

O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM FACE DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS – CONTROLE DOS CONTRATOS DE GESTÃO

Regina Maria Macedo Nery FERRARI¹

Sumário: 1. A reforma administrativa. 2. A Colaboração gerencial na administração pública. 3. As organizações sociais e os Contratos de Gestão. 4. A fiscalização e controle dos Contratos de Gestão. Referências Bibliográficas.

Resumo: Busca-se no presente texto mostrar que a atuação da Administração Pública visa, no momento atual e cada vez mais, ao cumprimento de obrigações em face das necessidades da população. Para tanto, analisa-se novos instrumentos como os contratos de gestão, sua introdução em nosso ordenamento e inclusive a sua forma de utilização pela Administração Pública, o que por vezes ocorre de forma equivocada na opinião da autora, bem como as possibilidades de fiscalização e controle dos contratos de gestão, por parte dos Tribunais de Contas.

Abstract: The present work attempts to show that the Public Administration aims at, at the present moment and more and more, the accomplishment of obligations concerning the population necessities. Therefore, new instruments are analysed such as the administration contracts, the introduction in our legal system and also the way of use by the Public Administration, which sometimes happens wrongly in the author's point of view, as well as the possibilities of inspection and control of the administration contracts by the Audit Court.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Reforma administrativa. Contratos de gestão. Fiscalização. Controle.

Key-words: Audit Court. Administrative Reform. Administration contracts. Inspection. Control.

¹ Mestre em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutora em Direito Constitucional, pela UFPR. Professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, Universidade Tuiuti do Paraná e IBEJ.

1. A reforma administrativa

Antes de mais nada, é preciso ter em mente que o Estado, em virtude das transformações pelas quais passa no mundo contemporâneo, atinge feição peculiar, pela superação de formas que pareciam definitivas, surgindo o risco de, sem uma correta e justa apreensão de tais elementos, haver ordenações desatualizadas, ou o que é pior, haver a influência de fatores superestimados, de influência momentânea, o que pode trazer, como resultado, a hipertrofia da figura do Estado.

Qual o Estado ideal? É evidente que todos desejam um Estado mais eficiente, mais ágil e mais justo. De tempos em tempos, surgem idéias, propostas e soluções vanguardistas, que geram expectativa e constrangimento, na medida em que são acompanhadas pelo discurso de que devem ser aceitas sob pena de retrocesso.

É dentro desse contexto que se pretende considerar o tema proposto para análise, reconhecendo-se a necessidade de repensar o Estado, no sentido de seu melhor relacionamento com a sociedade. A máquina estatal deve ser adaptada para o atendimento eficiente das necessidades do indivíduo, pois o Estado existe para que seja alcançado o bem comum.

Esta empreitada demanda maior interação entre Sociedade e Estado, com o aperfeiçoamento do diálogo e colaboração entre esses atores, pois a participação efetiva do cidadão nas decisões e controles dos atos de governo e de administração, torna-se cada vez mais necessária. Tanto é assim que Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que a colaboração entre Estado e Sociedade necessita de “canais institucionais de participação na administração pública: na tomada de decisão, na execução e, não menos importante, no controle de resultados”.

O Brasil de hoje busca paradigmas modernos e passa a viver uma nova experiência no que diz respeito à atuação da Administração Pública. Parte para uma nova visão do cumprimento de sua obrigação de atendimento às necessidades da população. Fala-se, na substituição da *administração pública burocrática*, definida e conduzida pelo Estado, visando ao interesse público, para o que se denomina de *administração pública gerencial*,

definida pelo Estado com maior participação dos administrados e por ele conduzida, com exclusividade em certos casos ou em parceria com entes da sociedade, mas sempre no interesse desta e sob seu mais intenso e direto controle. (*RDA* [214]: 36; cf. MOREIRA NETO, 1999, pp. 3-4)

Dessa forma, o Estado deixa de ser prestador direto de serviços, principalmente dos serviços sociais, como educação e saúde, conservando entretanto o seu papel de regulador, provedor ou promotor, devendo subsidiá-los, o que não dispensa o controle e a participação da sociedade.

Conforme proposta pelas autoridades públicas, a administração pública gerencial deve preocupar-se menos com os processos e mais com os resultados, com a maior eficiência dos serviços prestados, isto é, no modo de alcançá-los “com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possível”, mesmo que para isso tenha que esquecer que existe uma Constituição, no que diz respeito aos controles que devem ser exercidos sob a Administração. (MOREIRA NETO, 1999, p. 39).

Após a comprovação da ineficiência dos serviços prestados pelo Estado, surge como extremamente necessária a implementação de uma nova forma de atendimento da população, com a prestação de serviços públicos de maior qualidade, sem consumir grande parcela de recursos.

2. A colaboração gerencial na administração pública

Dentro dessa linha e visando à diminuição do tamanho do Estado e, conseqüentemente, o volume de recursos públicos empregados para a realização de seus fins, têm-se aperfeiçoado antigos modelos de cooperação, como os consórcios e os convênios, bem como são adotados novos instrumentos, tais como os *contratos de gestão*, que nada mais são do que acordos para a realização de programas de administração pública.

A introdução dos *contratos de gestão*, em nosso sistema jurídico foi feita através da lei 8.246, de 22.10.91, a qual autorizou ao Poder Executivo instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, com o fim de estipular prazos para sua execução, critérios para avaliação dos resultados supervisionados pelo Ministério, no caso o da Saúde, e fiscalizado pelo Tribunal de Contas da União, no que tange à legalidade, legitimidade, operacionalidade e economicidade. Assegura ainda, a fixação de níveis de remuneração de pessoal, conforme os compatíveis com o mercado de trabalho e a contratação e administração de pessoal sob o regime da CLT (art. 3º).

A Emenda Constitucional Nº 19, de 4 de junho de 1998, implanta, entre nós, a *administração pública gerencial* e, para isso, dá nova redação ao *caput* do art. 37, da *Constituição Federal*, incluindo dentre os princípios informadores da Administração Pública, o da eficiência, além de prever, no § 8º, que a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da administração direta e indireta, poderá ser feita através de contratos a serem firmados entre seus respectivos administradores e o Estado, nos quais serão fixadas metas de desempenho para o órgão ou entidade. Ainda prevê, no art. 241 da *Constituição Federal*, que

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por

meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Por sua vez, a *administração pública gerencial* executa-se, também, pela gestão admitida de entidades privadas em atividades de interesse público e através da gestão em parceria com entidades privadas², mediante convênios ou contratos de gestão, nos moldes previstos pelo art. 5º, da Lei Nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que reza:

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

Já tendo ressaltado o fato de que os contratos de gestão surgiram no bojo da instituição de Serviço Social Autônomo, é preciso lembrar, conforme Hely Lopes Meirelles, que os Serviços Sociais Autônomos

são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI). (MEIRELLES, 1993, pp.335-336).

Os serviços sociais autônomos existem ao lado do Estado, sob seu amparo, mas sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, ficando vinculados ao órgão estatal, para o controle finalístico e a prestação do dinheiro público recebido para sua manutenção.

² São exemplos de entidades de cooperação: 1. As declaradas de utilidade pública; 2. as tituladas como organizações sociais; 3. as sociedades civis de interesse público; 4. os serviços sociais autônomos.

O Estado do Paraná tem, criado por lei, diversos serviços sociais autônomos, definindo o seu relacionamento com o Estado, através de contratos de gestão, determinando o que se deve por eles entender, e quais os princípios que devem regê-los, não prevendo, de forma expressa, em alguns casos, que tais contratos encontram-se sob o controle do Tribunal de Contas. Por exemplo, quando a Lei 11970, de 19 de dezembro de 1997, que institui o PARANAEDUCAÇÃO, como serviço social autônomo, define no artigo 15, que

contrato de gestão, para efeito desta lei, é o instrumento técnico jurídico, formal, de direito civil, celebrado entre o Estado do Paraná, por seu governador, com a interveniência das Secretarias de Estado da Fazenda, da Educação e do Planejamento e Coordenação Geral, e o PARANAEDUCAÇÃO, por intermédio do seu Superintendente, com a finalidade de assegurar a plena autonomia técnica, administrativa e financeira, com a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e economicidade.

No art. 16 define que suas contas deverão ser aprovadas, anualmente, pela Assembléia Legislativa.

É importante ressaltar, neste momento, que a expressão *contratos de gestão*, é, no mínimo, infeliz, na medida em que é utilizada para rotular instrumentos totalmente diferentes, enquanto meio para o estabelecimento de parcerias entre: os órgãos e entidades da Administração direta e indireta e o Poder Público; a Administração e as chamadas organizações sociais; e, ainda, para realizar a gestão admitida de entidades privadas em atividades de interesse público.

Considera-se, também, a impropriedade da denominação *contratos de gestão*, quando se verifica que seu contexto, apesar de envolver a realização de prestações recíprocas, não alberga interesses antagônicos a serem acordados entre as partes envolvidas, mas apenas um acordo, uma atuação conjunta, visando a resultados de interesse comum.

Convém esclarecer que gestão é expressão latina que traduz o ato de gerir, administrar, gerenciar, e é daí que surge a utilização da expressão, o que não nos leva a aceitar como correta a denominação *contratos de gestão*, uma vez que as relações que se estabelecem entre os administradores e o Poder Público, bem como entre o Estado e as organizações sociais, agências executivas e serviços sociais autônomos não podem ser identificadas com a figura contratual clássica.

A *Constituição*, ao prever a possibilidade da figura dos contratos de gestão, o faz no sentido do estabelecimento de um acordo de vontades, visando à fixação de metas de desempenho, através do qual as partes obrigam-se, reciprocamente, a

cumprir prestações, com a impossibilidade de serem alteradas ou extintas, de forma unilateral. Isso porque o contrato deve possuir traços de consensualidade e de autoridade de seus termos. Assim, sem adentrarmos pela seara da teoria geral dos contratos, o que se vê, são, como muito bem nos ensina Diogo Moreira Neto, “acordos programas”:

que são atos complexos destinados ao exercício negociado de competências de entidades públicas e de competências delegadas, com vistas a uma finalidade comum a todos os pactuantes”(cf. MOREIRA NETO, 1999, p. 27).

Os contratos de gestão, segundo nosso ordenamento jurídico, podem ser firmados entre: sujeitos integrantes do aparelho administrativo do Estado e pessoas alheias ao Estado e seus órgãos, da administração direta e indireta.

É preciso analisar os impropriamente denominados contratos de gestão, nos termos do § 8º, do artigo 37 da *Constituição Federal*, quando envolvem, de um lado, os administradores de órgãos e entidades da administração direta e indireta e, do outro, o Poder Público, voltados para a realização de programas específicos da administração pública, visando à ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, que, conforme determina o citado artigo, dependem de lei que disponha sobre o prazo de duração, controle e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e remuneração de pessoal.

Dentro deste enfoque, pode ser identificada, no âmbito interno da administração, a colaboração, a gestão em parceria de serviços públicos, através de instrumentos clássicos de cooperação, como os convênios e os consórcios, além, de forma duvidosa, do novo instrumento - o *contrato de gestão*.

Como se sabe, os convênios são atos administrativos complexos, através dos quais uma entidade pública acorda com outra entidade, pública ou privada, o desempenho, por cooperação ou colaboração, de atividades dirigidas para um mesmo ponto, para o fim de satisfazer um interesse público, cuja competência e responsabilidade administrativa cabe à entidade pública ou às entidades públicas convenientes.

Os consórcios, por sua vez, identificam-se como ato administrativo complexo, através dos quais acordam entidades públicas, da mesma natureza, o desempenho coordenado por cooperação, de atividades para satisfação de interesses públicos convergentes, de competência e de responsabilidade administrativa comum.

Já tivemos oportunidade de registrar a definição do *contrato de gestão* fornecida pelo Lei 9.637/98, mas vale considerá-lo ao lado dos convênios e consórcios, como ato administrativo complexo, através do qual uma entidade pública acorda com outras, públicas ou privadas, o desempenho, coordenado por cooperação, de uma atividade voltada para a satisfação de um interesse público, de competência e responsabilidade administrativa da primeira, sob a qual recai a responsabilidade de supervisão do acordo.

Seria necessário lembrar que a cooperação entre uma entidade pública e pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, era, antes do *contrato de gestão*, realizada para estimular a gestão em parcerias, através de convênios, e que agora pode vir a ser, também, veiculada pelo novo acordo programa, nos termos da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998.

Assim, o *contrato de gestão* surge como uma alternativa para a celebração de acordos, ajustados sob o regime jurídico público, tendo em vista a produção não-lucrativa de bens ou serviços públicos não exclusivos do Estado, isto é, onde ele atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais.

São tidos como espécie do gênero os contratos em que se assegura uma posição de supremacia do Poder Público, do interesse público em sua consecução. Portanto, em tais contratos, o Poder Público participa como tal, tendo em vista os fins públicos buscados com a contratação.

Os *contratos de gestão* só podem tratar de atividades que comportem um desenvolvimento autônomo, isto é, atividades que tanto podem ser prestadas pelo Estado, como por qualquer particular, em nome próprio e sob o regime de direito privado, com a única diferença que, embasadas no instrumento ora analisado, as associações privadas sem fins lucrativos, receberão apoio estatal de diversas ordens, como ensina Marçal Justen Filho em seu texto “Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos” (*Dialética*, 1999, p.34).

Deste modo, veiculam um comportamento específico acordado entre as partes, criam a obrigação da observância de seus termos, de forma que o contratante que desempenhar adequadamente o acordado, terá o direito de exigir o cumprimento dos deveres correspondentes e, nos casos das organizações sociais, acarretar, inclusive, sua desqualificação, respondendo seus dirigentes, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Deve-se, ainda, quando se fala em contratos de gestão, fazer alguma referência às agências executivas, entidades que podem, também, firmar *contratos de gestão*. O título de Agências Executivas é atribuível a autarquias e fundações integrantes da Administração Federal, que hajam celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor e que possuam um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, nos termos da Lei N° 9.649, de 27 de maio de 1998.

3. As organizações sociais e os Contratos de Gestão

Antes de analisar o problema relativo à possibilidade de controle dos *contratos de gestão*, por parte do Tribunal de Contas, deve-se tecer algumas considerações sobre as organizações sociais e os benefícios decorrentes desse título, propiciados em virtude de um contrato de gestão.

As organizações sociais nada mais são do que associações civis sem fins lucrativos, que têm como razão de ser o atendimento do interesse público, isto é, são verdadeiras instituições públicas atuando fora da administração pública, mas que recebem recursos públicos, constituindo o que se denomina como entidades públicas não-estatais. Aqui é importante ter em mente que, quando se pensa em publicizar, pensa-se em estender o conceito de público e não em trazer o conceito de privado para dentro da administração pública, o que viria abalar seus principais postulados, na medida em que cria a possibilidade de colocar a máquina pública a serviço de estruturas privadas e escapar dos controles voltados para o manuseio, para a gestão de dinheiro, bens e equipamentos públicos.

Tais associações, com personalidade jurídica privada, mas com fins públicos, integram o terceiro setor e recebem, conforme ensina o Prof. Paulo Modesto, um título jurídico que, em princípio, pode ser conferido, suspenso ou retirado, mas que introduz a entidade em regime jurídico especial. (*RDA* [214] : 55-56).

Sua qualificação depende do cumprimento dos pressupostos previstos em lei, mas, é preciso que se diga que o simples cumprimento formal não anula a possibilidade de sua utilização para mascarar o favorecimento de apadrinhados e, ainda, a substituição do Poder Público em áreas em que a *Constituição* determinou o dever de sua prestação, como no caso do ensino e da saúde. Assim, além do cumprimento da parte formal, é preciso verificar a vida, a experiência, a idoneidade da associação civil, sem fins lucrativos, que será agraciada com o título de organização social, pois sem a possibilidade da satisfatória execução do acordado, não haverá, para a administração, a possibilidade da avença. Tal verificação deve ser realizada no curso de um processo licitatório o que propiciará, além do respeito aos princípios que regem a administração pública, a escolha da associação que apresente melhores condições para atender o interesse público.

Essa observação não elide a hipótese de ocultação de um ente integrante da administração, sob a roupagem de organização social, atuando nos moldes da estrutura prevista legalmente.

Qualificada como organização social, a associação sem fins lucrativos estará apta a receber do Estado recursos financeiros, e administrar bens e equipamentos que a ele pertencem, para o fim de desenvolver atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme dispõe o art. 1º, da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998.

Através do contrato de gestão serão discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, devendo observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, especificando o programa de trabalho proposto pela organização social, estipulando as metas a serem atingidas, os prazos de execução, os critérios para a avaliação de desempenho e os limites para despesa com remuneração e vantagem a serem percebidas pelos dirigentes e empregados e, ainda, outras especificações que serão definidas pelas autoridades supervisoras da área de atuação da entidade.

É dentro deste contexto que Diogo Figueiredo Moreira Neto, analisando o fenômeno da publicização, por via de transferências administrativas de atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas como organizações sociais, relaciona como:

I. Requisitos formais para transferências de execução:

- 1) A qualificação específica do parceiro privado como organização social;
- 2) A celebração do contrato de gestão, discriminando atribuições, responsabilidade e obrigações do Poder Público e da organização social;
- 3) A submissão da execução do contrato de gestão à fiscalização do órgão ou entidade supervisora.

II. Requisitos materiais:

- 1) a especificação do programa de trabalho a ser desenvolvido, com metas e prazos de execução;
- 2) previsão de critérios objetivos da avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- 3) estipulação de limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens, de qualquer natureza, percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais (*RDA* [214] : 49-50).

Uma vez credenciada a entidade privada como organização social, é reconhecida como de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, ficando habilitada a se associar com o Poder Público, em parceria para fomento e execução de interesse público.

4. A fiscalização e o controle dos Contratos de Gestão

Não é demais deixar anotado que, sob o nosso ponto de vista, a instituição

Tribunal de Contas é essencial para a existência de um Estado Democrático de Direito. Assim, antes de mais nada, é necessário lembrar o óbvio: a *Constituição Federal* é a Lei Fundamental do Estado Brasileiro, o que significa dizer que suas normas possuem hierarquia superior, frente a todo universo legislativo infraconstitucional, e que a não observância de suas normas acarretam o mais alto nível de invalidade normativa, que é a sua inconstitucionalidade. Isto posto, sendo a Constituição um documento único, deve ser interpretado sistematicamente, posto que a interpretação isolada de suas normas pode levar o intérprete a equívocos e é esse o norte que deve reger o papel do Tribunal de Contas, no contexto da administração pública gerencial.

Assim, a Seção IX, do Capítulo I, Título IV, da *Constituição Federal* de 1988, no art. 70, disciplina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Mesmo considerando a riqueza do controle político propriamente dito, a cargo do Legislativo, nosso interesse estará, neste momento, voltado para aquele que, nos termos do art. 71, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas. Neste contexto, é importante ressaltar que ele integra o que se denomina de controle externo, isto é, o controle que o Legislativo exerce sobre a administração pública, com o auxílio do Tribunal de Contas, o qual, por implicar interferência de um poder nas atribuições dos outros, deve limitar-se às hipóteses previstas na *Constituição*, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Quando se pretende analisar o alcance da fiscalização a ser realizada, é preciso distinguir os dois enfoques, sob os quais o tema pode ser estudado, isto é: a quem nossa Lei Fundamental determina o dever de prestar contas, e sob que aspectos essas contas poderão ser controladas ou fiscalizadas.

Ao verificar o contido no parágrafo único do artigo 70, não cabe ao intérprete outra oportunidade do que concluir que a vontade do legislador constituinte reformador, volta-se apenas para a proteção dos recursos públicos, na medida em que dispõe que:

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, assumia obrigação de natureza pecuniária

ampliando o universo antes previsto que limitava-se a “qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre”. Esta ampliação veio atender aos anseios da administração pública gerencial, com as possíveis transferências das atividades administrativas para o setor privado, como no caso das organizações sociais e de outras entidades de cooperação.

Assim, não cabe mais questionar quem deve prestar contas. Havendo recursos públicos, não importa quem os utilize, guarde, gerencie ou administre, podendo ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, pois existe a obrigatoriedade, de um lado, de prestar contas e, de outro, de proceder a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e operacional sobre tais recursos. Tal afirmativa encontra respaldo no art. 71, I e II, da *Constituição Federal*, quando prevê, dentre as competências do Tribunal de Contas da União:

I. apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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.

Outra não é a posição do Supremo Tribunal Federal, que já teve oportunidade de se manifestar, no MS 21.644, no sentido de que: “O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens ou valores públicos, seja agente público ou não.” Na hipótese, tratava-se de presidente de associação de servidores de ministério, que recebia valores de empresas estatais para programas de assistência a servidores, o que levou o arresto a consignar que

Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas dos valores recebidos, quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses de comunidades deve contas ao órgão competente para fiscalização. (*RDA* [214]: 265)

Portanto, qualquer lei que retire os contratos de gestão firmados entre o Poder Público e os serviços sociais autônomos, entre o Poder Público e as agências

executivas, entre o Poder Público e as organizações sociais, bem como com outras entidades de cooperação, do controle do Tribunal de Contas, sob qualquer argumento é inconstitucional. Se tais contratos, além de estabelecerem metas de desempenho, veiculam o repasse de recursos públicos, devem estar sujeitos à necessidade de prestação de contas dos valores e bens recebidos do Estado.

O maior problema em relação à fiscalização que o Tribunal de Contas deve realizar é o que se refere à extensão dos aspectos a serem controlados. Do dispositivo contitucional, infere-se que, no que diz respeito à atividade controlada, a fiscalização abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial, o que permite a verificação da contabilidade das receitas e das despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos e diminuições patrimoniais.

Ao lado do aspecto anteriormente citado, o controle abarca, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

1. o exame da legalidade dos atos, isto é, a verificação de que a administração aplicou corretamente a lei;
2. o exame da legitimidade, o que permite examinar o mérito da atuação administrativa, para verificar se determinada despesa, embora não ilegal, foi legítima, no sentido de atender, por exemplo, prioridades estabelecidas no plano plurianual;
3. o exame da economicidade, que envolve também uma questão de mérito, para saber se o ato da Administração Pública atingiu seu objetivo, vinculando-o com o seu sucesso, se os meios utilizados foram os mais indicados, analisando, ainda, o ato do gestor vinculado ao resultado.

Quando aqui se faz referência à questão de mérito do ato, não se quer referir à essência da discricionariedade, à conveniência ou oportunidade do ato, mas no sentido da sua economicidade e eficiência, como aspectos a serem considerados na fiscalização operacional. Para tanto, a atual Lei Fundamental previu, no art. 71, IV, que pode o Tribunal de Contas, por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades referidas, no inciso II, do mesmo art. 1º.

Segundo o Professor João Feder, Conselheiro do Tribunal de Contas do Paraná, a fiscalização operacional que pode ser efetuada através de auditorias, é freqüentemente chamada dos três “es”, isto é, a que se ocupa pela economicidade, eficiência e efetividade:

Economicidade, aqui entendida no sentido de proceder de maneira econômica, a custo baixo e, se possível, ao custo mínimo. Ou seja, gastar menos. Eficiência no sentido de maximizar a produtividade com o mínimo de insumos. Ou seja, gastar bem. E efetividade no sentido de averiguar se foram atingidos os resultados programados. Ou seja, gastar racionalmente. (1997, pp. 91-92).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que, sob o aspecto controlado, a fiscalização prevista no art. 70 da *Constituição Federal*, deve ater-se, também, ao controle dos resultados, do cumprimento de programas de trabalho e de metas, “expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços” (1997, p. 490).

Antonio Roque Citadini, depois de ressaltar que, apesar dos Tribunais de Contas terem surgido com a preocupação do controle da legalidade dos atos de índole financeira da administração, nos dias de hoje, apresenta-se como absolutamente necessário, também o chamado controle de mérito, “que visa a apreciar se o ato da Administração Pública atingiu seu objetivo adequadamente e com o menor custo para a administração”.

O autor observa ainda que são utilizadas outras denominações para tal forma de controle que vai além da mera verificação formal e legal dos atos do gestor público: “controle de mérito, controle de auditoria, controle econômico, controle de economicidade, controle de gestão, controle de eficiência etc.”.

Assim, procura-se verificar a relação existente entre o serviço ou obra realizada e o seu custo, o ato do gestor vinculado ao resultado.

Ainda conclui Citadini que,

hoje, tanto melhor será o Tribunal de Contas quanto mais rápido adotar as novas técnicas de auditoria financeira, operacional, econômica ou de resultados, objetivando que a verificação do controle ultrapasse a mera legalidade dos atos de Governo (1995, pp. 19-20).

O professor Marçal Justen Filho, analisando a extensão da atuação dos Tribunais de Contas, anota que na *Constituição* anterior, a fiscalização externa envolvia apenas o exame da legalidade dos atos praticados, e que o art. 70, da atual *Constituição*, alarga esse universo na medida em que se refere à fiscalização da “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas”. Alerta ainda que a “nova redação não significa, porém, a atribuição de rever o mérito dos atos administrativos ou de invadir o âmbito de liberdade que

incumbia à autoridade administrativa que praticou o ato”. Portanto, não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos, no sentido da liberdade de avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. (1999, p. 635)

Justen Filho ainda registra a opinião da professora Weida Zancaner, quando considera que a “economicidade não está fora da legalidade, faz parte da legalidade. Não poderíamos imaginar que algo absolutamente antieconômico pudesse ser considerado legal”. (*Apud* JUSTEN FILHO, *ibidem*)

É importante ressaltar que a Emenda Constitucional Nº 19/98, ao implantar as bases da administração gerencial, não alterou a sistemática do controle interno e externo da administração, apenas determinou, de modo mais claro, no dispositivo anterior, que deve prestar 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.

Registre-se, por necessário, que o art. 75, da *Constituição*, disciplinou que as normas por ela estabelecidas, nesta seção, para nortear o controle externo e interno da administração, “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

Outro ponto polêmico quanto à necessidade de prestação de contas, por parte da entidade de cooperação, é o que se refere ao modo do exercício de seu controle, a obrigatoriedade da prestação direta ou oblíqua. O incremento das subvenções às entidades de cooperação não governamentais, propicia a necessidade de uma reflexão sobre a questão.

O professor Paulo Modesto, na condição de Promotor de Justiça do Estado da Bahia, emite, em 21 de setembro de 1999, com a inteligência que lhe é peculiar, parecer no qual analisa o entendimento do Tribunal de Contas da União, (Proc. TC nº 021.921/94-6, Ata nº 22/95, Decisão 230/95, Ministro-Relator Olavo Drummond), que desobrigou as Fundações de Apoio a Instituições de Ensino Superior de apresentarem diretamente as respectivas prestações ao Tribunal. Ressalta, então, que a prestação de contas indireta está condicionada à fiscalização do órgão ou entidade pública, o que

Traduz procedimento dependente, subordinado ao interesse e a efetiva

aptidão da entidade pública de administração, para uma fiscalização efetiva do contrato, do convênio, do termo de parceria, enfim, da boa aplicação dos recursos públicos destinados a organizações não governamentais. Lamentavelmente, a regra é que o procedimento primário de fiscalização seja deficiente, quando não completamente omissivo. A consequência é a ação tardia do sistema de controle das contas públicas.

Tem razão o professor Modesto, pois desta forma, são freqüentemente encontradas situações nas quais o Tribunal de Contas, depois de aprovar as contas do órgão ou entidade pública, toma ciência de irregularidades praticadas em convênios firmados entre tais entidades governamentais e instituições privadas. Tal fato manifesta a deficiência desse procedimento, principalmente porque coloca o órgão responsável pelo controle na incômoda posição de não poder referendar as irregularidades apuradas no convênio, embora já tenha aprovado, há vários anos, as contas da entidade pública que se omitiu de denunciá-las e apurá-las a seu tempo.

Neste momento, cabe perguntar: os Tribunais de Contas estão aparelhados para exercerem o controle sobre os contratos de gestão? É Antonio Roque Citadini quem nos dá a resposta:

Com as reformas na organização administrativa, cobra-se dos órgãos de fiscalização e controle uma rápida modernização nos métodos de verificação das contas públicas, de forma a não impedir a reestruturação do Estado. Os Tribunais ou Controladorias devem promover a fiscalização de forma ágil e desburocratizada, verificando a legalidade e economicidade dos atos, e incentivando o Estado a adotar formas de atuação menos onerosas, que atendam com maior rapidez as demandas sociais, através de técnicas modernas de auditoria para promover a verificação do mérito econômico do ato administrativo. (CITADINI, 1995)

A adoção de novos enfoques de controle, por parte do Tribunal de Contas, não deve invalidar os tradicionais. Deve, isto sim, colocar-se ao lado deles, para avaliar, também, os resultados da ação administrativa, apreciando-a sob o enfoque da economia, eficiência e efetividade, pois quanto mais consolidado for o regime democrático de um país, mais eficiente deve ser a atuação dos órgãos de controle sobre a ação estatal. (Cf. CITADINI, *op. cit.* pp. 115-116).

Outra não é a lição de Roberto Dromi quando afirma que

governo e controle parece ser a fórmula orgânica futura do poder, para que aos que mandem não lhes falte poder e para aos que obedecem não lhes

falte a liberdade, resguardada por controles idôneos que lhes assegurem qualidade e eficácia” (1997, p. 105).

Referências bibliográficas

CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997.

DROMI, Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá, 1980.

_____. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Ciudad, 1997.

FEDER, João. *Erário: o dinheiro de ninguém*. Curitiba: TCPR, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. *In: Dialética*. São Paulo, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *In: Revista de Direito Administrativo*. (214) : 55-56, [s.n.t.]

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Apontamentos sobre a reforma do Estado. *In: Revista de Direito Administrativo*. (214) : 36, [s.n.t.]

_____. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Coordenação gerencial na administração pública. *In: Revista de Direito Administrativo*. (214) : 49-50, [s.n.t.]