

A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas

Fernando Borges Mânica
Fernando Menegat

Resumo: O presente artigo analisa a figura do contrato de gestão celebrado entre a Administração Pública e as Organizações Sociais: sua natureza, o regime jurídico a que está (deve estar) submetido e as repercussões no que toca à metodologia de controle por parte dos Tribunais de Contas.

Palavras-chave: Organização Social. Contrato de gestão. Natureza jurídica. Controle. Tribunal de Contas.

Sumário: **1** Introdução – **2** O contrato de gestão com as Organizações Sociais – **3** Os contratos derivados do contrato de gestão e a natureza dos repasses de recursos às Organizações Sociais – **4** O controle das Organizações Sociais pelos Tribunais de Contas – **5** Apontamentos conclusivos

1 Introdução

A natureza jurídica do contrato de gestão — e as consequências daí advindas — merece a devida atenção por parte da doutrina jusadministrativista brasileira. Quer pela lacônica disposição da legislação federal atinente ao tema, quer pela pendente discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do ajuste,¹ fato é que tem se tornado lugar comum afirmar que os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OS) são *instrumentos congêneres* aos convênios.

Ao que parece, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, aliada à compreensão da lógica de surgimento e implementação das Organizações Sociais, permite chegar a conclusão diversa. O contrato de gestão possui natureza jurídica peculiar, própria, individualizada, de modo a não ser admissível tomá-lo por nenhum outro modelo de ajuste público-privado.

Por certo, não se descuida que discorrer acerca da natureza jurídica de tal ou qual instrumento ou instituto do Direito nada mais é do que propor, para esse dado, uma convenção. De nada adiantaria, nessa perspectiva, manter-se na abstração de definir qual a natureza jurídica do contrato de gestão, sem se pretender apontar as *consequências* que daí advêm na sua interpretação e aplicação diuturnas.

É por isso que a compreensão da natureza jurídica do contrato de gestão é necessária, porque supera a tentativa de fazer analogia de tal modalidade de ajuste ao convênio; e, principalmente, é útil, já que dele derivam importantes consequências, notadamente na sistemática de execução da avença e de controle das Organizações Sociais por parte dos Tribunais de Contas.

2 O contrato de gestão com as Organizações Sociais

Como se sabe, Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado, componentes do

denominado Terceiro Setor, que, despidas de finalidade lucrativa, auferem especial titulação após cumprirem requisitos específicos, previstos na lei da esfera federativa de sua qualificação (federal, estadual ou municipal).

Não se trata, atente-se, de um novo tipo de entidade: as Organizações Sociais são fundações ou associações como quaisquer outras pessoas jurídicas sem finalidades lucrativas; trata-se, isso sim, de uma *qualificação* especial auferida pela entidade que, por cumprir os requisitos previstos em lei, autoriza que ela celebre parceria — por meio do contrato de gestão — com o Poder Público para execução de determinada atividade de interesse público.

Nessa senda, veja-se o que expõe sobre tais entidades o *Caderno nº 2* do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), órgão federal que capitaneou o processo de inclusão dessa nova modalidade de qualificação no ordenamento jurídico brasileiro:

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público. [...]

As Organizações Sociais constituem uma inovação institucional, embora não representem uma nova figura jurídica, inserindo-se no marco legal vigente sob a forma de associações civis sem fins lucrativos.

Estarão, portanto, fora da Administração Pública, como pessoas jurídicas de direito privado. A novidade será, de fato, a sua qualificação, mediante decreto, como Organização Social, em cada caso.

O surgimento das Organizações Sociais deu-se no bojo de um amplo processo de reforma e redimensionamento do aparato estatal, denominado no Brasil de Reforma Gerencial. No que toca especificamente às Organizações Sociais, a ideia foi a de tornar mais enxuto o aparelhamento do Estado, repassando às entidades do Terceiro Setor que auferissem a qualificação de Organização Social a *gestão* de atividades de interesse público.

Com objetivo declarado de transformar a “lenta e morosa” Administração Pública Burocrática, típica do Estado Social agigantado e ineficiente, um dos principais focos da Reforma Gerencial foi justamente o do *controle*, na medida em que se substituiu, por meio de lei, o controle burocrático de procedimentos pelo controle gerencial de *resultados*. No que toca especificamente ao Controle, previu o Caderno do MARE anteriormente citado:

O Estado não deixará de controlar a aplicação dos recursos que estará transferindo a essas instituições, mas o fará por meio de um instrumento inovador e mais eficaz: o controle por resultados, estabelecidos em Contrato de Gestão. Além disso, a direção superior dessas instituições será exercida por um conselho de administração, com participação de representantes do Estado e da sociedade. Para evitar a oligarquização do controle sobre essas entidades, os mandatos dos representantes da sociedade estarão submetidos a regras que limitam a recondução e obrigam à renovação periódica dos conselhos.

Trazidas originalmente pela Medida Provisória nº 1.591/97, as Organizações Sociais foram formalizadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637/98, que tratou dos requisitos para sua

qualificação e delineou os contornos do ajuste que deveria ser formalizado entre Organização Social e Poder Público para a consecução dos objetivos e metas avançados: o contrato de gestão.

Conforme determinação da lei em referência, o contrato de gestão é "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 ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde". É pelo contrato de gestão, portanto, que se opera a transferência da execução de atividades de interesse público, qualificadas ou não como serviço público, definidas na própria Lei Federal nº 9.637/98.

O contrato de gestão, portanto, formaliza vínculo entre Poder Público e entidade qualificada como Organização Social, vínculo esse que se destina à formação de uma *parceria* voltada ao desenvolvimento de atividades que concretizem *interesse público primário* ou *secundário*,² e que podem ser classificadas tanto como atividades-fim da Administração Pública, quanto como atividades-meio (serviços intermediários de apoio a uma atividade-fim).

Nessa medida, o fato de a legislação de regência na esfera federal atribuir ao contrato de gestão a finalidade de (i) *fomento* de atividades de interesse social e (ii) *execução* de serviços de interesse público, não pode importar pura e simplesmente a recondução da figura ao campo dos convênios. Ora, como seu próprio nome já indica, o *contrato de gestão* importa a celebração de um ajuste entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, para que esta opere a *gestão* de determinado serviço, para tanto podendo ser a ela transferidos bens públicos e cedidos servidores públicos, nos termos da legislação de regência.

Nessa perspectiva, deve-se frisar que o verbo *fomentar* foi utilizado na legislação federal em seu viés amplo, de "oferecer estímulos positivos",³ com o sentido de *firmar parceria*, de *incentivar o desenvolvimento de ações e serviços*. Para Marcos Juruena Villela Souto, "é nesse contexto, de parceria e de incentivo ao setor privado que se estuda a função de *fomento*".⁴

Tal indicação pode ser extraída da segunda parte da expressão legal ("fomento e *execução de atividades*"), a demonstrar que o Poder Público firma parcerias com as Organizações Sociais para *exercer o fomento mediante a outorga da gestão* de determinados serviços de interesse público a uma entidade privada legalmente qualificada.

Trata-se da noção de fomento existente, por exemplo, no âmbito das microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/2006), as quais são fomentadas nas contratações públicas pelo oferecimento de vantagens competitivas criadas por lei e possivelmente incluídas nos editais de licitação em seu benefício.

No caso dos contratos de gestão com Organizações Sociais, a atividade de fomento materializa-se por meio da própria contratação: a entidade qualificada como OS terá a oportunidade de desenvolver atividades de interesse público, por meio de um vínculo contratual que disciplina o repasse de recursos, bem como a cessão de bens e servidores públicos para a execução de tal mister.

Nessa medida, as Organizações Sociais devem ser compreendidas como entidades híbridas que, embora não pertencentes à estrutura administrativa, recebem o influxo de normas de natureza

publicística na medida em que submetidas à observância de alguns princípios impostos à Administração Pública, consoante bem notado pelo Tribunal de Contas da União no *Acórdão nº 601/2007*, 1ª Câmara:

[...] devido à sua característica publicista, as OS submetem-se a regime híbrido, marcado pela dominância de regras de Direito Privado, porém com simultânea preponderância de princípios de Direito Público.⁵

Na comparação com modelos de ajuste até então previstos no ordenamento pátrio, pode-se perceber a discrepância do contrato de gestão tanto com os convênios quanto com os tradicionais contratos, o que faz com que a doutrina seja vacilante, ora relacionando o contrato de gestão com o convênio, ora com o contrato administrativo.

É assim que, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que “a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada”, de modo que “é incontestável que sua natureza se aproxima muito mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos”.⁶

No mesmo passo, aduz José dos Santos Carvalho Filho:

A despeito da denominação adotada, não há propriamente *contrato* nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro *convênio*, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a *objetivos de interesses comuns*. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.⁷

Deve-se notar, no entanto, que os convênios são instrumentos de índole, finalidade e operação absolutamente mais restritos se comparados ao contrato de gestão. Nos convênios, a ideia exclusiva é a *união de esforços*, a *comutatividade*, de sorte a alcançar objetivos comuns. Senão, traga-se a lume o texto do art. 1º, §1º, I, do Decreto Federal nº 6.170/2007:

§1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de *interesse recíproco*, em regime de mútua cooperação. (grifos nossos)

Nesse passo, o *Acórdão nº 564/2011* do Tribunal de Contas da União assenta que “No Convênio não há contraprestação, seja pecuniária ou em qualquer outra espécie, mas tão somente a mútua colaboração”.⁸

É esse o entendimento esposado por Sidney Bittencourt:

Dessa forma, o ajuste estará caracterizado como contrato, independentemente da denominação a ele atribuída, enquanto existirem partes: uma pretendendo um objeto (obra, serviço, material etc.)

e outra aspirando à contraprestação estabelecida (normalmente o valor avençado em dinheiro, ou seja, o preço estipulado, ou mesmo qualquer outro benefício ou vantagem). Por conseguinte, *na existência de pagamento, caracterizado estará o contrato.*⁹

Ora, não há no contrato de gestão mera “comunhão de esforços” para atingir finalidade comum. Tal comunhão existe, como existe em diversas outras modalidades contratuais — afinal de contas, sabe-se que hodiernamente se reconhece a *colaboração* entre as partes como uma de suas características centrais dos contratos.¹⁰ Como bem resumiu Calixto Salomão Filho:

A concepção clássica do contrato sempre viu nele representados interesses contrapostos. A disciplina passou então a ser interpretada em função dessa concepção, de contraposição de interesses. O que se pretende demonstrar é exatamente o oposto, *i.e.*, de que o contrato só tem sentido lógico e teleológico enquanto disciplina criadora de convergência de interesses entre as partes, enquanto estrutura capaz de organizar os interesses das partes conflitantes.¹¹

Assim, ainda que haja nos contratos de gestão a soma de esforços, convergência de interesses em prol da satisfação de interesses comuns, tal característica não faz de um contrato de gestão um convênio. Isso porque (i) a soma de esforços não é peculiaridade dos convênios; (ii) o contrato de gestão não possui outras características típicas dos convênios, como a precariedade do vínculo; e (iii) o contrato de gestão possui outras características próprias dos contratos administrativos, como o repasse de recursos em caráter contraprestacional.

Daí se deduz que a lógica das *parcerias* formalizadas por convênios e por contratos de gestão é absolutamente diversa (tanto é que estão encartadas em diplomas legislativos diversos). Não é senão por isso que a Portaria Interministerial nº 507/2011, que prevê regras para a celebração de convênios, contratos de repasse e termos de cooperação no âmbito da Administração Pública Federal, exclui expressamente de seu campo de incidência as Organizações Sociais:

Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§1º Aplicam-se aos contratos de repasse as normas referentes a convênios previstas nesta Portaria. [...]

Art. 2º *Não se aplicam as exigências desta Portaria:* [...]

III - *aos contratos de gestão* celebrados com Organizações Sociais – OS, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. (grifos nossos)

No contrato de gestão não se está diante, portanto, de mera soma de esforços para realização de atividade de interesse público, mas também de execução de serviços necessários ao bom funcionamento da Administração Pública na específica área da parceria. Tais serviços, que fazem parte do objeto social da entidade privada qualificada, podem ser contratados e pagos normalmente, mediante típico contrato administrativo, de caráter estável e de natureza contraprestacional.

Note-se que o fato de o contrato de gestão implicar a formação de *parceria* entre o Poder Público e a Organização Social em nada afeta a possibilidade de haver caráter contraprestacional envolvido

na avença. Afinal, é cediço que a expressão “parceria” não aponta num único sentido.

Nesse sentido, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *parcerias* são “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre o setor público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos [...]”.¹²

Já para Carlos Ari Sundfeld, são características das parcerias a existência de interesses comuns, a formação de uma relação contínua e a execução prolongada no tempo. Segundo o autor, variados são os exemplos de parcerias público-privadas, as quais *podem ou não envolver caráter contraprestacional*, como a concessão de serviço público, os contratos de gestão com Organizações Sociais e os termos de parceria com as OSCIP.¹³

Se o raciocínio linguístico “parceria = convênio” fosse verdadeiro, a Lei Federal nº 11.079/2004, instituidora das parcerias público-privadas, estaria a tratar de hipótese de “convênio de concessão de serviço público”, o que, obviamente, não é o caso, conforme art. 2º da Lei:

Art. 2º *Parceria* público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (grifos nossos)

De outra banda, autores como Marçal Justen Filho entendem terem os contratos de gestão natureza similar à dos contratos administrativos de delegação de serviços, senão veja-se:

[...] a apuração das vantagens auferíveis pelo Contrato de Gestão é extremamente *similar ao que se passa no regime de concessões*. Sob um certo ângulo, *Contrato de Gestão e concessão são similares*, já que em ambos o particular se obriga a desenvolver certos esforços em relação a terceiros. A vantagem auferível através de Contrato de Gestão é semelhante àquela que se pode obter por via de concessão.¹⁴

Nesse sentido, a própria Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aproxima o contrato de gestão do convênio, consoante anteriormente citado, reconhece a possibilidade de delegação de serviços por esse instrumento:

Quanto ao Contrato de Gestão, servirá de instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. [...] Aparentemente, a organização social vai exercer *atividade de natureza privada*, com incentivo do poder público, e não serviço público delegado pelo Estado. Todavia a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade *delegada pelo poder público* [...].¹⁵

De modo ainda mais categórico, Fernando Borges Mânica admite expressamente a possibilidade de os contratos de gestão figurarem como instrumentos de parceria voltados à outorga de serviços públicos:

[...] nos casos em que tal modalidade de vínculo [contrato de gestão] for utilizada para a transferência de atividades qualificadas como serviço público a serem desenvolvidas pelo agente privado sob o respectivo regime jurídico, não se tratará de fomento, mas de *delegação de serviço público*.¹⁶

Nesse bordo, insta ressaltar que o contrato de gestão deve garantir estabilidade ao parceiro privado; afinal de contas, se a atividade cuja gestão é transferida ao parceiro privado possui relevância pública, sua devida prestação tende a ser contínua. Diante disso, a interpretação da lei de regência dos contratos de gestão deve ser baseada, também por esse motivo, na Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/95), e não na disciplina normativa dos convênios, conhecidos, como já dito, por sua precariedade.

Sem perder de vista a natureza do ajuste, para se perceber o caráter contratual albergado pelo contrato de gestão, basta ter em mente o conteúdo do art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se *contrato todo e qualquer ajuste* entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, *em que haja um acordo de vontades* para a formação de vínculo e a *estipulação de obrigações recíprocas*, seja qual for a denominação utilizada. (grifos nossos)

Tudo quanto foi dito parece suficiente para subsidiar a conclusão de que o contrato de gestão — como seu próprio nome já indica — não pode ser reduzido a um mero convênio: o contrato de gestão com Organizações Sociais possui *características próprias* e a ele se aplicam regras próprias, muitas das quais incidentes sobre os contratos administrativos, compatibilizando-se em certa medida à definição da Lei nº 8.666/93. Nessa ordem de ideias, não é possível — nem plausível — reconduzir a figura do contrato de gestão àquela do convênio, tanto menos, pura e simplesmente, à do contrato administrativo.

Para Egon Bockmann Moreira, os vínculos gerados pelos contratos de gestão aproximam-se da definição de “procedimentos de aparência contratual” feita por Laubadère e Venezia, visto que se trata de “convenções que certamente repousam sobre um acordo de vontades, mas comportam certas estipulações bastante heterogêneas”.¹⁷ No mesmo passo, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o contrato de gestão é uma variedade de *acordo de programa*, contendo um “acordo de vontades concorrentes, em que se programam atuações específicas e exercícios de competências legalmente flexibilizados, que visam ao atingimento de resultados”.¹⁸ É por isso que Gustavo Justino de Oliveira sustenta que “a figura jurídica do *acordo administrativo* é a que melhor qualifica os contratos de gestão brasileiros”, na medida em que inserido no quadro da Administração Pública Consensual.¹⁹

Trata-se — e aqui está o ponto nodal — de figura própria, a meio caminho entre o contrato e o convênio, que não pode ser classificada estaticamente a um dos lados sem se cometerem graves equívocos interpretativos: um deles, de acordo com Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, é o “risco de exigência de que entidades do Terceiro Setor *mimetizem comportamentos de Estado*”, como se “sua ação fosse mera extensão da atividade estatal” e “os recursos que lhes são dados estivessem sempre gravados como estatais”.²⁰

Um grande erro que não pode mais ser repetido corresponde à tentativa de classificar novos modelos de atuação administrativa em velhos conceitos. Esse “fetiche pelos conceitos” conduz a conclusões absolutamente equivocadas e incompatíveis com inovações que acabam sendo reconduzidas a modelos antigos. O contrato de gestão, portanto, deve ser encarado como um novo

modelo de ajuste, previsto por legislação própria e detentor de características específicas.

Reconduzi-lo pura e simplesmente à figura do convênio ou do contrato é atitude flagrantemente inadequada e deflagra miopia ao se tentar enxergar um instrumento por muito menos do que ele realmente é; não se pode admitir a universalidade da tradicional descrição do convênio, que não abarca toda a realidade das parcerias. É por isso que, se por um lado é equivocada a equiparação do contrato de gestão ao convênio, é também inadequada, com o devido respeito, a afirmação de que são “pura e simplesmente contratos administrativos”.²¹

Ao cabo, conclui-se ser o contrato de gestão figura nova, que compõe um *tertio genus* entre o contrato e o convênio. Por isso mesmo, tem razão Egon Bockmann Moreira ao atribuir aos contratos de gestão a natureza jurídica de *acordos cooperativos funcionalizados*, ou seja, manifestações plurilaterais de compromisso,²² contanto que se reconheça que a expressão “cooperação” não se vincula a um suposto caráter convenial da parceria em questão, e que admita a existência de contraprestação.²³

Essa natureza jurídica peculiar merece ser bem compreendida para que sua fiscalização seja efetivamente realizada pelas Cortes de Contas do Brasil, sob pena de descumprimento de suas funções institucionais.

3 Os contratos derivados do contrato de gestão e a natureza dos repasses de recursos às Organizações Sociais

Os serviços necessários à execução da atividade de interesse público que são objeto do contrato de gestão firmado entre as partes, bem como os que sejam de alguma forma relacionados ao objeto pactuado, de interesse da Administração contratante, podem ser previstos no próprio instrumento de ajuste e podem ser contratados especificamente junto à Organização Social parceira por meio de contrato administrativo de prestação de serviços. Nesse espectro, o art. 24, XXIV, da Lei Federal de Licitações (Lei nº 8.666/93) prevê a possibilidade de utilização do procedimento de *dispensa de licitação*, senão veja-se o teor de referido dispositivo:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

XXIV - 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*.

Tal dispositivo, ao prever a possibilidade de dispensa de licitação para celebração de *contratos derivados do contrato de gestão*, não quis senão reforçar o caráter peculiar de tal figura, consoante exposto no tópico precedente.

Mister notar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento (ainda não concluído) da ADI nº 1.923, já afirmou a constitucionalidade de referido dispositivo. Do voto do Ministro Ayres Britto colhe-se:

[...] tenho que não viola, em linha de princípio, a Constituição Federal o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98.

Não foi diverso o entendimento do Ministro Luiz Fux:

Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de *indução de determinadas práticas sociais benéficas*. [...]

Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi *fomentar*²⁴ a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais.²⁵

A celebração de contratos administrativos com fulcro no permissivo em comento inaugura nova espécie de relação jurídica entre a Administração Pública e a Organização Social, relação esta que deriva do contrato de gestão e que, portanto, revela seu caráter contraprestacional. Assim, verifica-se a opção do administrador público — em face da conveniência e oportunidade, em especial relacionada à mutabilidade do interesse público — na escolha da celebração de (i) um contrato de gestão que abarque todas as prestações da entidade privada e contraprestações do Poder Público ou (ii) de um contrato de gestão que preveja as metas a serem alcançadas por meio de prestações e contraprestações previstas em instrumentos contratuais próprios (derivados do contrato de gestão).

Nada impede, portanto, que haja sucessivas contratações, pelo devido processo legal de dispensa, de outras atividades relacionadas ao contrato de gestão e que não foram ajustadas quando de sua celebração original: até a necessidade de que sejam a si prestados serviços de natureza congênere, o Poder Público pode aproveitar a *expertise* da Organização Social parceira, contratando-a mediante procedimento de dispensa de licitação (art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93) para que preste serviços envolvidos na área da parceria. Tais caracteres atestam e concretizam a afirmação antes feita: a de que o contrato de gestão é instrumento novo, inconfundível com o clássico contrato e com o convênio, possuindo natureza absolutamente *sui generis*.

Nessa perspectiva, anote-se que os contratos administrativos celebrados com arrimo no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, decorrentes do contrato de gestão, devem ser claros em prever o efetivo pagamento mensal de recursos públicos à Organização Social a título de contraprestação pelos serviços de gestão prestados. Assim, se de um lado o contrato de gestão pode ser compreendido como um ajuste com características próprias, os contratos celebrados com fulcro no contrato de gestão são, certamente, contratos administrativos.

Nessa senda, faz-se necessário também diferenciar os títulos por meio dos quais são formalizados os repasses de recursos às Organizações Sociais. Afinal, a partir do momento em que fica evidenciada sua natureza contraprestacional, há que se abandonar a modalidade *transferência* para acolher-se a noção de *pagamento*.

Dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000):

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por *transferência voluntária* a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

No mesmo passo, a Lei nº 4.320/64:

Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: [...]

§2º Classificam-se como *Transferências Correntes* as dotações para despesas as quais *não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços*, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

De tais dispositivos se extrai, com clareza solar, que o repasse de recursos a título de *transferência voluntária* está estritamente vinculado à existência de um vínculo de base legal ou *convenial*, ou seja, respeitante à existência de uma relação jurídica comutativa entre as partes.

Nessa medida, não se confunde o repasse a título de transferência voluntária com o repasse de verbas públicas a título de *contraprestação* por serviços prestados: aqui não se está a falar de transferência, e sim de autêntico *pagamento*. Em assim sendo, enquanto no ato de pagamento subjaz um instrumento de índole contratual, no ato de transferência voluntária subjaz um convênio ou instrumento congênere.

Considerando o caráter específico do contrato de gestão, conforme demonstrado, é lícito concluir que os repasses de verba pública envolvidos em um contrato de gestão não possuem a caracterização de *transferência voluntária* de recursos, mas sim, *pagamento* a título de contraprestação pelos serviços de *gestão* prestados pela Organização Social parceira. O *contrato de gestão*, repese-se, não tem como objeto o incentivo ao desempenho de atividades privadas dotadas de relevância social, mas sim a transferência da gestão de tais atividades a uma entidade privada qualificada como Organização Social.

Não é diverso o entendimento de Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza:

[...] nos modernos vínculos de parceria observa-se que a *Administração Pública assume obrigações de pagamento ao parceiro privado em contraprestação por serviços prestados, numa relação sinalagmática tal qual ocorre em típicos contratos de prestação de serviços*. Os vínculos de parceria assumem, desse modo, *caráter contraprestacional e contratual*, que não costumavam ter antigamente. Um dos resultados importantes deste fenômeno [...] é o de que os *recursos financeiros dados em pagamento pelo parceiro estatal são recebidos, pelo parceiro privado, como recursos privados*, devendo ser reconhecida a este último certa flexibilidade no seu gerenciamento, à semelhança do que ocorre num típico contrato de prestação de serviços.²⁶

Uma visão contemporânea das parcerias entre Estado e Terceiro Setor envolve necessariamente, portanto, a compreensão de que o contrato de gestão, pela sua natureza peculiar, envolve o *pagamento* pelo Poder Público por serviços prestados pela OS parceira, ante a natureza das obrigações assumidas pelas partes nessas modalidades de parceria.

O TCU, no *Acórdão nº 421/2004*, expressamente reconhece a *prestação de serviços* por Organizações Sociais:

Os requisitos de aplicação do dispositivo são, portanto, referentes a dois aspectos, isto é, a pessoa do contratado (“Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo”) e o objeto da contratação (“*prestação de serviços* para atividades contempladas no Contrato de Gestão”). [...]

No que tange ao objeto da contratação, a legislação também traz restrições. A primeira delas se refere à natureza desse objeto, que é limitada pela lei à *prestação de serviços*. Conseqüentemente, não há amparo legal para que a Administração se valha da contratação direta de Organizações Sociais para a execução de obra ou a realização de compras, tomadas na acepção do art. 6º, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93. A segunda restrição trata da espécie de serviços a serem objeto da contratação. Neste caso, não é todo e qualquer serviço que pode ser contratado, visto que a norma autoriza expressamente apenas a contratação daqueles serviços inseridos no âmbito das atividades constantes do Contrato de Gestão firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada na forma dos arts. 5º a 7º da Lei nº 9.637/98.²⁷

Tal posicionamento encontra respaldo doutrinário em Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O objeto é necessariamente prestação de serviços referente a uma atividade que consta do Contrato de Gestão. [...] Importa assinalar que o objeto não é o Contrato de Gestão, mas um serviço, uma atividade, um trabalho. Esse guarda pertinência com o Contrato de Gestão e com a finalidade da Organização Social.²⁸

Ora, em não sendo o contrato de gestão instrumento congênere ao convênio, como se demonstrou, e em possuindo natureza jurídica absolutamente peculiar, é nítida a inaplicabilidade, em absoluto, do conceito de “transferência voluntária” para qualificar os repasses de recursos envolvidos no instrumento: há verdadeiro pagamento, pois a parceria instrumentalizada pelo contrato de gestão envolve contraprestação por serviços prestados ao Poder Público.

Tanto isso é verdade que, ao se considerarem os contratos administrativos decorrentes do contrato de gestão e celebrados com base no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, não há dúvida de que se trata de contratos, pelo que toda e qualquer verba repassada possuirá a natureza de *pagamento*, nunca de transferência voluntária. É certo que na prática, por vezes, a previsão do repasse de verbas do Erário à Organização Social se dá diretamente no contrato de gestão, independentemente da celebração de contratos de prestação de serviços específicos. Tal ocorre quando os repasses de recursos visem concretizar as metas previstas no contrato de gestão, diretamente e imediatamente pela soma de esforços prevista no referido ajuste.

Nesse caminho, é imperioso esclarecer que ainda que a Organização Social afigure verbas públicas exclusivamente pela via direta do contrato de gestão (ou seja, imaginando-se a hipótese de inexistência de contratos administrativos celebrados com base no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93), a conclusão remanesce inalterada: o contrato de gestão é figura autêntica, e a verba repassada à Organização Social parceira deve revestir-se do caráter de *contraprestação*.

Nos casos de *pagamento por contraprestação*, o recurso, originariamente público, passa a ser *privado*, posto que repassado por instrumento de características contratuais, afastando a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 70 da CF às Organizações Sociais. É o que expõem Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza: “[...] *tal como se passa num contrato administrativo de prestação de serviços*, os recursos financeiros estatais, uma vez transferidos ao parceiro não estatal, tornam-se privados”, de sorte que:

o modo de gestão dos recursos financeiros transferidos está mais próximo, na moderna parceria, do ‘modelo gerencial de gestão’, focado no alcance de resultados, que do “modelo burocrático de gestão”, focado na execução do orçamento a qualquer custo [...] Dúvida não pode haver, portanto,

de que nas modernas parcerias do Estado com o Terceiro Setor, assemelhadas que são a contratos de prestação de serviços, a prestadora — uma entidade não estatal — recebe do Estado pagamentos em contraprestação por serviços prestados, sendo estes recursos, uma vez recebidos, de natureza privada e gerenciamento flexível [...].²⁹

Essa compreensão de que os recursos repassados à Organização Social para a execução do contrato de gestão constituem contraprestação e, por isso, tornam-se recursos privados, impacta de modo intenso no modelo de controle a ser exercido pelos Tribunais de Contas sobre a execução do ajuste. É evidente que o controle deve existir e deve ter como parâmetro as metas definidas no próprio contrato de gestão, mas o exercício do controle não segue o mesmo padrão de controle exercido por entidades fomentadas pelo Estado por transferências voluntárias decorrentes de convênios.

4 O controle das Organizações Sociais pelos Tribunais de Contas

Não há consenso quanto à incidência e à extensão do controle dos Tribunais de Contas sobre as Organizações Sociais.

Num primeiro momento difundiu-se, por decorrência de uma interpretação extensiva do art. 70 da Constituição Federal, e lastreada na suposta natureza estritamente conveniente do ajuste, o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como Organizações Sociais deveriam se submeter a controle direto e exaustivo por parte das Cortes de Contas.

Tal entendimento vingou no Tribunal de Contas da União até 2007, quando a Corte de Contas suprema reviu seu posicionamento. A partir daí, o TCU instituiu interpretação segundo a qual às Organizações Sociais não pode ser dispensado tratamento idêntico àquele endereçado a outras entidades conveniadas, eis que se trata de entidades e ajustes com estruturas, objetos e finalidades absolutamente diversos.

Nessa linha, segundo o *Acórdão nº 1.952/2007* da Corte, quem deve prestar contas acerca do contrato de gestão é o ente público que o firmou, e não as entidades qualificadas como Organizações Sociais:

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

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

Assim, as naturezas jurídicas de código 8 dos Anexos II a XI, quando entidades públicas irão compor o código 3 e quando entidades privadas serão retirados dos Anexos do Anteprojeto. No entanto, os relatórios de gestão dos supervisores dessas entidades, tanto públicas, quanto privadas, deverão conter informações sobre o acompanhamento e a avaliação dessas entidades que celebraram Contrato de Gestão, conforme disposto no item 19 da parte 2 do Anexo II do

Anteprojeto.³⁰

Diante desse entendimento, as Organizações Sociais foram desobrigadas de prestar contas de suas atividades. Inclusive, essa decisão balizou a Decisão Normativa nº 96/2009, que alterou a Decisão Normativa nº 93/2008,³¹ no sentido de suprimir as Organizações Sociais como entidades prestadoras de contas.

Com base em tal pressuposto, portanto, o Tribunal de Contas da União passou a compreender que as Organizações Sociais, por conta da natureza específica de seus vínculos com o Poder Público (que não podem ser confundidos com convênios), não estão obrigadas a prestar contas diretamente à Corte de Contas, e sim apenas ao parceiro público contratante, nos termos da legislação federal.

Nesse sentido é a opinião de Luiz Arnaldo da Cunha Junior:

Os órgãos e entidades de controle devem adequar a sua atuação em relação ao terceiro setor, restringindo-se a instituir um relacionamento público-privado e sua comprovação de resultados, e não impondo instrumentos públicos a estes. *Alguns órgãos de controle estão extrapolando suas atribuições, com fundamento em interpretações distorcidas dos marcos legais vigentes.*

A atuação dos órgãos e entidades de controle está asfixiando os modelos derivados, sem qualquer preocupação com os serviços prestados ou os bens produzidos para a sociedade.³²

A demonstrar incerteza sobre o tema, o próprio Tribunal de Contas da União em data posterior acatou sugestão da Controladoria-Geral da União, e voltou a considerar obrigatória a prestação de contas por parte das Organizações Sociais, contanto que tal se desse "até a definição de uma melhor forma de apresentação das informações sobre a gestão dessas entidades".³³

Ainda demonstrando titubeação sobre o tema, o Acórdão nº 3.041/2010 do TCU posicionou-se afirmando que é o Tribunal de Contas quem define a forma de fiscalizar as entidades *receptoras de transferências* sujeitas à sua jurisdição, "podendo ser ou pelos procedimentos de auditoria ou pela análise de relatório de gestão anual ou pelo julgamento dos processos de contas requisitados, podendo, ainda, executar todas essas ações simultaneamente em relação a uma mesma unidade jurisdicionada".³⁴ Outrossim, o procedimento para prestação de contas será definido, conforme referido Acórdão, por decisões normativas proferidas anualmente.

Em outras palavras: o Tribunal de Contas da União já adotou no mínimo três entendimentos diversos a respeito da prestação de contas por Organizações Sociais. Isso comprova que o tema é incerto, permeado de dúvidas, e que não se tem discutido com a profundidade necessária sobre a natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais.

Merece destaque no tratamento dado às Organizações Sociais o caminho percorrido pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que criou, por meio da Resolução nº 28/2011, o Sistema Integrado de Transferências (SIT), portal a ser utilizado pelas entidades para prestação de contas referentes a convênios, contratos de gestão, termos de parceria e "instrumentos congêneres". Foi, por certo, um movimento positivo de tentativa de submissão das entidades do assim chamado Terceiro Setor ao necessário e constitucionalmente vincado controle por parte do Tribunal de Contas do Estado. No entanto, tal instrução acabou por impor os mesmos deveres a entidades do Terceiro Setor que possuem vínculos tão distintos quanto convênios, contratos de gestão e contratos administrativos.

Nesse caminho, consoante se extrai do *Acórdão nº 850/2012*, Tribunal Pleno do TCE-PR, o próprio TCE-PR já se apercebera da inconsistência de tal posicionamento generalizante, ou ao menos de sua não aplicabilidade incondicionada, tanto é que, em referido *Acórdão*, que serviu de resposta à Consulta nº 323704/2010 realizada pelo Município de Curitiba, concluiu, no que toca à prestação de contas por parte de Organizações Sociais Municipais, que:

(i) caso a Organização Social parceira seja apresentada como executora direta das determinações da lei orçamentária, a prestação de contas não se efetuará nos moldes da Resolução nº 28202011;

(ii) caso não haja a previsão de disciplinamentos particulares para a comprovação da destinação dos recursos públicos, a prestação de contas deve se efetivar nos moldes da Resolução nº 03/2006 do TCE, agora substituída pela Resolução nº 28/2011.³⁵

Nesse sentido, em decisão recente, datada de junho de 2013, o Tribunal de Contas Araucariano reconheceu a peculiaridade do contrato de gestão em face dos convênios e, por isso mesmo, afastou a incidência da supracitada Resolução nº 28/2011. Trata-se do *Acórdão nº 1.782/2013*, Pleno do TCE-PR, assim ementado:

Consulta. Prestação de contas. Organizações Sociais. Natureza jurídica própria. Acordo Administrativo Colaborativo. Análise e controle diferenciados. Adoção de mecanismos de fiscalização que considerem as especificidades do contrato de gestão e seus derivados. Recomendações.³⁶

Ao que parece, portanto, o TCE-PR será o primeiro Tribunal de Contas do país a definir de modo claro, objetivo e nos termos da lei e da Constituição a forma correta e ajustada de fiscalizar as Organizações Sociais, evitando o erro de simplesmente atirá-las no lugar comum dos convênios.

Nessa direção, é necessário que se consolide, de uma vez por todas, o correto entendimento acerca da natureza dos vínculos estabelecidos a partir do contrato de gestão, para que, assim, determine-se a melhor metodologia de prestação de contas.

A fim de traçar esse itinerário, constata-se que a própria lei federal das Organizações Sociais traz os parâmetros para fiscalização, notadamente ao considerar que a Organização Social não é mera gestora de recurso público, mas autêntica prestadora de serviços contratados pelo Estado.

Nesse mister, a legislação federal acerca das Organizações Sociais prevê o dever de fiscalização das parcerias pelos Tribunais de Contas (art. 8º da Lei nº 9.637/98);³⁷ contudo — e essa observação é crucial — tal dispositivo *não* menciona que a prestação de contas da Organização Social parceira aos Tribunais de Contas deve se dar diretamente, ou seja, mediante relacionamento direto da Organização Social com a Corte de Contas. Ao contrário, o teor do dispositivo dá a entender justamente o contrário: que não haverá prestação de contas diretamente ao Tribunal de Contas, visto que, nos termos do dispositivo em comento:

(i) o contrato de gestão é controlado *internamente* pelo Conselho de Administração designado;

(ii) o contrato de gestão é controlado *externamente* pelo órgão/entidade da Administração competente, que firmou o contrato;

(iii) o contrato de gestão é *fiscalizado* pelo Tribunal de Contas, e tal fiscalização baliza-se pela averiguação os aspectos *programático*,³⁸ *funcional*³⁹ e *finalístico*⁴⁰ do contrato de gestão, todos derivados da modalidade de controle *operacional*.⁴¹

Veja-se, portanto, que para além de balizar a atuação da Corte de Contas sobre o contrato de gestão na posição de fiscalizador eficiente, e não de controlador burocrata, a mesma lei delimita o espectro de abrangência de referida fiscalização. Ou seja: as OS, por conta de disposição legislativa expressa, estão obrigadas a se submeter à fiscalização externa do Tribunal de Contas do Estado. No entanto, o que não pode é o Tribunal de Contas, sob o pretexto de exercer sua competência constitucional, burocratizar o controle a um ponto em que a legislação federal não o tenha feito, em prol da eficiência na gestão pública.

Com base nesses delineamentos, a fiscalização do Tribunal de Contas sobre a atuação das Organizações Sociais só pode:

- (i) ater-se às previsões do contrato de gestão, visto que a prestação de serviços dele derivada submete-se às regras de controle próprias dos contratos administrativos, com vinculação ao alcance das metas pactuadas no ajuste base;
- (ii) pautar-se nas prestações de contas enviadas *pelo Poder Público* parceiro da Organização Social em questão, e não exigir da OS que preste contas direta e separadamente, porquanto sua função, neste caso, não é de controlador direto, e sim de fiscalizador;
- (iii) balizar-se pelos aspectos *programático* (ou seja, se as metas pactuadas estão de acordo com o programa pactuado), *funcional* (ou seja, se as atribuições das partes estão de acordo com a legislação) e *finalístico* (ou seja — e esse é o principal aspecto da fiscalização — se as metas pactuadas estão sendo cumpridas pelo parceiro privado).

Note-se que o *controle finalístico* é, em verdade, a essência da fiscalização a ser exercida pelos Tribunais de Contas no que toca às parcerias da Administração Pública. Aqui, a Corte de Contas analisa, por conta da prestação de contas enviada pelo Poder Público parceiro (contratante), quais metas foram pactuadas no contrato de gestão, quais as responsabilidades e encargos das partes, e quais os resultados práticos alcançados com a parceria (ou seja, se e *quais* metas foram cumpridas). É a esses aspectos do contrato de gestão que a fiscalização da Corte de Contas merece ocorrer por excelência.

Carlos Ari Sundfeld detectou de forma adequada a mudança no controle das parcerias:

Se antes, na parceria tradicional, não importava tanto um controle de resultados [...], importando — isto sim — um controle de meios ou burocrático, focado na gestão de recursos financeiros e na sua aplicação ao objeto, algo diverso se passa com o controle das parcerias modernas. Nestas importa sobremaneira o controle de resultados [...] *enquanto o controle da parceria tradicional focava-se na comprovação de gastos 'legítimos' pelo parceiro executor, como que a pretender capturar sua 'boa intenção' a partir de notas fiscais de dispêndios e recibos de pagamento, o controle da moderna parceria passou a se preocupar, com maior ênfase, com os resultados [...].*⁴²

O controle não é financeiro: é controle de eficiência, de cumprimento de metas, de economicidade, *de resultados*. Para tanto, a Corte de Contas pode, inclusive, exigir relatórios mensais de gestão ao

Poder Público, de sorte a acompanhar o atingimento de metas por parte da Organização Social. É essa a conclusão a que chegou Rodrigo Pagani de Souza em sua tese de doutoramento:

A necessidade de ênfase no controle de resultados existe por, ao menos, três razões: primeiro, de pouco adianta o controle de procedimentos se os resultados previstos não forem alcançados; segundo, ainda não se deu ao controle de resultados, na legislação brasileira, uma justa tentativa para que se possa vulgarizar a sua adoção para todo e qualquer vínculo de colaboração entre o Estado e entidade do terceiro setor; finalmente, o controle do Estado precisa de foco, sob pena de esvair-se em exigências burocráticas.⁴³

Nesse diapasão, os Tribunais de Contas não surgem mais como órgãos fiscalizadores fechados a aspectos técnicos, mas sim como órgãos abertos à realidade, às suas complexidades e vicissitudes, bem como à necessidade de atribuir maior eficiência aos gastos públicos (e ao seu controle). Tal conclusão implica reconhecer que os servidores das cortes de contas não podem mais assumir o papel de burocratas controladores de notas fiscais, mas sim de garantidores do perfeito e eficiente cumprimento dos deveres da Administração Pública.

Justamente por isso, o entendimento aqui propalado, ao contrário do que se pode extrair de uma primeira leitura apressada, reforça o papel dos Tribunais de Contas brasileiros, que passam a ser mais eficientes e inteligentes no controle das parcerias com a Administração Pública.

5 Apontamentos conclusivos

O contrato de gestão não possui natureza jurídica de *convênio*, visto que possui reforçada em sua essência a natureza de *contrato*. Trata-se, como argumentado, de instituto com características próprias, que não pode ser interpretada caindo-se no lugar comum do “instrumento congênere ao convênio”.

Referido ajuste não importa o nascimento de uma relação jurídica em regime de mútua colaboração entre as partes, mas sim de uma miríade de relações que contêm a gestão contraprestacional de serviços de interesse público. O contrato de gestão não é instrumento congênere ao convênio, não implica *transferência* de recursos, e não é instrumento celebrado em regime de mera colaboração.

E mais: em muitos casos, sequer é o contrato de gestão que prevê o repasse das verbas que o Tribunal de Contas pretende fiscalizar; é o caso dos contratos administrativos celebrados nos termos do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, ou seja, *contratos de prestação de serviços* decorrentes do contrato de gestão que oficializa a parceria.

O contrato de gestão submete-se à fiscalização pelos Tribunais de Contas, até mesmo por expressa dicção da Constituição Federal. No entanto, a atuação dos Tribunais de Contas sobre as parcerias firmadas é balizada pelo próprio ordenamento jurídico pátrio, que prevê (i) a necessidade de delimitação do controle ao contrato de gestão, até porque a prestação de serviços, prevista no próprio instrumento de ajuste ou em contratos celebrados conforme art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, possuem caráter contraprestacional; (ii) que o controle deve pautar-se nas prestações de contas enviadas *pelo Poder Público*, e não exigir da Organização Social que preste contas direta e separadamente, porquanto sua função, neste caso, não é de controlador direto, e sim de

fiscalizador da parceria; (iii) no que toca à análise da prestação de contas do parceiro público, a fiscalização da Corte de Contas deve ater-se aos aspectos *programático, funcional e finalístico*.

Em tal análise, deve a Corte de Contas evitar o lugar comum dos rótulos e compreender que a parceria instituída pela via do contrato de gestão pode envolver prestação de serviços mediante pagamento, não sendo um simples "convênio de gestão".

A linha de raciocínio aqui firmada contribui para o fortalecimento dos Tribunais de Contas brasileiros, na medida em que, ao definir o modelo de controle dos contratos de gestão, os entes controladores reafirmam sua competência e racionalizam sua metodologia de controle, na exata medida em que se distingue a peculiar figura do contrato de gestão de um conceito residual, equivocado, incerto e inócuo como o do "instrumento congênere" ao convênio.

Legal Aspects of the Management Agreement with Social Organizations and their Impacts in Brazilian Court of Auditors' Control System

Abstract: This article analyzes the figure of the Management Agreement, celebrated between Public Administration and Social Organizations: its nature, the legal regime in which it is (should be) submitted, and the implications regarding the methodology of control by Brazilian Court of Auditors.

Key words: Social organization. Management agreement. Legal nature. Control. Court of auditors.

Recebido em: 06.05.2013

Aprovado em: 1º.07.2013

¹ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.923. Rel. Min. Ayres Britto.

² Adotando-se a distinção feita em: ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

³ Veja-se, nesse sentido, a afirmação de Marcos Juruena Villela Souto, para quem "a expressão 'estímulos positivos' ao exercício da atividade econômica privada é bem mais ampla que a de 'fomento', nela abrangida", na medida em que "enquanto o fomento é um incentivo ao desempenho de determinada função de interesse do agente fomentador, o 'estímulo positivo' envolve a criação de um cenário favorável aos investimentos" (Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor: empresas e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 17).

⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 601/07, 1ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz. *Diário Oficial da União*, 26 mar. 2007.

- 6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 263.
- 7 CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 386.
- 8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 564/2011, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro. *Diário Oficial da União*, 15 mar. 2011.
- 9 BITTENCOURT, Sidney. *Manual de convênios administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 22-23, grifos nossos.
- 10 Sobre o tema: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 189 *et seq.*
- 11 SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 51, jan./mar. 2007.
- 12 DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*, p. 40.
- 13 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.
- 14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 331, grifos nossos.
- 15 DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*, p. 268-269, grifos nossos. Na mesma direção caminha o pensamento de Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza: “O moderno exercício da atividade de administração pública envolve com frequência a colaboração entre entes estatais e entidades privadas sem fins lucrativos e de fins públicos integrantes do chamado Terceiro Setor. Tal colaboração faz-se comumente por meio de vínculos jurídicos de parceria, os quais objetivam a prestação de serviços de relevância pública à população. [...] *Uma característica desses vínculos merece atenção: eles estão se contratualizando*” (As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 43).
- 16 MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 241, grifos nossos.
- 17 MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR Leila. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. v. 1, p. 269.
- 18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 191.
- 19 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.

241.

20 SUNDFELD; SOUZA. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *In*: SUNDFELD (Org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 46.

21 BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 230.

22 MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR Leila. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. v. 1, p. 274.

23 A definição de contratos como “ajustes em que há interesses antagônicos”, em detrimento dos convênios, em que há mútua cooperação e colaboração, não pode ser encarada de forma absoluta. Sobre o tema, cf.: MÂNICA. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, p. 216 et seq.

24 Note-se, com base no excerto destacado do voto (“indução de determinadas práticas sociais benéficas”), que o verbo *fomentar* foi utilizado pelo Ministro em referida passagem em seu viés amplo, acima apresentado.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.923. Rel. Min. Ayres Britto.

26 SUNDFELD; SOUZA. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *In*: SUNDFELD (Org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 47, grifos nossos.

27 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 421/2004, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman. *Diário Oficial da União*, 29 abr. 2004.

28 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 522-523, grifos nossos.

29 SUNDFELD; SOUZA. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *In*: SUNDFELD (Org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 61-67.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.952/2007, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar. *Diário Oficial da União*, 21 set. 2007.

31 Essa decisão “define, para 2009, as unidades jurisdicionadas cujos responsáveis devem apresentar relatório de gestão referente ao exercício de 2008, especificando a forma e os prazos de sua apresentação e o seu conteúdo, nos termos do artigo 3º da Instrução Normativa TCU nº 57, de 27 de agosto de 2008”.

32 CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo da. Aperfeiçoamentos necessários ao sistema de controle público sobre as entidades do terceiro setor. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo d. (Coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 197, grifos nossos.

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.868/2008, Plenário, Rel. Min Marcos Vilaça. *Diário Oficial da União*, 09 dez. 2008.

[34](#) BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.041/2010, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho. *Diário Oficial da União*, 12 nov. 2010.

[35](#) BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Acórdão nº 850/2012, Pleno. Rel. Cons. Nestor Baptista. DETC 30.03.2012.

[36](#) BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Acórdão nº 1.782/2013, Pleno, Rel. Cons. Durval Amaral. DETC 28.06.2013. A conclusão da consulta, que foi apresentada por uma Organização Social do Município de Curitiba-PR, merece ser transcrita em sua integralidade:

“Faz-se necessário o estabelecimento de regramento e sistema específico de controle dos contratos de gestão, condições para o exercício do inafastável controle externo, com as seguintes linhas gerais:

Controle de motivação na opção administrativa de celebrar vínculos de contrato de gestão, em relação aos benefícios pretendidos, as metas e resultados pactuados.

Controle sobre eventuais repasses orçamentários diretos, desvinculados de atos prestacionais, como transferências orçamentárias.

Controles de acompanhamento periódico por parte do ente público em relação aos contratos de gestão, bem como dos mecanismos de controle interno.

Controle do contrato de gestão e dos contratos e pactos derivados com enfoque da avaliação de resultados da gestão e parceria, contemplando questões relevantes como economicidade, efetividade e eficácia dos atos e resultados, modernizando a atividade de controle externo de acordo com os modelos novos de gestão pública.

Controles específicos sobre os contratos de prestação de serviços, não como transferências pura e simples, mas como atos contratuais com prestações e contra-prestações, normalmente sujeitos aos critérios de controle externo já praticado, especialmente para avaliação e verificação de sua economicidade e respectiva vantajosidade para a Administração, a demonstração dos resultados pretendidos e a forma de seu acompanhamento pelas partes contratantes.

Prestações de contas encaminhadas pela organização social à entidade pública contratante, de forma periódica (mensal) com os relatórios de gestão, resultados obtidos, serviços prestados, sua qualidade e aceitação e balancetes contábeis de cada contrato ou ato derivado do contrato de gestão.

Encaminhamento destas prestações de contas mensalmente pela entidade pública parceira ao Tribunal de Contas do Estado, para exercício de sua atividade de controle externo.

Especificamente com relação ao objeto da consulta, conclui-se que:

A missão constitucional de controle e fiscalização será exercida através da análise e exame das prestações de contas encaminhadas mensalmente pela OS ao parceiro público e por este repassadas mensalmente ao Tribunal, contendo relatórios de gestão, resultados obtidos, serviços prestados, sua qualidade e aceitação e balancetes contábeis de cada contrato ou ato derivado do contrato de gestão.

Por consequência, os sistemas introduzidos pelo SIT e outros existentes nesta Corte merecem ajuste para adequação da sua atuação na atividade de controle a partir das prestações de contas encaminhadas pelo ente público parceiro, com avaliações pragmáticas, funcional e finalística.

O enquadramento contábil das despesas devem se ajustar de acordo com suas definições e regimes jurídicos próprios, sendo no caso de pagamentos por prestações de serviços a classificação atual da modalidade aplicação direta (Código 90) e, eventualmente, existindo transferências orçamentárias a correspondente classificação orçamentária como transferência às instituições privadas sem fins lucrativos (Código 50).

A compatibilização das normas do Sistema Integrado de Transferência e outros sistemas de controle existentes nesta Casa não poderá ser efetivada mediante enfrentamento nesta consulta, mas através de procedimento próprio de alterações normativas e adaptações ao modelo em vigor”.

[37](#) “Art. 8º A execução do Contrato de Gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

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

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

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

[38](#) Tal aspecto *programático* dirige-se à verificação da conformidade das ações empregadas pela Organização Social no que concerne à efetivação dos programas previstos pela Lei Municipal nº 9.226/97: o Programa de Investimentos (art. 4, III) e o Programa de Trabalho (art. 10, I).

[39](#) O aspecto o *funcional* prende-se ao caráter humano da gestão pública, isto é, ao acompanhamento das ações funcionais com o intuito de auferir tanto a sua correição quanto o cumprimento do princípio da eficiência, fundamento do autocontrole.

[40](#) A análise *finalística* vincula-se estritamente ao ideário gerencial que culminou na criação da figura das Organizações Sociais. Trata-se do controle pautado na aferição em concreto dos resultados alcançados pela entidade parceira, com base nos objetivos e metas pré-ajustados no contrato de gestão e nos prazos previstos para tanto.

[41](#) Controle *operacional* é aquele “relacionado à verificação do cumprimento de metas, resultados, eficácia e eficiência da gestão dos recursos públicos” (PASCOAL, Valcedir. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 133), realizado com estrita “obediência aos meios legais de liberação de verbas ou de sua arrecadação” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 455).

⁴² SUNDFELD; SOUZA. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. In: SUNDFELD (Org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 53.

⁴³ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. Tese (Doutorado)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 477.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97107>>. Acesso em: 2 out. 2015.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 47-72, mar./ago. 2013.