, mas sim, embasou-se no próprio voto paradigma.

A ADI 1923 foi uma ação constitucional de caráter abstrato. As disposições prolatadas nesse julgamento, como bem podem ser observadas, foram genéricas, por assim dizer, porquanto se periciava a problemática das Organizações Sociais no plano abstrato. Os Acórdãos do TCU, por outro lado, não guardaram essa feição. Foram predominantemente documentos tratantes de assuntos concretos e de problemas jurídicos do cotidiano prático das Organizações Sociais. Assim, é de se reconhecer uma disparidade dos objetos analisados: a decisão paradigma é abstrata enquanto que as demais investigadas são concretas. Desse modo, foi preciso firmar premissas de análise quanto ao que eu realmente buscava sobre o “entendimento” do TCU sobre os pontos selecionados.

Minha intenção foi verificar os entendimentos gerais da Corte, segundo uma textura panorâmica, por assim dizer. Não fez parte dos intentos desta monografia esmiuçar detalhes técnicos presentes nos julgados. Tampouco dei destaque aos casuísmos adstritos somente aos panos de fundo de isolados acórdãos. A ideia central da pesquisa foi tentar identificar as linhas gerais das cognições acerca de cada tema postos pelas subperguntas.

Observando-se o dispositivo do voto do Min. Fux, notam-se prescrições de como os aspectos ressaltados devem ser interpretados conforme a Constituição. Pois bem, a ideia aqui foi verificar tão somente se houve por parte do TCU entendimentos afinados com essas sentenças. A título de exemplo, se identificado que o Tribunal adota diversos modos de procedimentos para operacionalizar determinada etapa do manejo das Organizações Sociais, é este o entendimento central que busquei, e não a identificação de cada procedimento em espécie. Como se trata de um Tribunal cujos problemas enfrentados possuem grande carga de tecnicidade, tal configuração detalhista foge aos propósitos desta minha pesquisa.

2.4. Análise dos documentos

Esta monografia tem a missão de tentar buscar o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre algumas das ressalvas sentenciadas no julgamento de mérito da ADI 1923. Nesse diapasão, portanto, foi preciso buscar na jurisprudência dessa Corte de controle externo suas concepções acerca dos assuntos postos em pesquisa. A bem dizer, foi central a seleção dos julgamentos que foram decisivos na formação do entendimento da instituição em cada documento apreciado.

A intenção foi me basear nos argumentos que fizeram parte da *ratio decidendi* de cada decisão, isto é, na utilização dos arrazoamentos e considerações que julguei terem sido o suporte das decisões sobre cada assunto nos julgados. Assim, por exemplo, se encontrada alguma afirmação sobre algum item da pesquisa, por exemplo, contida no corpo do voto, tal parecer somente foi levado em conta se, de algum modo, serviu como

lastro ao dispositivo ou, pelo menos, por ele não foi contrariado. Cumpre aqui tecer algumas ressalvas sobre essa tentativa, diria eu cartesiana, de se tentar buscar algum nexos de coerência entre as afirmações presentes no corpo do voto e à parte dispositiva. Em acórdãos judiciais, notadamente os do Supremo Tribunal Federal, aos quais fomos educados a manejar na Escola de Formação, a identificação dessa lógica argumentativa é mais perceptível que nos julgados do TCU, segundo minhas verificações. Isso por que no TCU não necessariamente o dispositivo é expresso em cancelar os argumentos que lhe deram suporte. Em muitos documentos, observei que o dispositivo apenas adotava os entendimentos das auditorias realizadas anteriormente pelo corpo técnico do TCU. Enfim, tive certa dificuldade nessa etapa da pesquisa, mas nada que comprometeu a execução do trabalho.

Os referidos arazoamentos componentes da razão de decidir de cada documento foram selecionados a partir da ferramenta de busca (Ctrl + L) nos arquivos salvos. Ao proceder à análise de cada subpergunta, utilizei-me de distintas palavras-chaves. Primeiramente, procurando a expressão de forma literal. Além disso, fiz combinações com a mesma, buscando um modo apto a abarcar configurações de escrita não idênticas a tais, mas contendo parte delas.

Eis as estratégias de busca:

a) Procedimento de Qualificação¹⁵: "Procedimento de qualificação"; "procedimento"; "qualificação"; "qualific".

b) Celebração do Contrato de Gestão: "Celebração do contrato de gestão"; "Celebração"; "Celebrar"; "Celebra".

c) Contratos Celebrados com Terceiros: "Compras"; "Contratação"; "Contratos"; "Contrata"; "Regulamento próprio"; "Regulamento"; "Licitação"; "Licita".

d) Seleção de Pessoal¹⁶: "Seleção de pessoal"; "Empregados"; "Servidores"; "Funcionários"; "Concurso Público"; "Concurso".

¹⁵ Não compôs a estratégia de busca a utilização da expressão "Contrato de Gestão", porquanto de extensa incidência. Reconheço a eventualidade de dados não obtidos nesta porção da pesquisa.

e) Controle do TCU e MP¹⁷: “Ministério Público”; “MP”, “Parquet”; “Controle”; “Fiscalização”.

Originalmente, minha intenção foi transplantar os resultados obtidos com o método na tabela abaixo:

<u>Número do Documento</u>	
Ministro Relator	Data de Julgamento
<u>Procedimento de qualificação</u>	
<u>Celebração do contrato de gestão</u>	
<u>Contratações com Terceiros</u>	
<u>Seleção de pessoal</u>	
<u>Controle pelo MP e TCU</u>	

Almejava criar um suporte de fichas apto a me direcionar às razões de decidir de cada documento. A bem dizer, dispensava às fichas um caráter de centralidade da minha monografia, tencionando dar-lhes o abrigo dos dados importantes contidos nos acórdãos e decisões normativas, afastando, assim, a necessidade de rememoração diária a esses documentos.

¹⁶ Busquei nesta pesquisa abordar as formas como o TCU entendia a contratação de pessoal “novo” pelas Organizações Sociais. Não analisei as transferências de servidores públicos, tampouco a temática da remuneração.

¹⁷ Na temática do controle externo e fiscalização, a intenção da pesquisa foi somente verificar se tais realmente existiam. Assim, não me debrucei em analisar como tais se operacionalizavam.

Promovi tal intento, supostamente o mais eficaz, até cerca da feitura de 70% do número de documentos. Após intensas reflexões, julguei por bem abandonar essa operação, pelos seguintes motivos:

Primeiramente, a transposição de passagens tratantes dos pontos escolhidos e das sentenças da parte dispositiva resultou em uma amálgama de dados confusos e de difícil compreensão. A mera “colagem” das passagens selecionadas imprimiu às fichas um aglomerado de informações desarranjadas, é preciso confessar. Se o propósito é entender a razão de julgar de um documento, nada melhor que nele se debruçar. Além disso, houve fichas que, pelo excesso de informações, chegaram à dimensão de 5 páginas. Decididamente, era preciso mudar o enfoque.

Assim, abandonei as fichas e retornei aos documentos brutos. Continuei usando da mesma metodologia de busca dos assuntos, por meio das palavras chaves acima expostas. Todavia, não mais as transportei às fichas. Passei, agora, a selecioná-las no próprio documento, que estava salvo em meu computador, e identificá-las com cores de realce de texto. Os dados relativos a cada subpergunta ganharam cores nos arquivos. Desse modo, consegui ter todas as informações pertinentes selecionadas em um mesmo documento, o qual organicamente era de melhor apreensão à etapa de entendimento e conjugação dos dados.

Não descarto por inteiro a relevância dessas fichas na compreensão do funcionamento dos julgados. Sua grande importância foi, ao final, me ajudar na direção dos documentos que abordavam os pontos convenientes. Na feitura das fichas, pude pelo menos notar os documentos que não tratavam de certos temas e, quando fui me debruçar em tais, não tive o trabalho de a eles me dirigir.

Na fase de conjugação dos dados selecionados, novamente me deparei com dificuldades operacionais: como manejar as informações acumuladas de modo a construir minhas impressões acerca do aqui procurado entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a lida das Organizações Sociais? Busquei seguir os seguintes passos:

Primeiro, tentei apreender a existência de linhas-padrão de posicionamento da Corte sobre cada ponto investigado. Para tanto, levei em conta a similaridade de argumentos, do uso de suportes normativos iguais, enfim, procurei achar tendências de julgamentos, por assim dizer.

Não sendo possível a empreitada supraexposta, procurei identificar a segmentação de linhas decisórias similares. De certo modo, foi um passo muito semelhante ao primeiro, contudo, tencionando encontrar as diferentes frações de entendimentos distintos ao longo da jurisprudência.

Prática franqueada ao longo de toda a monografia foi a eleição de acórdãos e decisões que julguei icônicas ou, pelo menos, representativas das correntes de entendimento. Tais escolhas se deram com o intuito de dar concretude às assertivas, valendo-me de relações jurídicas concretas –isto é, a explanação do documento em si- para fundamentar as conclusões explanadas.

Coerente aos princípios que informam a produção de conhecimento da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP tentei imprimir à monografia mais do que um caráter meramente empírico e compilador de dados cartesianamente obtidos. A bem dizer, busquei sempre transpor ao papel considerações críticas e de madura feição, o famoso “ir além dos dados”, apreciando-os estruturalmente e almejando ofertar ao mundo acadêmico uma pequena obra sobre pontos ainda não testilhados.

2.5. Estrutura em capítulos

Feitas as explanações devidas, resta indicar como dividi os resultados. Basicamente, a cada subpergunta de pesquisa correspondeu um capítulo. Em termos de estrutura, cada capítulo se compôs, em linhas gerais, em duas partes. A primeira, uma síntese das insurgências dos autores da ADI 1923 e do voto do Min. Luiz Fux, condutor da ADI 1923. Após essas informações, expus os resultados empíricos da pesquisa e as respectivas conclusões. Realizei, na medida do possível, a referência aos documentos e passagens tratadas em cada capítulo, possibilitando ao leitor a conferência das assertivas.

3. Análise empírica

3.1. Procedimento de Qualificação das Organizações Sociais

Significativa parcela dos pleitos presentes na ADI 1923 encontram lastro na concepção do modelo das Organizações Sociais como violadoras do dever constitucional de licitar, previsto no art. 37, XXI da Carta Magna. De modo geral, sintetizo ser a essência destes reclamos a ideia de que os travamentos realizados entre as Organizações Sociais e o Poder Público se consubstanciarem em relações contratuais entre os referidos polos e, dessa feita, ser a licitação um imperativo.

Assim, para os autores, os procedimentos de qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos em Organizações Sociais seriam, a bem dizer, formas de contratos administrativos, porquanto vislumbravam da competitividade na obtenção do título de OS entre estas entidades e, desse modo, a realização da licitação seria mais do que um dever.

De plano o Ministro Luiz Fux afastou a incidência do art. 37, XXI¹⁸, da Constituição Federal por vislumbrar da não configuração do procedimento de qualificação das Organizações Sociais como uma “contratação no sentido próprio do termo”. Para o magistrado, não ocorre a hipótese de “contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo”, qual seja este o conceito nuclear da figura do contrato administrativo. A bem dizer, entende que a qualificação consiste em uma “etapa inicial”, pela concessão do título jurídico de Organização Social, a fim de que possa haver o emparceiramento entre o ente privado e o Poder Público na promoção do interesse comum, consistente na realização de serviços sociais para a população.

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - 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.

Com efeito, o procedimento de qualificação é disciplinado pelos dois primeiros artigos da Lei 9.637/98:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) 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 nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) 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;

i) 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;

II - haver aprovação, quanto à **conveniência e oportunidade** de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (grifos meus).

Para o Ministro, o regime da lei das Organizações Sociais previsto no inciso I do artigo 2º impõe requisitos que podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas. Considerou que nesta etapa do procedimento de qualificação não existe uma real disputa entre os interessados, porquanto todos que se subsumirem aos requisitos do inciso I poderão obter o mesmo título jurídico.

Questão importante, entretanto, conforme expôs Fux, reside no conteúdo “discricionário” presente no inciso II do mesmo artigo. Observou o binômio “conveniência e oportunidade” como termos que conferem ao administrador o exercício da chamada “competência discricionária”, permitindo-lhe certo espaço de concretização do interesse público segundo as particularidades casuísticas, flexibilizando seu exercício das amarras das disciplinas “rigidamente pré- estabelecidas”. Ato contínuo asseverou, todavia, que discricionariedade não significa arbitrariedade. Aliou-se a doutrina contemporânea que advoga que mesmo nos casos cingidos à competência discricionária o administrador público deve nortear suas decisões à luz da “principiologia constitucional”, dando especial destaque aos princípios da “impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, todos estampados no *caput* do artigo 37 do Texto Maior. Segundo o Ministro Fux, a leitura neoconstitucionalista impõe ao exercício da discricionariedade o respeito aos princípios constitucionais, mesmo quando de leis omissas, advertiu, haja vista que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou mitigar a eficácia das normas constitucionais.

O Ministro Fux também não declarou a inconstitucionalidade das expressões *conveniência e oportunidade*¹⁹, mas sim condicionou seu exercício a uma interpretação constitucional. Conforme salientou, haveria, sim, inconstitucionalidade a leitura do artigo 2º, II do Marco das Organizações Sociais atinente a extrair dessa competência administrativa um “permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais”.

Ademais, também alertou a existência de previsões da própria Lei das Organizações Sociais como impeditivos da manifestação da suposta arbitrariedade alegada. Advertiu o controle a ser operado pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, bem como pelo disposto no artigo 20 do citado diploma, tratando da edição de decreto materializando o Programa Nacional de Publicização – PNP, cujo objetivo é o estabelecimento de diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art.1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I- ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II- ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III- controle social das ações de forma transparente.

Para o Ministro, a própria Lei das Organizações Sociais força o administrador a definir, em abstrato, diretrizes fixadas por critérios objetivos com o intuito de instituir uma auto-limitação da Administração Pública. Entendeu que, em última análise, a sistemática da Lei 9.637/98, se interpretada em consonância à Constituição, guia a discricionariedade como um veículo para o atingimento das diretrizes previstas no artigo 20 do diploma.

Assim, assentou Fux não haver, definitivamente, violação à Constituição a ausência de licitação no procedimento de qualificação, uma

¹⁹ Interessante traçar o paralelo com a outorga da qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPS, regidas pela Lei nº 9.790/1999 que, em seu artigo 1º, § 2º prevê que esta outorga é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos pela lei.

vez que se trata de mera atividade de credenciamento. Todavia, em seu voto, julgou parcialmente procedente o pedido apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 para que 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”.

Da pesquisa engendrada, foram poucos os documentos²⁰ em que o tema do procedimento de qualificação das Organizações Sociais foi abordado. Entretanto, a despeito desse baixo número de resultados, reputo ter conseguido identificar um padrão de entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o citado procedimento.

Pude observar que o Tribunal de Contas da União concebe os procedimentos de qualificação das Organizações Sociais como adstritos à ocorrência de um processo objetivo, cujos critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados em autos do processo administrativo. Ou seja, para o Tribunal há o imperativo da realização de algum processo administrativo na aferição do cumprimento dos requisitos necessários à qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos em Organizações Sociais. Entretanto, não pude concluir que a Corte de controle tenha firmado um modelo único e exclusivo deste processo de escolha²¹. Notei que houve manifestações de um certo refinamento quanto à realização desse procedimento como na necessidade de Chamamento Público do Acórdão 0693/2014²².

Aspecto de fundamental importância a ser levantado é sobre a regulamentação da Lei 9.637/98 quanto ao tópico previsto no artigo 20 do diploma concernente a criação de decreto materializando o Programa

²⁰ Acórdãos:

0313/2015; 3239/2013; 3304/2014; 2832/2014; 0693/2014; 2414/2012; 1469/2011; 0710/2011; 1752/2008; 1305/2007.

²¹ A partir do momento que notei a ausência de uniformidade de aplicação normativa, dei-me por satisfeito e parei de coletar esses dados. Esta pesquisa não se presta a reunir dados casuísticos e esparsos, e sim, expor o problema em abstrato.

²² No Acórdão há a justificação por meio das Leis 2.472/2001 e Decreto 4.353/301. Não encontrei esses diplomas na internet.

Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art.1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I- ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II- ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III- controle social das ações de forma transparente.

Em minha pesquisa notei que o Tribunal de Contas da União não pode levar em conta esses estritos parâmetros acima expostos justamente pelo “vácuo normativo” existente nas disciplinas legais referentes às Organizações Sociais: não se ditou ainda o decreto programado no artigo 20 da Lei das Organizações Sociais.

Segundo bem se explanou no Acórdão 3304/2014- Plenário, de relatoria do Ministro André de Carvalho, a ausência de parâmetros objetivos para as qualificações abre espaço para a possibilidade de sujeição deste procedimento de qualificação ao mero arbítrio das autoridades administrativas sobre as quais recai a “discrecionabilidade” contida no art.2º, II, da Lei 9.637/98. Nesse mesmo julgado, houve menção²³ expressa das deficiências estruturais resultantes da ausência de regulamentação da Lei 9.637/98. Adicionalmente, recomendou-se dar ciência à Casa Civil da Presidência da República acerca do ambiente de “baixa institucionalização do modelo de contratualização de resultados”²⁴ ocasionada pela referida escassez regulamentar.

Ainda nessa análise crítica acerca da pouca normatização na condução dos procedimentos de qualificação das Organizações Sociais, pude observar que a regulamentação destes procedimentos, quando existentes, se dá em âmbito de decretos estaduais ou em portarias da própria área de atuação da OS²⁵, como bem se explanou no Acórdão 3304/2014. Minhas

²³ Ver ponto 280 do Acórdão.

²⁴ Ver ponto 146 do mesmo.

²⁵ Foi a Portaria- MCTI 967/2011 que estabeleceu critérios para o gerenciamento e operacionalização dos contratos de gestão da OS abordada neste Acórdão 3304/2014. No

considerações críticas sobre tal conformação fática é que identifiquei a baixa normatização desta etapa em nível federal, implicando na falta de uniformização das regras cabíveis. Realmente não tenho conhecimento se tal estado da arte é intencional ou apenas resultado de possíveis falhas legislativas. Contudo, se pensarmos que a um Estado federativo é importante a existência de normas homogêneas no âmbito federal, vislumbro um comprometimento da uniformidade do modelo das Organizações Sociais no país²⁶.

Outro ponto que reputo de interessante menção é quanto ao disposto no Acórdão 0313/2015, onde se afirmou²⁷ que os requisitos fixados pela Lei 9.637/98 para a qualificação das Organizações Sociais constituem um padrão mínimo de proteção do interesse público que deve estar assegurado em todo o território nacional na execução dos serviços transferidos às pessoas jurídicas de direito público sem fins lucrativos, constituindo-se, pois, como normas gerais a serem observadas pelo legislador nas esferas Estaduais, Municipais e do Distrito Federal. É curiosa a manifestação de que os referidos critérios para a qualificação das Organizações Sociais são normas gerais, cuja observância deve ser presente nas legislações estaduais, municipais e do Distrito Federal. Embora não se preste esta monografia a adentrar no tema da distinção das feições normativas, conceber a Lei 9.637/98 como nacional ou federal implica drásticas diferenças de tratamento normativo. Se federal, regula somente o emparceiramento de OS com a União; se nacional, é diploma a ser levado em conta na realização dos diplomas dos demais entes federais. Assim, o resultado da ADI 1923, neste último caso, interferiria diretamente nas demais leis sobre OS existentes no Brasil, porquanto vincularia obrigatoriamente todos os emparceiramentos desta natureza no Brasil.

ponto 281 do julgado há a expressa menção de que tal Portaria mitiga, em parte, os “efeitos da ausência do decreto regulamentar”.

²⁶ Sempre bom rememorar que a Lei 9.637/98 disciplina as Organizações Sociais a nível federal. As OS estaduais são reguladas por diplomas estaduais, como no Estado de São Paulo, pela Lei Complementar 846/98, posteriormente alterada pela Lei Complementar 1243/2014.

²⁷ Ver ponto 3 da ementa do referido acórdão.

Em síntese, conforme trabalhado em abastança, observei que não há uma uniformidade no modo como o Tribunal de Contas da União entende os procedimentos de qualificação justamente por conta do vazio normativo existente no tocante às regras de qualificação²⁸ das Organizações Sociais e o TCU chegou inclusive a expressamente tecer considerações críticas sobre isso. Assim, a adequação dos procedimentos não encontra um estandarte seguro, variando a depender do setor da Organização Social e da existência de alguma regulamentação esparsa. Essas conclusões foram resultados de uma desgastante análise do tema, em que entender o sentido das normativas utilizadas foi uma difícil tarefa. Como consignado na nota de rodapé n.5, com a descoberta desse vazio normativo e das diferentes maneiras de utilização de suportes legais, dei-me por satisfeito na busca do entendimento do TCU sobre o tema. Mais do que isso tornaria a pesquisa um congregado de Portarias e Decretos esparsos.

Superada a análise dessa escassez normativa, reputo que o modo como o Tribunal de Contas da União entende o procedimento de qualificação das entidades privadas em Organizações Sociais é bem próximo do decidido na ADI 1923, porquanto em ambas as Cortes se assentou a ideia de que tal etapa do modelo das OSs deve seguir um norte objetivo, público e impessoal. É bem verdade que nesta jurisprudência do TCU não houve a expressa menção dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, mas em que pese essa ausência, o manejo desta Corte de controle se subsume a tais previsões constitucionais, segundo o que pude concluir.

3.2. Celebração do Contrato de Gestão

O Contrato de Gestão é o instrumento de emparceiramento entre a Organização Social e o Poder Público. A partir de sua celebração há a formação do vínculo de parceria de fomento e execução das áreas elencadas no artigo 1º da Lei 9.637/98, quais sejam as atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

²⁸ Note-se que a crítica contida nos acórdãos pertinentes era extensiva ao modelo de Organizações Sociais como um todo, não se limitando à escassez regulamentar do procedimento de qualificação.

A celebração do Contrato de Gestão está disciplinada na Seção III da Lei 9.637/98, abarcada pelos artigos 5º, 6º e 7º. Relevância especial deve ser dada ao conteúdo do artigo 6º, posto prever expressamente que o Contrato de Gestão deve ser elaborado “de comum acordo” entre o órgão ou entidade supervisora e a Organização Social, sendo neste acerto discriminadas as atribuições e responsabilidades do Poder Público e da Organização Social. Vê-se, portanto, que a Lei das Organizações Sociais não vindica a necessidade de procedimento licitatório para este emparceiramento. Prevê, na verdade, no artigo 7º, a exigência da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade e outros requisitos contidos nos incisos do artigo.

Para os autores da ADI 1923, a celebração do Contrato de Gestão é uma forma de contrato administrativo e, dessa feita, é imprescindível o cabimento de licitação para a Organização Social que almeje o acertamento deste liame jurídico com o Poder Público. Novamente, o pleito se fundamenta no dever constitucional de licitar elencado no artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

O Min. Fux²⁹ inaugura essa seção do voto reiterando que nesta parcela da análise também não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, porquanto, segundo ele, o contrato de gestão, a rigor, não se qualifica em contrato administrativo, ante em convênio. Argumenta que nos convênios está presente a conjugação de esforços para o atingimento de objetivos comuns às partes envolvidas, extraído-se dessa relação, segundo suas palavras, “uma plena harmonia entre as posições subjetivas que buscam um negócio verdadeiramente associativo”³⁰.

Prossegue afirmando que é justamente esse caráter associativo presente no contrato de gestão, em que a entidade privada qualificada nos termos no art. 1º da Lei 9.637/98 e o Poder Público, este último submentido aos deveres constitucionais de agir, buscam alcançar as mesmas finalidades, quais sejam a realização de serviços de saúde,

²⁹ Ver ponto 45 do voto.

³⁰ Ver parte final do ponto 45 de seu voto.

educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Segundo o magistrado, os interesses de ambas as partes confluíam na mesma direção, realidade completamente diversa da presente nos contratos administrativos, assinaladas pela oposição de interesses.

Logo, assevera, por não se tratar de contratos administrativos, é incabível a incidência do dever constitucional de licitar, exigência restrita ao âmbito das contratações, segundo o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Entretanto, pondera que a despeito dessa não incidência licitatória a celebração dos contratos de gestão entre as Organizações Sociais e o Poder Público não pode se blindar da afetação dos princípios constitucionais, como os da impessoalidade, que seria uma expressão da isonomia, e da publicidade, decorrência da transparência republicana.

Pondera, em seguida, que nos contratos de gestão há a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos e que tais repasses, por evidente, são recursos escassos, diferentemente da mera qualificação, esta disponível a todos os interessados. Dessa feita, ante a essa realidade de escassez, inevitavelmente excludente, impõe-se, segundo palavras próprias, que o "Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos"³¹. Repisou, no entanto, que tal postura por parte do Poder Público não é adstrita aos rigores formais da licitação da Lei 8.666/93.

Aduz, por fim, que o próprio artigo 7º, caput, da Lei das Organizações Sociais confirma a argumentação acima tecida, porquanto já no marco legal das OS há a literal previsão de que a elaboração do contrato de gestão será subordinada aos princípios da "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade"³². Em síntese, finaliza que mesmo não subordinada formalmente à licitação, a celebração do Contrato de Gestão firmado entre Poder Público e Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, com o consequente

³¹ Ver ponto 48.

³² Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos [...].

recaimento dos princípios constitucionais que informam a atuação da Administração Pública.

Dos documentos componentes do acervo jurisprudencial desta pesquisa, em 16³³ encontrei referências que, dentro do método utilizado nesta monografia, abordavam a temática da celebração do Contrato de Gestão³⁴.

Um aspecto notado que reputo central no exame desta matéria é a elevada carga de importância que o Tribunal de Contas da União deposita ao Contrato de Gestão. Segundo pude observar, é no momento da celebração deste instrumento que a Corte entende que se delineiam os rumos e balizas do emparceiramento, tais como os indicadores de desempenho e os planos de metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos, havendo especificação detalhada sobre todos os custos relacionados às ações consideradas³⁵.

Essa característica é bem notada quanto ao modo como o Tribunal de Contas da União procede à feição de seu controle³⁶. A Corte³⁷ entende que seu papel quanto à fiscalização das Organizações Sociais deve ser orientada segundo um controle finalístico, dando-se ênfase nos resultados pactuados no Contrato de Gestão, como já apregoado pela Decisão 592/1998³⁸. Esteve presente nessas manifestações do TCU a ideia da eficiência do Contrato de Gestão, todavia, tal busca da eficiência, bem como

³³ Acórdãos 0313/2015; 3576/2014; 3373/2012; 3239/2013; 3304/2014; 2057/2014; 3129/2014; 0693/2014; 2942/2013; 5919/2013; 2414/2012; 5389/2012; 3153/2012; 1509/2012; 2640/2008; 1570/2003.

³⁴ Rememoro o posto na metodologia: certamente a expressão "Contrato de Gestão" é a de maior incidência em todos os documentos, chegando, sem exageros, a casa dos milhares dentro do acervo jurisprudencial. Assim, a busca deste capítulo se concentrou nas passagens e argumentos que guardassem relação ao momento da celebração do acordo. Portanto, não foquei na expressão "Contrato de Gestão" na busca, mas apenas na "Celebração do Contrato de Gestão" e outras variáveis próximas desta. Desse modo, reconheço a possibilidade de alguma consideração importante ao tema ter escapado diante do método escolhido.

³⁵ Acórdãos como os 3576/2014; 2942/2013; 3239/2013; 3373/2012; 2640/2008.

³⁶ Faço aqui a ressalva que o capítulo "Mecanismos de Controle ..." desta monografia não se pretende analisar "como" se deu o controle por parte do TCU, como se verá com o decorrer da leitura, porém, naquela busca consegui identificar aspectos do modo como a Corte entende esse controle. Aqui me aproveitei de muitas conclusões obtidas ao longo daquela fase da pesquisa.

³⁷ Acórdãos 0313/2015; 2832/2014; 3129/2014, 2057/2014; 5389/2012; 1509/2012; 111/2008.

³⁸ A Decisão 592/1998 será tratada no capítulo dos "Mecanismos de Controle ...".

dos outros controles finalísticos, não deve descuidar dos demais princípios constitucionais como o da impessoalidade e, sobretudo, da moralidade.³⁹ Entendo que a acolhida desta feição contratual é uma manifestação de chancela da Corte ao modelo das Organizações Sociais, já que é essa a lógica que informa o Terceiro Setor.

Ponto crítico que qualifico de significativa importância foi a observação da carência de padrões normativos que disciplinem uniformemente os trâmites da celebração dos Contratos de Gestão com as Organizações Sociais. Com efeito, é de se reconhecer que o art. 7º⁴⁰ da Lei das OS fixa balizas gerais de como esse pacto deve se realizar, bem como prevê, em seu parágrafo único, a abertura conferida aos Ministros de Estado ou signatários de definirem demais cláusulas⁴¹. Contudo, do que pude observar ao longo desta pesquisa, existe uma falta de padronização do suporte jurídico apto a compreender e avaliar os critérios de escolha das Organizações Sociais enquanto modelo federal homogêneo, bem como o de controle dos acordos e previsões pactuados no Contrato de Gestão. As normativas, quando existentes, se dão em âmbitos de portarias e decretos esparsos, válidos somente aos seus setores específicos⁴². Essas minhas conclusões se deram como consequência da exaustiva leitura e imensa dificuldade de compreender o funcionamento das Organizações Sociais de

³⁹ Identifiquei no Acórdão 2057/2014 o que julguei ser a síntese desse posicionamento do TCU. Neste Acórdão a Corte expôs valorizar o princípio da eficiência sem, contudo, descuidar dos princípios administrativos. Nesse sentido, julgou não ser adequada a contratação de empresas cujos sócios dirigentes sejam empregados da empresa concorrente, de modo a serem evitados quaisquer direcionamentos ou favorecimentos não compatíveis com o interesse público.

⁴⁰ **Art. 7º** Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

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

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

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

⁴¹ Exemplo desta abertura normativa é a edição da Portaria MCTI nº 967, de 21/12/2011, presente no Acórdão 3129/2014.

⁴² A título de exemplo: A Portaria MCTI 967/2011, nos Acórdãos 3304/2014 e 3129/2014.

um modo sistêmico e orgânico. Não consegui identificar um padrão de julgamento quanto às escolhas normativas. Fica aqui o registro dessa consideração, para mim um dos pontos mais complexos da pesquisa. Digno de nota são as ponderações exaradas no Acórdão 3373/2012⁴³ sobre a ausência de norma específica para reger os ajustes firmados entre as Organizações Sociais e os entes federados, subsidiados com recursos federais.

Notei que em acórdãos mais recentes⁴⁴ há a previsão de um refinamento quanto a esse procedimento de escolha da Organização Social a firmar o Contrato de Gestão com o Poder Público. Nestes julgados alude-se à realização de “chamamentos públicos”, conforme a previsão do art. 4º Decreto 6.170/07⁴⁵. Sobre tais chamadas, faço dois apontamentos que julgo relevantes:

O primeiro apontamento é que os julgados que aplicam as disposições do Decreto 6.170/07 reconhecem aos Contratos de Gestão a natureza de Convênio, consoante às finalidades desta norma. Embora não queira eu adentrar nessa seara, tenho minhas dúvidas se o Contrato de

⁴³ “Os convênios e contratos de gestão celebrados por Estados e Municípios com recursos federais do SUS devem atender aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, sendo que ainda não foi editada norma específica para reger os ajustes firmados por aqueles entes federativos com as OSS, subsidiados com recursos federais. O Decreto Presidencial 6.170, de 25 de julho de 2007, e a Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011, regulam apenas os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, não se aplicando aos ajustes objeto da presente auditoria, enquanto não houver o julgamento definitivo da ADI 1923/1998, cujo objeto é referente ao contrato de gestão. A referida portaria declarou que a Instrução Normativa STN 1, de 15 de janeiro de 1997, não seria aplicável em convênios celebrados na vigência da portaria, razão pela qual entendemos que, aos ajustes auditados, aplica-se a referida instrução normativa nos convênios anteriores à vigência da portaria, no que couber. O art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993, é aplicável aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração das três esferas federativas, por força da redação desse dispositivo legal”.

⁴⁴ Acórdãos 3239/2013; 3129/2014; 3115/2013; 2414/2012. Os Acórdãos 0313/2015 e 0693/2014 também previram esta figura de chamada, mas não com base no Decreto 6.170/07.

⁴⁵ O Decreto 6.170, de 25 de Julho de 2007, dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de **chamamento público** a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste (grifos meus).

Gestão realmente pode ser regido por uma normativa relativa aos convênios e contratos de repasse. A depender da resposta, que não será objeto desta pesquisa, vislumbro duas respostas: a primeira, se afirmativa, de que o TCU encontrou um suporte jurídico federal apto a justificar o cabimento de chamamentos públicos nos procedimento de escolha da Organização Social pelo menos a alguns julgados; a segunda, se negativa, de que o TCU se valeu de instrumento legal equivocados nesta aplicação.

O segundo apontamento é que tal preceituação de "chamamento público" compreendida nos Acórdãos 0313/2015⁴⁶ e 3239/2013 não foi tecida como obrigatória, devendo sê-la "sempre que possível", devendo as razões da negativa da realização deste chamado constar nos autos de processo administrativo. Não houve menção expressa às hipóteses em que o chamamento público não pudesse ser possível de se realizar, contudo, no art.4, § 2º, do Decreto 6.170/07 prevê-se que o Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá excepcionar, mediante decisão fundamentada, a exigência do chamamento nas situações contidas nos três incisos⁴⁷. Entretanto, outra hipótese que não se pode deixar de destacar, e aqui somente avento-a, é a possível inviabilidade de algum procedimento de escolha devido à inexistência de mais de uma Organização Social no espaço geográfico. No plano federal o número de Organizações Sociais não deve passar de duas dezenas e, desse modo, muito provavelmente em algum rincão do Brasil seja a única apta a celebrar o Contrato de Gestão.

⁴⁶ Curiosamente, a necessidade de chamamento público, neste acórdão, não foi justificada com base no Decreto 6.170/07, ante pela conjugação da Lei 9.637/98 e do art.116 da Lei 8.666/93.

⁴⁷ I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas. (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

Todavia, a despeito da inexistência dessa padronização normativa, notei que o TCU não advoga a ideia da necessidade de procedimento licitatório nos exatos termos da Lei 8.666/93. Não houve sequer um documento que exigisse a licitação para a celebração desse contrato.

Em síntese, pude concluir que o Tribunal de Contas da União é favorável à existência de alguma forma minimamente objetiva e consentânea aos princípios da Administração Pública para a escolha da Organização Social a celebrar o Contrato de Gestão sem, porém, exigir procedimento licitatório. Contudo, como afirmado ao longo deste capítulo, pude perceber que não há uma normativa uniforme para tal disciplinamento, o que implica na consideração de normas setoriais e casuísticas. Ademais, a alusão de um “chamamento público”, como se pretende extrair do Decreto 6.170/07 não foi posta como um mandamento a ser obrigatoriamente seguido pelas Organizações Sociais, ante somente nas hipóteses em que for possível. Além disso, como se aludiu, é possível vislumbrar da inadequação desta base legal ao modelo das Organizações Sociais.

Observei, também, que para o TCU, o instrumento do Contrato de Gestão é a grande “âncora” no desenvolvimento e execução desta forma de emparceiramento público-privado, sendo, portanto, suas previsões de metas de desempenho, índices e outras variáveis as efetivas regras de funcionamento do referido pacto. Contudo, o prestígio aos acertos do contrato não descumra a observância dos princípios constitucionais e do exame da legalidade.

De certo modo, pode-se dizer que há um encontro do decidido no mérito da ADI 1923 com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, todavia, constatei que o enfrentamento desta última Corte com as questões práticas é muito mais complexo, tendo o TCU que lidar com aspectos fáticos e problemas de escassez regulamentar.

3.3. Contratações das Organizações Sociais com Terceiros

Ainda na temática do desvio do dever constitucional de licitar contido no artigo 37. XXI da Constituição Federal houve a insurgência⁴⁸ quanto à previsão do artigo 24, XXIV, da Lei 8.666/93, estabelecida pela Lei 9.648/98, prevendo a dispensa de 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.

Além do reclamo acima, insurgiu-se, também, contra a disposição da Lei 9.637/98 de as Organizações Sociais regulamentarem suas contratações com terceiros por intermédio de regulamentos próprios. Com efeito, a edição destes regramentos internos é, segundo o art. 4º, VIII, da Lei 9.637/98, uma das atribuições privativas do Conselho de Administração⁴⁹, que o terá de publicá-lo⁵⁰ em no máximo 90 dias após a assinatura do Contrato de Gestão, nos termos no art. 17 do marco civil das Organizações Sociais.

Aduziu o Min. Fux que, por identidade das razões expostas no tocante à celebração dos contratos de gestão, a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIX, da Lei 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Além disso, o dispositivo não seria, em abstrato, inconstitucional.

Segundo o magistrado, esta modalidade de dispensa de licitação possui a finalidade que a doutrina contemporânea nomina de “função regulatória da licitação”, por meio da qual a licitação também passa a ser concebida como um mecanismo de indução de certas condutas sociais

⁴⁸ Conforme se extrai na metodologia, o tema da insurgência quanto à dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços entre o Poder Públicos e Organizações Sociais não faz parte do recorte desta monografia. Contudo, não me furtei, por prestígio à concatenação do voto do Min. Fux, a expô-la.

⁴⁹ **Art. 4º** Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

⁵⁰ **Art. 17.** 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.

benéficas. Sustentou o referido argumento trazendo ao debate a Lei Complementar nº 123/06⁵¹, que instituiu uma série de benefícios às microempresas nas licitações públicas, fomentando o seu crescimento.

Assim, arrazou que a finalidade da dispensa criada pela Lei 9.648/98, ao adicionar o inc. XXIV ao artigo 24 da Lei 8.666/93 foi, em verdade, fomentar o exercício de Organizações Sociais no desempenho das obrigações constitucionais do Poder Público nos serviços sociais. De modo conclusivo à assertiva, defendeu serem os próprios fins do fomento, dispostos nos arts. 174⁵²; 199,§2º e 213 da Constituição Federal, os legitimadores da referida nova hipótese de dispensa, tal qual uma concretização de uma lida desigual pautada em critério objetivo e razoável de desequiparação, como forma de alcançar as finalidades constitucionais da prestação eficiente dos serviços sociais.

⁵¹ A LC 123/06 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

⁵² **Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

Dispôs, também, ser a mesma lógica de fomento e função regulatória da licitação no lastro da validade do art. 12, § 3º da Lei 9.637/98 quanto a dispensa de licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais.

Alertou, entretanto, que nas duas hipóteses acima trabalhadas, que o advento da dispensa de licitação não tem o condão de afastar a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública contidos no art. 37, caput, do Texto Maior, de forma que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de maneira a franquear o acesso a todos os interessados mesmo sem o imperativo de observância dos requisitos formais rígidos contidos na Lei 8.666/93.

Ato contínuo debruçou-se sobre a indagação se as contratações das Organizações Sociais com terceiros, manejando verbas públicas, estariam submetidas ao dever de licitar. Reiterou o magistrado que as Organizações Sociais não integram a Administração Pública Indireta, compondo o Terceiro Setor. Aludiu que tais entidades possuem natureza de direito privado, segundo se extrai do art.1º da Lei das OS, nem se sujeitando a vínculos de gerência jurídica de suas decisões por parte da Administração Pública. Enfatizou que as Organizações Sociais não são parte do conceito constitucional de Administração Pública, todavia, por adquirirem recursos, bens e servidores públicos emerge a necessidade de seu regime jurídico ser minimamente orientado pela incidência do “núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF. art. 37, caput)⁵³”, dentre os quais destacou a impessoalidade.

Assim, para o Ministro, as Organizações Sociais não se sujeitam ao regramento formal dos incisos do art. 37 do Texto Maior, mas tão somente na contemplação do “núcleo essencial dos princípios definidos no caput”. Contudo, afixou que a incidência desses princípios administrativos precisa ser moldada de forma a se compatibilizar com os atributos mais flexíveis do setor privado que, para ele, é a grande finalidade de todo o marco regulatório do Terceiro Setor. Logo, essa harmonização de vetores se daria

⁵³ Ver parte final do ponto 55 de seu voto.

por meio do instrumento previsto no art. 4º, VIII, da Lei 9.637/98⁵⁴, qual seja a edição de regulamento próprio de cada OS para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

Dando sequência à argumentação, o Min. salvaguardou a plena harmonia dos princípios constitucionais com a versatilidade própria do regime de direito privado, o qual não se concilia com a pura e simples submissão ao regime da Lei 8.666/93, segundo o magistrado, um diploma reconhecidamente formal, custoso e pouco célere. Informou que este mesmo raciocínio flexível deu sustentação a Segunda Turma reconhecer, cautelarmente⁵⁵, a validade do cabimento do procedimento simplificado de licitação da Petrobrás pela Lei 9.478/97.

Justamente com base nessa comparação supracitada, termina sua exposição com uma construção argumentativa provocante: se a uma empresa estatal componente da Administração Indireta é franqueada a edição de regulamento próprio de compras à luz dos princípios constitucionais, almejando a agilidade e flexibilidade típicas do regime privado, não haveria entrave para que este tipo de procedimento seja proibido às Organizações Sociais, que tampouco integram a Administração Pública.

Surpreendi-me positivamente com os resultados obtidos nessa porção da pesquisa. Inicialmente, acreditava que a tecnicidade do assunto acabaria por dificultar a aceção do entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, posto do já mencionado obstáculo da elevada carga técnica dos acórdãos deste Tribunal. Contudo, creio ter conseguido identificar uma linha de pensamento da Corte sobre a questão dos contratos estabelecidos entre as Organizações Sociais e terceiros, alcançando os objetivos desta empreitada acadêmica.

⁵⁴ **Art. 4º** Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

⁵⁵ Trata-se da AC 1193 MC-QO, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 30-06-2006).

Dois foram os pilares que me possibilitaram aferir a referida linha de pensamento da Corte: as exigências, em distintos momentos, da utilização do Pregão e da Cotação Prévia de Preços. Assim, detectei uma segmentação de julgamentos de acordo com a utilização de cada mencionado diploma. A observância do Pregão nas contratações que aqui abordo se deu com o Decreto 5.504/2005⁵⁶ e a Cotação Prévia de Preços com o Decreto 6.170/2007.

Interessante atentar que as referidas utilizações se deram a partir da subsunção dos suportes fáticos dos problemas de cada acórdão a estes suportes normativos federais. Isto é, houve por parte do TCU a utilização de diplomas legais federais não setoriais⁵⁷ na disciplina dessas contratações. Considero significativa essa observação por conta de um aspecto constatado nesta monografia: o vácuo normativo na regência de certos aspectos das Organizações Sociais⁵⁸. Nessa seara, portanto, não observei tais lacunas normativas. Em se tratando da temática de contratações de entidade privada manipuladora de recursos públicos julgo digno de nota a constatação da utilização de normativas federais uniformes. Entendo que setorizar essa disciplina seria inconstitucional, por dar azo a distintos modos de gerir, ainda que indiretamente, recursos públicos.

Basicamente, foram dois blocos de julgados identificados, como já expostos. Na verdade, não verifiquei uma divisão estanque na aplicação dos decretos. A bem da verdade, como claramente se pode constatar das datas dos acórdãos, vários deles em anos posteriores a 2007 ainda determinavam o pregão.

⁵⁶ § 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

⁵⁷ Setorial aqui entendido como a adstrição apenas a certos ramos, como Saúde, Educação, Esporte. Enfim, normas não homogêneas como as citadas, como Portarias, Decretos Estaduais.

⁵⁸ São constatações presentes nos capítulos referentes à qualificação e celebração do contrato de gestão.

O primeiro bloco de julgados⁵⁹ percebido foi com relação ao entendimento do TCU de que as citadas contratações deviam se utilizar da modalidade licitatória Pregão, disciplinada pela Lei 10.520/2002. Tratou-se da subsunção ao Decreto 5.504/2005 que, em linhas gerais, segundo dispõe sua ementa, “estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos”.

Por subordinarem as contratações das OS com terceiros ao Decreto 5.504/05, podemos extrair alguns importantes apontamentos, os quais não são frutos de complexas conjugações de dados, ante da mera observância das previsões legais do diploma.

Primeiramente, é um procedimento licitatório. É bem verdade a existência de diferenciação do Pregão às rígidas previsões da Lei 8.666/93, ressalte-se. Inclusive, sem adentrar no mérito da questão, a própria criação da modalidade pregão vai ao encontro das tentativas de “fuga” dos estritos mandamentos da 8.666/93, sem, contudo, abandoná-la⁶⁰.

Em segundo lugar, é de se notar, por previsão expressa do §1º do art. 1º do aludido Decreto⁶¹, o cabimento obrigatório do Pregão nas licitações realizadas com a utilização de recursos federais repassados às entidades, para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo de preferencial utilização a modalidade eletrônica do pregão. Por outro lado, imperioso raciocinar acerca do regime jurídico aplicável às aquisições de bens e serviços não comuns. O artigo 1º, §1º supracitado é claro ao dispor o cabimento do pregão quando da qualificação “comum” aos bens e serviços almejados pelas Organizações Sociais. Quanto aos demais, por

⁵⁹ Acórdãos 2832/2014; 5389/2012; 3153/2012; 0722/2012; 1509/2012; 0710/2011; 7083/2010; 1111/2008; 4522/2008; 1305/2007; 0601/2007; 2490/2005.

⁶⁰ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.184.

⁶¹ § 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

interpretação lógica do próprio Decreto 5.504/05, regem-se pela Lei 8.666/93, isso porque a própria edição do decreto se deu como regulamentador do artigo 116 deste diploma, cuja incidência aos convênios e congêneres se dá “no que couber”⁶². Além disso, no Acórdão 0601/2007⁶³ consignou-se essa interpretação subsidiária.

Ponderação que julgo relevante é a contida no Acórdão 4522/2008-Primeira Câmara⁶⁴ de que a observância à legislação federal de licitações por parte das Organizações Sociais, sobretudo ao Decreto 5.504/2005⁶⁵, não tornaria inócuos os objetivos do Plano Nacional de Publicização de conferir maior autonomia gerencial ao Terceiro Setor. E isso se justifica, segundo o voto, porque se verificam peculiaridades entre os regimes jurídicos aplicáveis e, segundo, porque mesmo se aceita a submissão às leis 8.666/93, 10.520/2002 e ao Decreto 5.504/2005, os privilégios e incentivos que a Lei das Organizações Sociais autoriza que sejam concedidos pelo Poder Público já ofertam os meios essenciais à conquista dos objetivos do Contrato de Gestão de modo eficiente e célere.

Observei como pioneiros no firmamento de balizas sobre a temática os Acórdãos 2490/2005- Primeira Câmara⁶⁶, 0601/2007- Primeira Câmara⁶⁷. Nestes julgados, os primeiros a abordar a matéria das contratações realizadas pelas Organizações Sociais, pude notar a formatação de um harmônico entendimento perpetuado na jurisprudência da Corte.

⁶² **Art. 116.** Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

⁶³ Ver ponto 57 do voto.

⁶⁴ Ver ponto 42 do voto.

⁶⁵ Reputo ser uma ponderação de caráter geral, independentemente da norma vigente.

⁶⁶ Cumpre destacar que o Acórdão 2490/2005 – 1ª Câmara não fez parte dos resultados obtidos com a chave de pesquisa utilizada neste trabalho. Tomei conhecimento pela sua menção no Acórdão 7083/2010- 2ª Câmara. Somente à título de confirmação dos quesitos da chave de pesquisa, realmente o citado acórdão não poderia ter sido objeto de resultado, já que não menciona a expressão “Organizações Sociais”, tampouco “Organização Social”, apesar de trabalhar a Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron. No documento de 2005, ver pontos 1.1; 1.1.1 e 1.1.2.

⁶⁷ Julgados nos dias 20/03/2007 e 15/05/2007, respectivamente.

No Acórdão 0601/2007, uma interessante e crítica consideração aventada⁶⁸ foi que, na vida prática, a aquisição sem licitação ou sem fundamentação de sua dispensa ou inexigibilidade é ambição de qualquer gestor de recursos públicos, conduto, tal conduta é vedada pelos artigos 5º, caput, e 37, caput, XXI, da Constituição Federal. E, nesse sentido, a qualificação de entidades como Organizações Sociais deve ser tomada com cautela afim de que estas não se convertam em autorizações para se fazer tudo aquilo que era proibido enquanto integrante da Administração⁶⁹.

Especial relevo foi dado ao campo dos regulamentos próprios das Organizações Sociais. Destacou-se que não se pode vislumbrar do cabimento da autônoma e ampla disposição destes instrumentos sobre normas em licitações e contratos, ante ao estabelecimento de procedimentos com vistas a amoldá-las às peculiaridades da Organização Social e que o artigo 4º, VIII e 17, da Lei 9.637/98 não autorizam as Organizações Sociais a disporem plenamente sobre licitações e contratos, posto da inafastabilidade dos princípios gerais da licitação. Além disso, aduziu-se que, como é um regulamento, logicamente pressupõe-se norma verticalmente superior, isto é, uma lei para regulamentar e tal lei não seria a 9.637/98, mas sim as Leis 8.666/93 e 10.520/2002 e, sobretudo, o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Em seguida, exemplificou um rol de atribuições que seriam franqueadas aos regulamentos, dentro destes limites colocados: determinar quem seria competente para a adjudicação ou homologação do objeto; justificar eventual dispensa ou inexigibilidade; os setores e funcionários envolvidos na condução das licitações e fiscalização de contratos; o setor jurídico responsável por analisar minutas de editais, contratos e aditivos, dentre outras possibilidades.

O segundo bloco de julgados⁷⁰ identificado na pesquisa foi os com a adoção do Decreto 6.170/07 na disciplina das aquisições de bens e produtos

⁶⁸ Ver ponto 43 do Acórdão.

⁶⁹ No caso em tela trata-se da Organização Social Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncroton- ABTLuS, uma entidade pública transformada em OS por força da Lei 9.637/98.

⁷⁰ Acórdãos 0313/2015; 3576/2014; 2942/2013; 3373/2012; 3239/2013; 2057/2014; 3129/2014; 0693/2014; 3115/2013.

pelas Organizações Sociais. Esse decreto foi editado com vistas a, dentre outras finalidades, dispensar as entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos da realização de processo licitatório nos moldes da Lei 8.666/93. É um normativo regulador dos convênios e contratos de repasse que afastam a incidência desta lei, justamente porque, a meu ver, suprem a locução “no que couber” contida no artigo 116 da Lei Geral de Licitações.

Questão central por mim vislumbrada foi quanto a flexibilização promovida pelo artigo 11 do Decreto 6.170/07⁷¹ ao tema aqui em debate. Com a Cotação Prévia de Preços as Organizações Sociais não mais se submetem aos ditames da Lei 8.666/93, tampouco ao Pregão da Lei 10.520/02⁷². Sob um viés prático, visa a contratação do menor preço global compatível com o mercado. Mais do que isso, o próprio caput do artigo 11 do Decreto 6.170/07 dispõe que essa cotação é o “mínimo” a ser empregado e, desse modo, ao meu entender, deixa aberto um espaço para outros instrumentos e ferramentas de aquisições, desde que presentes os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade. Contudo, por prever ser a Cotação Prévia de Preços “o mínimo” a ser utilizado, por interpretação lógica, um mecanismo mais flexível que este não pode ser empregado.

Justamente por tal conformação normativa abraçada nesse conjunto recente de acórdãos, consigo reputar grande proximidade com o decidido no mérito na ADI 1923. Como sabido, decidiu-se pela não aplicação do dever constitucional de licitar, devendo tais contratos ser celebrados de forma pública, objetiva e impessoal, observando os princípios do caput do artigo 37 do Texto Maior. Ora, julgo serem as mesmas prescrições, no

⁷¹ Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

⁷² SILVA, Ronaldo Quintanilha. *A obrigatoriedade de licitar não deve ser imposta às entidades privadas sem fins lucrativos*. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa- ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília-DF, 2010, p.31.

fundo, com a diferença de no Tribunal de Contas da União ter se dado uma conformação mais prática e não abstrata como a da ação constitucional.

Fiz a fundamental ressalva de que não foi com a edição do Decreto 6.170/07 que o Decreto 5.504/05 deixou de ser aplicado pelo Tribunal de Contas da União. Não explorei os motivos de tal configuração, até porque julguei certa desnaturação das finalidades ainda pedagógicas desta monografia. Todavia, algo pude observar: a partir do ano de 2014, todos os julgados tratantes desta temática das contratações de bens e serviços comuns pelas Organizações Sociais exigiam a Cotação Prévia de Preços prevista no artigo 11 do Decreto 6.170/07.

Em síntese, independente de qual instrumento adotado- Pregão ou Cotação Prévia de Preços- constatei haver por parte do Tribunal de Contas da União a perspectiva de entendimento da real necessidade de um procedimento objetivo e isonômico para a feitura das contratações de terceiros pelas Organizações Sociais, não a deixando ao alvedrio dos regulamentos próprios. É bem verdade que pela regência do Decreto 5.504/2005 pude vislumbrar de um maior rigor procedimental, por assim dizer, já que o Pregão possui regras que não são “per si” flexíveis. Por outro lado, com a adoção pelo Tribunal de Contas da União do entendimento da aplicação de, no mínimo, Cotação Prévia de Preços, pelo Decreto 6.170/07, conclui, portanto, pela alteração da lida da Corte sobre o tema, albergando uma perspectiva mais flexível e harmoniosa ao modelo das Organizações Sociais. E em ambos os blocos, pela própria configuração normativa dos diplomas, os princípios da Administração Pública sempre estiveram presentes.

3.4. Seleção de pessoal

Da agenda de insurgências que dão suporte aos pedidos da ADI 1923, emerge também o protesto quanto à temática da contratação dos empregados das Organizações Sociais. Para os autores da ação, o advento da seleção de pessoal⁷³ sem concurso público configuraria ultraje ao

⁷³ Rememora-se que este capítulo foca somente no processo de seleção de pessoal das Organizações Sociais e não nos aspectos de sua remuneração e supostas violações de seus

disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, porquanto tal dispositivo prevê que a investidura em cargos públicos deve ser precedida de prévia aprovação em concurso público, bem como, por conta disso, uma ofensa à legalidade, haja vista a inexistência de lei instituindo e regulando a forma desse certame.

Como se nota, os pleitos dos autores se lastreiam na ideia das Organizações Sociais não como entidades privadas sobre as quais recai uma série de disposições jurídicas para a operação de atividades de interesse público (como os serviços públicos não exclusivos) por uma entidade privada. Parte-se da premissa de que os funcionários dessas entidades são, em verdade, funcionários públicos e, por essa qualificação jurídica, os supracitados mandamentos constitucionais deveriam ser fielmente observados.

O Ministro Fux teceu concisas e claras considerações acerca dessa problemática, cimentando o entendimento de que os empregados das Organizações Sociais não se qualificam como servidores públicos, mas como empregados privados e, dessa feita, sua remuneração não deve ter base em lei, mas nos contratos de trabalho pactuados consensualmente. Por identidade de razões, consignou que também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público, mas tão somente o processo de seleção de pessoal conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal e nos termos dos regulamentos próprios de cada entidade.

Inicialmente, destaco que a busca de como o Tribunal de Contas da União vinha entendendo o modo como as Organizações Sociais procediam na seleção de seu pessoal foi, junto daquela que abordava o procedimento de qualificação das OS, uma das que menos gerou resultados nesta

direitos, tampouco quanto aos servidores públicos cedidos. A ideia é analisar a criação dos vínculos originários entre OS e empregados.

pesquisa empírica. Da totalidade de documentos obtidos, somente em 14⁷⁴ se abordava algum aspecto relevante sobre o tema.

Conforme se nota dos resultados obtidos na pesquisa, há na jurisprudência do Tribunal de Contas da União uma série de julgados que vão ao encontro de defender a adoção de critérios objetivos na seleção de pessoal das Organizações Sociais. Em acórdãos como os de números 0313/2015; 2942/2013 e 3239/2013 firma-se a desnecessidade de realização de concurso público, por exemplo. Além disso, é de se observar a significativa presença de documentos em que são elencados diversos princípios contidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Contudo, do que pude concluir nessa análise, observei que foi na relação jurídica travada entre os Acórdãos 1111/2008 e 1679/2013 (o segundo é reexame do primeiro) em que o TCU melhor expôs seu posicionamento acerca do tema do presente capítulo. Nessa, há uma ampla e exaustiva discussão acerca da matéria- não presente em outros documentos- inclusive se reconhecendo a necessidade de se firmar uma opinião do Tribunal sobre o assunto, ante a escassez doutrinária e jurisprudencial. Assim, segundo minhas conclusões, são eles os acórdãos mais aptos a representar o que o referido Tribunal assentou em sede do processo de seleção de pessoal das Organizações Sociais. Passo agora a explaná-los da maneira mais objetiva possível⁷⁵:

Cuida-se de um processo que se iniciou com a Tomada de Contas Especial nº 026.627/2007-9 em que o Ministério Público demandava o reconhecimento do emprego dos princípios que informam a Administração Pública, expressos no art. 37 da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência-, quanto aos processos de seleção de pessoal promovidos pelas Organizações Sociais. Aduziu o *Parquet* da necessidade desse enquadramento, pois as Organizações Sociais

⁷⁴ Contudo, em nada houve prejuízo, posto tratar-se de monografia de matiz qualitativa, atinente à busca do entendimento do Tribunal sobre os assuntos presentes no recorte temático da obra.

⁷⁵ Como bem se pode notar, na explanação dos casos, não me ative unicamente aos dados contidos nas fichas. A bem da verdade, reconduzi-me exaustivamente aos documentos em sua íntegra.

maneja recursos públicos bem como se assemelham às entidades do sistema de serviços sociais autônomos ("Sistema S").

A Representação do Ministério Público também pleiteava a concessão de medida cautelar com vistas a suspensão do processo seletivos dos profissionais realizados pela Organização Social em questão, posto que o referido certame se lastreava em 'critérios subjetivos de avaliação'.

Em sede de análise na 6ª Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (6ª Secex) efetuou-se seu exame preliminar, agasalhando-se que as Organizações Sociais não se subordinavam às regras de concurso público insculpidas no art. 37 da Constituição Federal, além do que seria inexecutável a desassociação dos recursos públicos e privados empregados pelas entidades na remuneração de seu pessoal.

A despeito desse exame preliminar simpatizante dos métodos utilizados pela Organização Social, o relator da Representação, Ministro Augusto Sherman, determinou a suspensão do processo seletivo antes mesmo do pronunciamento das partes, cognição acolhida pelo plenário do Tribunal.

Após as articulações da Organização Social e do órgão com o qual pactuara o contrato de gestão, nova instrução foi realizada pela 6ª Secex, patrocinando esta agora que, mesmo se praticável fosse a divisão dos recursos públicos dos privados quanto às contratações de obras e serviços efetuados pelas Organizações Sociais, tal percepção não sucederia no plano das contratações de pessoal, haja vista que nem todos os seus funcionários se filiam aos contratos de gestão celebrado pela entidade.

A 6ª Secex também emanou os seguintes arrazoamentos: (a) o Tribunal de Contas da União deveria ter como pressuposto que caso a entidade não procurasse profissionais capacitados, não conseguiria atingir suas metas e objetivos pactuados no contrato de gestão e sindicados pela Corte sob a perspectiva do "controle de resultados", podendo ser penalizada; (b) existem expressivas distinções entre as Organizações Sociais e as entidades do Sistema S, porquanto enquanto estas foram concebidas ao fomento de certas atividades de ensino e capacitação

profissional de setores econômicos e seu custeio se dá por intermédio de contribuições mensais compulsórias, as Organizações Sociais não existem condicionadas aos contratos de gestão que celebram e são aptas a gerenciar receitas emanadas de múltiplas origens. Assim, a Secretaria indicou a improcedência da Representação, revogando a medida cautelar e arquivando o processo.

Ato contínuo, novamente os autos foram remetidos ao relator que proferiu importante consideração acerca do tema. Conforme o Ministro Augusto Sherman, a carência de produções doutrinárias e jurisprudenciais acerca das contratações de pessoal pelas Organizações Sociais fundamentava a necessidade do esclarecimento do assunto nessa decisão.

Nesta senda, o Ministro argumentou as seguintes proposições: (a) processos seletivos pautados em critérios ocultos padecem de legitimidade, já que prejudicam a análise de eventuais lesões ou ameaças de direito por parte do Poder Judiciário, bem como embaraçam a interposição de recursos por parte dos candidatos acerca de seus resultados; (b) apesar de qualificada, a Organização Social não se alija de sua natureza privada, mesmo se incorporando a um regime jurídico em que as normas de direito privado se cingem ao universo preponderante dos princípios mais gerais do direito público, tal como se mostra a obrigação da veiculação dos relatórios financeiros no Diário Oficial da União; (c) bem verdade que a existência de uma Organização Social não se condicione à celebração de um contrato de gestão, contudo, a partir do travamento dessa relação, o ente deverá se ater aos princípios do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que mesmo que seus empregados não tenham sua remuneração necessariamente oriunda dos recursos advindos do contrato de gestão, são favorecidos de modo indiretos por eles; (d) a viabilidade da responsabilização por Improbidade Administrativa daqueles que efetuaram o contrato de gestão fortifica o raciocínio de subjugação das Organizações Sociais ao referidos princípios constitucionais.

Propôs o Ministro relator, desse modo, que se determinasse à Organização Social a observação dos princípios constitucionais em seus

processos de contratação de pessoal durante o tempo em que mantivesse contratos de gestão firmados com o Poder Público.

O Ministro Benjamin Zymler, redator da Representação, ao proferir seu voto dissentiu das conclusões do relator, afirmando: (a) as Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado não pertencentes à Administração Pública, haja vista que o Poder Público apenas lhes habilitam ao desempenho de certas atividades de natureza social; (b) as Organizações Sociais não se subjugam aos princípios do art. 37 da Constituição Federal nas contratações de pessoal, porquanto da inexistência desse mandamento na Lei 9.637/98, bem como tal submissão lhes tolheriam certas vantagens que informam o advento de sua criação, como a promoção de contratações à luz das condições de mercado, conforme pontuara o Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923; (c) conquanto se aceitasse que as Organizações Sociais tem de observar os princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal em suas contratações de pessoal, haveria prejuízo de outros proveitos como a não adesão dos regulamentos próprios para compras e contratos; (d) mesmo as Organizações Sociais sendo desobrigadas do seguimento dos princípios norteadores da Administração Pública ao término do processo, mesmo assim seus contratos de gestão poderiam ser rescindidos na hipótese de violação de mandamentos legais ou pelo não atingimento das metas pactuadas.

Desse bordo, o Ministro Benjamin Zymler postulou que se devia, em vez de determinar, apenas recomendar que as Organizações Sociais “quando da realização de processo seletivo visando recrutar e selecionar pessoal, durante o tempo em que mantiver contrato de gestão com o Poder Público Federal, observe, na medida do possível, os princípios constitucionais estatuídos no art. 37 da Constituição Federal.”

Sua proposta foi recepcionada majoritariamente no plenário, convertendo-se no Acórdão 1.111/2008.

Irresignado, o Ministério Público interpôs Pedido de Reexame em face do Acórdão, demandando que o Tribunal, em vez de recomendar a consideração dos princípios do art. 37 da Constituição Federal no tocante às

contratações de pessoal pela Organização Social em questão, os exigisse. Ademais, retornou com o pedido de concessão da medida cautelar visando a suspensão do processo seletivo realizado pela referida.

A cautelar foi apreciada pelo Ministro relator do Reexame, Marco Vilaça, o qual votou pelo indeferimento do pedido, arrazoando que o plenário já decidira sobre a matéria.

Apresentadas as contrarrazões recursais por parte da Organização Social, a Secretaria de Recursos do TCU ("SERUR") agasalhou posicionamento proveitoso ao Reexame, pautado nos seguintes argumentos: (a) tanto as entidades do Sistema S quanto as Organizações Sociais compartilham da mesma essência, porquanto ambas manipulam recursos públicos e se beneficiam de privilégios outorgados pelo Poder Público; (b) como o Ministro Gilmar Mendes, na ADI 1923, explanou que as Organizações Sociais eram entidades públicas atuantes fora da Administração Pública, emana-se a sua obrigação de seguir os princípios constitucionais tanto na elaboração quanto na execução dos contratos de gestão celebrados, porquanto estaria em consonância com o art. 7º da Lei 9.637/98; (c) o processo seletivo da Organização Social não se fundamentava em critérios objetivos seleção dos candidatos, maculando, desse modo, os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Após novas manifestações dos Ministros já referenciados, o relator do Reexame, Ministro Marco Vilaça emitiu voto complementar aduzindo que a despeito do ministro revisor ter proposto a "determinação" da observância dos princípios do art. 37 da Constituição Federal nos processos de seleção de pessoal da Organização Social, ele se alinhava ao posicionamento da "recomendação".

Dessa feita, encerrou-se o Acórdão 1679/2013 no seguinte sentido: (a) proveu-se parcialmente o Pedido de Reexame alterando certos pontos do Acórdão 1111/2008; (b) a medida cautelar foi revogada; (c) recomendou-se em sede de normativo próprio ou em edital para recrutamento e seleção de pessoal: (c1) critérios objetivos de seleção de pessoal, garantindo a isonomia entre os participantes, a transparência, a

impessoalidade e a publicidade dos atos; (c2) as fases que compreenderão o estabelecimento de critérios de eliminação e/ou classificatórios; (c3) critérios objetivos de avaliação na correção e pontuação das provas e outros quesitos presentes na eliminação, desempate e classificação em cada fase do processo seletivo; (c4) cabimento de revisão das notas ou avaliações obtidas em todas as fases do processo seletivo, bem como existência de prazo para interposição de recurso; (c5) das datas de processamento de todas as etapas do processo seletivo; (c6) da garantia de emprego de testes objetivos de conhecimento geral ou específico na mesma data e horário a todos os candidatos, com idêntico conteúdo, quando de mesmos cargos, e do mesmo tempo para a resolução; e (d) decretou-se o arquivamento do processo.

Destarte, obtive da conjugação dos dados e informações presentes neste capítulo que, no tocante aos processos de seleção de pessoal das Organizações Sociais, o Tribunal de Contas da União se alinha à defesa de que tais entidades não são obrigadas a seguir de modo rígido as estritas previsões abstratas que regem a Administração Pública dispostos no caput do art. 37 da Constituição, sob pena de se desnaturar a própria configuração dos propósitos da figura jurídica das Organizações Sociais. Conforme depreendi dos julgados analisados, houve uma preocupação com o “controle de resultados” que cinge a existência das Organizações Sociais e que a adoção dos critérios do art. 37 da Constituição Federal em seus processos seletivos, qual seja ao longo da execução do contrato de gestão, poderia macular as vantagens do regime mais flexível desse modelo de entidade.

Assim, pude vislumbrar que nessa seara o TCU possui uma lida mais permissiva às Organizações Sociais do que o decidido em sede da ADI 1923. Confesso não saber quais as diferenças práticas existentes entre um processo seletivo conduzido de “forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37”, segundo o dispositivo do Min. Fux, daqueles em que sejam somente adotados critérios objetivos de seleção de pessoal, garantindo a isonomia entre os participantes, a transparência, a impessoalidade e a publicidade dos atos, conforme o

encerrado no Acórdão 1679/2013. Todavia, é de se vislumbrar alguma distinção, embora não se preste tal monografia a esta análise fenomenológica. Minha impressão foi a de que a linha de pensamento do TCU, no que toca aos processos seletivos de pessoal das Organizações Sociais, a observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal devem ser tomados dentro dos limites de compatibilidade com a natureza das OS. Isto é, sua incidência deve ser mais “relaxada”⁷⁶, por assim dizer, sob pena de desnaturar os propósitos flexíveis que sustentam o advento do modelo das Organizações Sociais.

3.5. Mecanismos de controle pelo TCU e MP

Por fim, outro ponto enfrentado no julgamento da ADI 1923 foi o concernente a alegação de insubmissão a controles externos pelo Tribunal de Contas da União e a restrições da atuação do Ministério Público, em ultraje aos artigos 70, 71, 74 e 129 da Constituição Federal⁷⁷. Aduziram os

⁷⁶ Entende-se “relaxar” como aplicá-lo de modo menos exigente em prestígio à flexibilização intrínseca ao modelo.

⁷⁷ **Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

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

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

autores que os artigos 4º, 9º e 10 da Lei 9.637/98 forjaram um molde de regulação das Organizações Sociais impedindo o constitucional âmbito de controle externo por parte do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Informa essa agenda de insurgências a concepção de que as referidas previsões legais depositariam aos controladores das Organizações Sociais uma plêiade de competências internas que tornariam secundários os mandamentos constitucionais.

Sustentaram que a composição jurídica travada no artigo 4º da Lei 9.637/98, ao prever diversas competências privativas do Conselho de

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - 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;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Administração das Organizações Sociais, estaria afastando o âmbito constitucional de competência do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74).

Pelo artigo 9º, advogaram que o controle por parte do Tribunal de Contas da União somente incidiria quando da sua ciência por parte dos responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, somente quando tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social. Pelo artigo 10º, em semelhante medida, a atuação do Ministério Público também seria subsidiária, ocorrendo sua representação quando da existência de circunstâncias de gravidade, interesse público ou existência de indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública. Enfim, foi um pleito que aduzia uma construção organizativa do modelo de Organizações Sociais restritiva dos aqui trabalhados controles externos, porquanto recaído à estrutura interna daquelas entidades a organização de importantes formatações da figura jurídica e da "secundarização"⁷⁸ da atuação do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público somente quando da existência das circunstâncias previstas na lei e após a provocação por parte das próprias Organizações Sociais.

Para o Min. Fux, o termo *privativo* presente no art.4º⁷⁹ da Lei não tem a finalidade de afastar a competência constitucionalmente garantida de controle pelo Tribunal de Contas (CF, art.70, 71 e 74), porquanto se refere apenas e tão somente à estrutura interna das Organizações Sociais. Aduziu, também, que as Organizações Sociais estão *inequivocamente* sujeitas ao corretivo por improbidade administrativa, na hipótese de malversação de recursos públicos.

Sustentou inclusive que o próprio marco legal das OS's prevê mecanismos de controle e de fiscalização, consoante se infere da redação dos arts.2º,I,f;4º,IX e X;8º,§§1º,2º e 3º;art.9º e art.10.

⁷⁸ Cuida-se de uma expressão que cunhei para expressar a essência do que depreendi dos pleitos.

⁷⁹ Art.4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições **privativas** do Conselho de Administração(...).

Ainda sobre o artigo 10, asseverou que tal não restringe o papel do Ministério Público, pois se refere apenas ao dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização das OS's. Dessa feita, segundo o magistrado, não há impedimento ao *Parquet* de operar de ofício no controle da moralidade administrativa, nos termos dos artigos 127 e seguintes do Texto Maior.

No dispositivo de seu voto condutor, o Ministro Fux consignou no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, conferindo interpretação conforme à Constituição *Para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas*⁸⁰.

De um modo geral, posso afirmar que os documentos obtidos na pesquisa nos dão conta da incontestável participação do Tribunal de Contas da União no controle externo das Organizações Sociais. Como bem se observa, são dezenas de acórdãos em que é fiscalizada a atuação de Organizações Sociais manipuladoras de recursos e bens públicos. E em nenhum acórdão houve a declaração de que ao TCU não cabia a atribuição de controle externo das referidas entidades do terceiro setor. Uma breve incursão pelas fichas presentes na parte anexa deste trabalho confirma as atuações acima expostas.

Decisão paradigmática é a 0592/1998-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, prolatada em 02/09/1998. Trata-se de Projeto de Instrução Normativa que acrescentou dispositivos à Instrução Normativa TCU nº 12/96⁸¹, para firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do art.70 da Constituição Federal.

Entendo que esta decisão é um nítido espelho da concepção de controle externo que o Tribunal de Contas da União possui de si em relação às Organizações Sociais. Neste documento, o Tribunal de Contas da União

⁸⁰ ADI 1923, p.35 do voto do Min. Fux.

⁸¹ A Instrução Normativa 12/96 estabelece normas de organização e apresentação de tomadas e prestações de contas e rol de responsáveis, e dá outras providências.

reconheceu que o controle externo exercido sobre os contratos de gestão abarca, por imposição constitucional, o conjunto de atos de natureza financeira, orçamentária e patrimonial praticados pelos responsáveis na execução dos referidos contratos. Mais do que isso, destacou-se que a competência daquela Corte, fundada vai além do controle da mera legalidade, inserindo-se no controle teleológico ou finalístico do modelo das Organizações Sociais. E tal aferição de resultados deve ser orientada segundo os parâmetros concretos fixados no contrato de gestão, onde devem estar postos adequadamente os objetivos e metas da entidade qualificada, bem como os indicadores de seu desempenho⁸².

Consignou-se, também, que a prestação de contas a entidade supervisora das Organizações Sociais, prevista no §1º do art. 8º da Lei 9.637/98 não afasta o entendimento da presença do controle externo por parte do Tribunal de Contas. Segundo o relator, a apresentação de contas à entidade supervisora do contrato de gestão e o julgamento das contas pelo Tribunal de Contas da União são etapas distintas da sistemática de controle, que não se confundem nem se excluem⁸³.

Assim, constatei que já no ano de 1998, em pouco menos de 4 meses⁸⁴ da publicação do marco legal das Organizações Sociais, o Tribunal de Contas da União havia confirmado sua competência no controle externo das Organizações Sociais, posto que, ainda que entidade privada, recebe recursos públicos. E esse entendimento forjado em 1998 se manteve até os julgados mais recentes da pesquisa.⁸⁵

Contudo, a despeito do firmamento da competência do TCU no controle externo das Organizações Sociais, cumpre expor um interessante aspecto institucional que notei ao analisar as Decisões Normativas que compuseram os documentos obtidos na pesquisa. Tais decisões são

⁸² Ver item 12 do voto da Decisão 0592/1998.

⁸³ Ver item 14 do citado voto.

⁸⁴ A petição inicial da ADI 1923 foi protocolada no dia 13 de abril de 1998.

⁸⁵ Importa destacar que esta porção da pesquisa não tem por objetivo analisar **como** o Tribunal de Contas atuou neste controle externo, mas tão somente verificar **se houve** essa atuação, haja vista que a insurgência da ADI 1923 carregava a ideia de que a Lei 9.637/98 afastaria a atuação do Tribunal de Contas sobre as OS e, no mérito, os Ministros do STF decidiram pelo afastamento de qualquer interpretação que afastasse esse controle constitucional.

manifestações regulamentares do TCU, por intermédio das quais se estipulam anualmente quais unidades jurisdicionadas devem apresentar relatórios de gestão referente ao exercício pertinente. Assim, há a possibilidade de o Tribunal dispensar certas Organizações Sociais -e outras entidades e órgãos- da referida obrigação. Porém, é importante sublinhar que tais conformações normativas se inserem dentro do poder regulamentar interno do TCU, lastreadas por fatores de organização interna do Tribunal, e não por imposição da Lei das OS. Ou seja, as eventuais dispensas de prestação de contas das Organizações Sociais ao TCU deliberadas por esses atos normativos se dão de modo extrínseco, isto é, emanadas do próprio órgão controlador e não por imposição do Marco Legal das OS, segundo a linha argumentativa dos autores da ADI 1923. A competência do TCU não se macula por conta dessa previsão regulamentar interna, pelo contrário, se reforça.

Cheguei a essas conclusões observando que a previsão do poder regulamentar contida no art. 3º da Lei 8.443/92 abria espaço para que certas entidades ficassem de fora do dever estabelecido, conforme a conveniência do Tribunal. É bem verdade que todas as Decisões Normativas que compõe o universo da pesquisa abordam momentos em que o TCU incluiu as Organizações Sociais como entidades jurisdicionadas, já que a chave de busca selecionou documentos em que a expressão "Organizações Sociais" estava presente. Logo, por elas não ficou constatada *per si* a possibilidade da referida exclusão. Contudo, esteve presente em alguns acórdãos, como nos de número 4522/2008- 1ª Câmara e 1509/2012- 1ª Câmara referências acerca de momentos em que o TCU, em sede de seu poder regulamentar, dispensou Organizações Sociais do relativo dever sem, no entanto, a Organização Social ser excluída da jurisdição do Tribunal. A título de exemplo, na Decisão Normativa 54/2004 as Organizações Sociais foram dispensadas da prestação de contas para aquele exercício.

Desse modo, pude tecer as referidas constatações sobre esse poder regulamentar. Entretanto, como bem se pode depreender de minha metodologia, não me debrucei sobre os motivos regimentais que dão suporte às escolhas anuais do TCU acerca dessas disposições, tampouco

fiquei procurando na jurisprudência do Tribunal todas as Decisões Normativas em que as Organizações Sociais não figuravam na lista de entidades jurisdicionadas. O que de fato importa a esta pesquisa é a constatação desse poder regulamentar e o cabimento de eventuais dispensas às Organizações Sociais da apresentação dos relatórios de gestão, conforme abordei anteriormente, porquanto relacionadas a minha pergunta de pesquisa.

No que pertine à atuação do Ministério Público, constatei que também não há limitações ao seu ofício. Da totalidade de acórdãos analisados, em 13⁸⁶ há a participação expressa do *Parquet*, qual seja a sua figuração na ação de que se tratava. Todavia, essa quantidade não indica que no restante dos documentos analisados a participação do Ministério Público foi restringida nos moldes das alegações dos autores da ADI 1923. Excetuando-se as Decisões Normativas em que no assunto não era cabível a presença do Ministério Público, nos demais não houve a exclusão do *Parquet*, mas tão somente a sua não atuação (*“Representante do MP: não atuou”*⁸⁷). Interessante é que essa configuração, apesar de não conter o Ministério Público integrando a relação, representa que houve espaço para a sua atuação, de modo que no TCU a sua presença não é alijada quanto ao tema do controle das Organizações Sociais.

⁸⁶ Acórdãos: 3129/2014; 5919/2013; 1313/2012; 3153/2012; 1509/2012; 0710/2011; 2640/2008; 1111/2008; 1836/2007; 0601/2007; 0421/2004; 1570/2003 e 0202/2003.

⁸⁷ Acórdãos: 0313/2015; 05002015; 3576/2014; 3373/2012; 3239/2013; 3304/2014; 2832/2014; 2057/2014; 1786/2014; 0693/2014; 3115/2013; 2942/2013; 1155/2013; 2414/2012; 0722/2012; 1460/2011; 7083/2010; 4522/2008; 1752/2008; 0731/2008.

4. Conclusões

Concluir uma obra é sempre tarefa difícil. Reunir em um apanhado de palavras o conglomerado de observações e sínteses conclusivas obtidas ao longo de todo o trabalho guarda em si a agrura de equivocadamente apenas transcrevermos os resultados já prolatados contidos em seus devidos locais na pesquisa, sem a devida adequação às finalidades pertinentes a esta porção final da obra. Assim, franqueio-me a aqui traçar o panorama geral das conquistas, utilizando-me dos dados alcançados para tentar, por fim, responder se a hipótese criada foi provada.

Não me permito afirmar que nos pontos em que constatei grande paridade entre as consignações da ADI 1923 e as do TCU tenha havido uma total similaridade do manejo das Organizações Sociais. A ADI 1923 foi uma ação constitucional de caráter abstrato, periciando a constitucionalidade dos diplomas impugnados à luz da Constituição Federal. Os Acórdãos do TCU, por outro lado, labutavam-se, em sua predominante maioria, em questões concretas envolvendo problemas jurídicos do mundo operacional das Organizações Sociais. Desse bordo, portanto, o âmbito de análises foi distinto. Entretanto, como essa pesquisa buscou identificar os posicionamentos gerais do TCU acerca dos pontos selecionados na metodologia, sinto-me perfeitamente confortável para explanar minhas conclusões.

Realidade que me pareceu bem clara com esse estudo de jurisprudência do TCU foi a chancela que esta Corte deu ao modelo das Organizações Sociais. Desde a Decisão 0592/1998 o Tribunal vem afirmando a necessidade de um controle finalístico, em consonância aos preceitos que informaram o Plano Diretor da Reforma Administrativa. Acredito ser importante essa consideração, porquanto se é sabido que o TCU é relutante quanto a certos modelos engendrados pelo Estado, como no Procedimento Simplificado da Petrobrás⁸⁸.

⁸⁸ GEBRIM, Larissa Santiago. *A adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás sob as perspectivas do STF e do TCU*. Monografia da Escola de Formação da sbdp

Meu entendimento geral é de que o TCU concebe a o tratamento às Organizações Sociais de modo consentâneo às disposições principiológicas do caput do artigo 37 da Constituição Federal, mas com a central ressalva de não aplicá-los da mesma maneira como os aplicam aos entes da Administração Pública. Pude perceber que a incidência desses princípios às Organizações Sociais se atém ao modelo republicano do constitucional controle de uma entidade que maneja recursos públicos, sem, contudo, tratá-la como se Estado fosse. Essa foi uma verificação substancial do trabalho.

Ao longo dos capítulos, suportes das subperguntas da pesquisa, inevitavelmente surgiram peculiaridades e particularismos decorrentes do tecnicismo intrínseco de cada etapa trabalhada. Consegui, todavia, deles depreender aspectos críticos dos julgados, identificando mazelas como o vazio normativo de alguns campos de regulação das Organizações Sociais.

O TCU se mostrou insistente na necessidade de haver marcos regulatórios claros perante às Organizações Sociais. Foram diversas as passagens encontradas em que a Corte expunha seu desconforto quanto à inexistência de balizas, bem como quanto às prometidas regulamentações por parte da União. Ponto que se deve pensar – sob uma perspectiva crítica de alto refinamento- é a verificação se esse suposto “vácuo normativo” não estaria intencionalmente posto pelos elaboradores da referida Lei 9.637/98. Como bem se sabe, o Brasil é um país de dimensões continentais e há grande discussão sobre qual a feição do modelo federativo que se deve adotar. Ora, em um país de gritantes desigualdades e disparidades regionais, sustenta-se, segundo muitos, a necessidade de regulamentação regional ou até mesmo local de certos serviços e operações públicas. A existência de um único marco disciplinador poderia não levar em conta as peculiaridades de cada espaço, implicando na ineficácia do modelo. De modo paralelo, é essa uma das grandes críticas doutrinariamente tecidas acerca do modelo de regulamentação do Direito Municipal. Criou-se um

arquétipo ordenatório geral da matéria, sem se levar em conta que os milhares de municípios brasileiros são completamente distintos entre si.

Mas de um modo panorâmico, rememorando as conclusões traçadas ao longo dos capítulos, afirmo que o TCU já vinha operando, de algum modo, as Organizações Sociais segundo o modelo ressaltado na ADI 1923, não tendo essa decisão do STF alterado significativamente a forma como essas parcerias vinham sendo por entendidas pela referida Corte de controle. Assim, julgo que minha hipótese foi comprovada.

5. Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, novembro de 1995. Em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22.ed.rev.amp.atual.Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2009.

COUTO SANTOS, Marcos André. *Organizações Sociais, Serviços Públicos e Contratos de Gestão (ADIN Nº1923)*. Em: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n.4. Recife, 2011.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, das Organizações Sociais: Comentários à Medida Cautelar da ADIN nº 1923- DF, do Supremo Tribunal Federal*. Em Revista de Direito do Estado- RDE. Ano 2, nº 8, out./dez.2007. Página 357.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

FREITAS, Juarez. *As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal*. Em: Revista de Informação Legislativa Brasília a.35 n.140 out./dez. 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª edição, revista e atualizada ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO.
Caderno 2- Organizações Sociais. Brasília, DF, 1998.

MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.34, n.136 out./dez.1997.

NAVES, Rubens (Coord.). *Organizações Sociais – A construção do Modelo*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.184.

SILVA, Ronaldo Quintanilha. *A obrigatoriedade de licitar não deve ser imposta às entidades privadas sem fins lucrativos*. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa- ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília- DF, 2010.