

AS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PARTNERSHIPS WITH ORGANIZATIONS SOCIAL AND PARTY FOR SUPERVISION OF THE PUBLIC PROSECUTION

Ilton Garcia da COSTA*
Bruno GOFMAN**

Como citar este artigo:

COSTA, Ilton Garcia da; GOFMAN, Bruno. As parcerias com as organizações sociais e a fiscalização por parte do Ministério público. In: **Revista Aporia Jurídica (on-line)**. Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage. 5ª Edição. Vol. 1 (jan/jul-2016). p. 157-173.

Resumo: A Lei nº 9.637/98, que regulamentou as parcerias da Administração Pública com as organizações sociais, determinou que as fiscalizações dos contratos de gestão são competência do órgão ou das entidades supervisoras da área de atuação correspondente às atividades fomentadas e, que, somente constatada eventual irregularidade ou ilegalidade, especialmente diante da gravidade dos fatos ou ofensa ao interesse público, é que o Ministério Público será comunicado. No entanto, levando-se em consideração a relevância dos serviços que são objeto das referidas parcerias, bem como as formas de fomento a elas concedidas, questiona-se a possibilidade de que as fiscalizações também sejam realizadas por parte do “parquet”, inclusive com a adoção de todos os mecanismos e atribuições que lhe são conferidos pelos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal. A fim de enfrentar o tema, partiremos do levantamento bibliográfico das principais obras da doutrina brasileira, e, especialmente, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF.

Palavras Chaves: organizações sociais, serviços públicos, fomento, fiscalização, Ministério Público.

Summary: Law nº 9.637 / 98, which regulated partnerships Public Administration with social organizations, determined that inspections of management contracts are the competence of the body or supervisory bodies of the corresponding performance area to promoted activities and that only found any irregularity or illegality, especially given the seriousness of the facts or injury to the public interest, is that prosecutors will be communicated. However, taking into account the relevance of the services that are the subject of such partnerships, and ways of promoting them granted, question the possibility that the checks are also carried out by the "parquet", including the adoption of all the mechanisms and functions conferred upon him by articles 127 and following of the Constitution. In order to address the issue, we start from the literature of the

* Professor Doutor da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Mestre em Administração pela Unibero, Avaliador de Instituições e Cursos do MEC-INEP, Membros das Comissões de Direito Constitucional, Direito e Liberdade Religiosa e de Ensino Jurídico da OAB/SP, Advogado.

** Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em direito pela UNICURITIBA. Advogado.

major works of the Brazilian doctrine, and especially the decision rendered by the Supreme Court in the judgment of ADI nº 1923 / DF.
Key words: social organizations, utilities, promotion, enforcement, prosecution.

1. INTRODUÇÃO

A partir da primeira metade do século XX, os Estados passaram por grandes transformações econômicas e financeiras, desde o modelo liberal até o social, como uma maior atuação estatal, sobretudo na prestação dos serviços destinados a garantia dos direitos fundamentais¹.

Contudo, com o crescimento exponencial da máquina estatal, começaram a surgir graves dificuldades por parte do Estado em dar cumprimento aos direitos prestacionais positivos previstos na Constituição, potencializadas pela escassez e má gestão de recursos públicos, pelos recorrentes casos de corrupção e também em virtude da burocracia e falta de eficiência.

Em razão da ineficiência por parte da Administração Pública na prestação dos serviços sociais, voltaram à cena os ideais liberais e aqueles que defendem o Estado Mínimo e gerencial². Neste contexto de crise, na década de 90, o Brasil se viu envolvido por um novo processo de transformação do modelo social para o liberal, capitaneado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado³.

A partir do estudo do Ministro Bresser Pereira, em 1998 o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso promoveu a conhecida Reforma Administrativa, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, segundo a qual, passou-se a defender a ideia de um Estado gerencial e reduzido, com a “publicização” dos serviços não exclusivos do Estado por meio de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que, contando com o fomento estatal, desempenhariam com maior eficiência a prestação das referidas atividades.

¹ LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle**. Salvador: Editora jusPODIVM 2013, p. 19

² A respeito da transformação do Estado Social para o Liberal: VAZ, Maria João. Os direitos sociais: reflexão crítica a uma visão redutora baseada nos custos. In: **Argumenta Journal Law**. n. 22 (jan/jul) – Jacarezinho, 2014, p. 101.

³ BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.
Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

Dito fenômeno da “publicização”, que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro nada mais foi do que uma privatização disfarçada⁴, fez com que o Estado, por meio da atividade de fomento, se socorresse cada vez mais da sociedade civil, com a nítida intenção de se desonerar da prestação de serviços públicos não exclusivos, mas de grande importância para a consecução de direitos fundamentais como o ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Essa escolha feita pelo legislador pátrio está intimamente ligada ao princípio da subsidiariedade⁵.

Em virtude dessa nova política implementada por meio da Reforma Administrativa surgiu a necessidade de se disciplinar a relação do Estado com as entidades privadas sem fins lucrativos, também conhecidas como entidades do 3º Setor, dentre as quais estão inseridas podemos as organizações sociais (OS), regulamentadas pela Lei nº 9.637/98. Referidos entes se caracterizam pela relevância dos serviços por elas prestados, bem como pelas peculiaridades que envolvem seu regime jurídico e sua relação com o ente estatal.

Nesse sentido, podemos dar destaque desde início ao fato de que a relação entre o Estado e as Organizações Sociais se formaliza por meio do Contrato de Gestão, que estabelece uma série de metas e objetivos a serem cumpridos. Outro aspecto que merece ser ressaltado acerca deste tipo de entidade do 3º Setor e, que a distingue das demais, diz respeito à forma de como se dá o fomento estatal⁶, que poderá ser mediante repasse de recursos orçamentários, cessão de servidores e permissão de uso de bens públicos.

No que toca à fiscalização dessas parcerias, o artigo 8º do diploma legal em questão menciona que: “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”. Destaca ainda, no seu artigo 10, que apenas nos casos em que haja irregularidades ou ilegalidades, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, é que a autoridade competente deverá se socorrer da intervenção do Ministério Público e dos mecanismos que lhe são atribuídos, ou seja, em caráter subsidiário.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 620.

⁵ TORRES, Silvia Faber Torres. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivo. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado**. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 33.

No entanto, levando-se em consideração a importância adquirida pelas parcerias firmadas entre o Estado e as Organizações Sociais, notadamente em função da relevância dos serviços sociais por elas prestados, bem como as formas de fomento a elas deferidas, que, inegavelmente envolvem recursos públicos, questiona-se a possibilidade da efetiva intervenção e fiscalização por parte do Ministério Público, tal qual dispõe os artigos 127 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Como forma de enfrentar o tema, dividimos o presente artigo em três partes: na primeira parte contextualizamos a criação das organizações sociais em meio a Reforma Administrativa ocorrida na segunda metade de 90 do século passado; na segunda parte traçamos em linhas gerais as principais características dessas entidades, suas peculiaridades, formas de fomento estatal e sua fiscalização e ; na parte final, trabalhamos a competência do Ministério Público, suas funções e a possibilidade de controle por parte do parquet em relação aos contratos de gestão celebrado entre a Administração Pública e as organizações sociais, especialmente com base na doutrina e na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923/DF.

2. O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Impulsionado pelos ideais que impulsionaram a Revolução Francesa, o modelo Absolutista, que marcou o surgimento dos Estados Modernos, deu lugar ao Estado Liberal, caracterizado pela intervenção mínima estatal voltada tão somente a garantia da proteção às liberdades individuais⁷.

No início do século XX, em virtude das graves crises políticas, econômicas e sociais, notadamente a Primeira Guerra Mundial, a Quebra da Bolsa de 1929 e a ascensão do regime Comunista na Rússia, o modelo liberal se enfraqueceu e começou a ser questionado⁸, dando lugar ao Estado Social, onde se passou a propor uma maior intervenção estatal, principalmente por meio da prestação de serviços públicos essenciais relativas à garantia dos direitos fundamentais⁹.

A partir daí, o Estado Social, também conhecido como Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social do Direito, preocupado

⁷ LOPES DE TORRES, Op. cit., p. 26

⁸ Ibidem, p. 28.

⁹ Idem.

com o bem comum e o interesse público¹⁰ ganhou ampla difusão, especialmente nos países periféricos como o Brasil, em razão da necessidade de atuação estatal na prestação de serviços relacionados aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Contudo, com o aumento exacerbado da máquina estatal, o Estado passou a ser prestador de serviços, empresário e investidor¹¹, modelo que também se mostrou incompatível com as necessidades da sociedade, especialmente em decorrência da má gestão de recursos, corrupção, burocratização e ineficiência por parte da Administração Pública.

Diante da demonstração de fragilidade por parte do modelo Social, surgiram novos elementos no processo de transformação do Estado: a inclusão do princípio democrático¹², oportunidade em que passou a se defender a maior participação da sociedade “no processo político, nas decisões governamentais e no controle da Administração Pública¹³”, e, também o princípio da subsidiariedade, que “restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; e, de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada¹⁴”.

É nesse contexto de transformações que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que passou a permitir que determinados serviços, classificados como não exclusivos, fossem prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. Servem como exemplo destes tipos de serviços públicos as atividades relacionadas “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

A partir da referida permissão constitucional, aliada aos princípios democráticos e da subsidiariedade, os partidários do modelo liberal ganharam força na defesa de celebração de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que supostamente eram detentoras de maior eficiência e expertise na prestação de serviços e

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20

¹¹ Ibidem, p. 23

¹² TOSAWA, Suelyn; GARCIA DA COSTA, Ilton. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Côelho (org). *Diálogos (im)pertinentes – dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Instituto Memória, 2014, p. 140.

¹³ Ibidem, p. 25.

¹⁴ TORRES, Op. cit. p.14

que, por meio do fomento estatal, “visa a alcançar finalidades e objetivos específicos da Administração Pública, porém de uma maneira indireta e mediata”¹⁵.

Então, na década de 90, consubstanciado no Plano Diretor da Reforma do Estado, capitaneado pelo Ministro Luís Carlos Bresser Pereira,¹⁶ promoveu-se a Reforma Administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19, fenômeno conhecido como “publicização”, onde se estabeleceu como política central um estado gerencial e reduzido.

Dentre as novidades trazidas está a possibilidade de celebração de parcerias com as entidades do Terceiro Setor, que, segundo conceitua Boaventura de Souza Santos¹⁷, é “um conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais, que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

Em relação ao conceito acima transcrito, é importante destacar que no Brasil as organizações sociais, regulamentadas pela Lei nº 9.637/98, são apenas uma das modalidades integrantes do Terceiro Setor e, que, em razão da relevância das atividades por ela prestadas e do regime jurídico peculiar ao qual se submetem, ganhou destaque por parte do então Ministério da Administração e Reforma do Estado, que trouxe as seguintes considerações:

A estratégia da reforma do Estado se apoia na ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais. Essa forma de parceria entre a sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social através da participação nos conselhos da administração dos diversos segmentos beneficiários envolvidos. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação os seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição.¹⁸

¹⁵ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

¹⁶ BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, **Plano...**

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999, p. 14.

¹⁸ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.74 p.

Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 9.637/98, que regulamenta as organizações sociais, estabelece que “O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta lei”.

Paulo Modesto define as Organizações Sociais como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.”¹⁹

Realizadas essas primeiras considerações acerca das Organizações Sociais e seu contexto de criação, é importante destacar algumas peculiaridades que envolvem seu regime jurídico, as formas de fomento e, especialmente, a fiscalização das atividades por elas desempenhadas na execução dos contratos de gestão.

3. AS PECULIARIDADES DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ATIVIDADES DE FOMENTO

Inicialmente é importante assinalar que para a qualificação de uma entidade como organização social, e, para com isso, celebrar parcerias com o Estado, é necessário que se preencham determinados requisitos previstos no art. 2º da Lei nº 9.637/98, dentre os quais: não ter fins lucrativos, ter como objeto social uma daquelas atividades estabelecidas no art. 1º, possuir Conselho Administrativo e Deliberativo com participação de membros do Poder Público e da sociedade civil, dentre outros. No entanto, isso não basta. É imprescindível a aprovação da sua qualificação como tal, por parte do Ministro ou Titular do órgão vinculado à sua área de atuação, que o fará em juízo de conveniência e oportunidade.

Uma vez concedido o título de organização social a uma entidade, esta poderá celebrar parcerias com o Estado, por meio de um instrumento jurídico denominado como contrato de gestão, que foi descrito pelo art. 5º da Lei como sendo: “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização

¹⁹ MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**, Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001, p. 06.

social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

Na sequência, os artigos 6º e 7º do diploma legal, determinam em suma que o referido instrumento contratual deverá ser elaborado em comum acordo entre os parceiros e aprovado pelas autoridades competentes, respeitar os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública²⁰ e ter como conteúdo obrigatório: a especificação do programa de trabalho proposto, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão de critérios de avaliação; estabelecer limites de remuneração e vantagens percebidas pelos dirigentes e empregados.

Como forma de dar cumprimento ao contrato de gestão, e, por consequência, ao desenvolvimento pleno do seu objeto pelas organizações sociais, o ente estatal poderá fomentar a entidade parceira por meio de repasse de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e também a cessão especial de servidores públicos, o que é previsto nos artigos 11 a 15 da Lei nº 9.637/98²¹.

²⁰ FERREIRA, Flavia Elaine Soares, GARCIA DA COSTA, Ilton., VASCONCELOS, João Paulo A. Termos de parcerias das OSCIPS: entre a efetividade e a responsabilidade da prestação do serviço de interesse público. In: GARCIA DA COSTA, Ilton, SANTIN, Valter Foletto (Orgs.). **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 82.

²¹ Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

As formas de fomento estatal previstas pelo legislador, dentre as quais a possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a Administração Pública, tem sido fartamente criticada pela doutrina desde a promulgação da lei, inclusive com questionamentos acerca da sua constitucionalidade.

Demonstrando sua preocupação quanto à consonância das disposições com o ordenamento jurídico pátrio, Egon Bockmann Moreira²² assim se manifestou:

A fim de exercer tarefas de interesse público, a OS goza de benefícios de fomento, especialmente a transferência de recursos, bens e servidores públicos (Lei 9.637/1998, arts. 11 a 15). O que torna imprescindível sério e minucioso controle quando da constituição de tais entidades e na execução de suas atribuições, além de ter gerado sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de tais "transferências": afinal, trata-se da utilização de bens públicos por pessoas privadas e da disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública, colocando-se-os numa situação de subordinação hierárquica em face de particulares.

Justamente em razão das formas de fomento deferidas pelo legislador às organizações sociais para a consecução dos objetos estabelecidos pelos contratos de gestão, faz-se necessária uma fiscalização rigorosa por parte da Administração Pública, não só a posteriori, mas também preventiva e concomitante à execução contratual. Dito controle estatal foi disciplinado nos artigos 8º a 10 da Lei nº 9.637/98²³.

²² MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002,

²³ 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.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Dentre as disposições legais, merece atenção o contido no artigo 8º, que assim prescreve: “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”.

Consoante se depreende da norma acima transcrita, a fiscalização competirá exclusivamente ao órgão ou entidade pública que firmou o contrato de gestão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴ também abre a possibilidade que seja realizada pelos Conselhos de Políticas Públicas da área correlata ao serviço executado.

Acerca da forma de fiscalização por parte do Poder Público, Sílvia Luís Ferreira da Rocha²⁵ assim discorreu:

O acompanhamento da execução do contrato de gestão é direito e também dever da Administração e está a cargo do órgão ou entidade supervisora que assinou o contrato (art. 8º, §1º), que nomeará uma Comissão de Avaliação composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação para oferecer-lhe uma manifestação conclusiva do relatório, encaminhado pela organização social ao término de cada exercício, ordinariamente, ou a qualquer momento, extraordinariamente; relatório, este, que deverá comparar as metas propostas e os resultados obtidos e prestar as contas correspondentes ao exercício financeiro.

O direito ao acompanhamento da execução do contrato não se esgota na fiscalização das atividades da organização social, mas compreende, ainda, o poder de orientar, intervir, interromper e aplicar penalidades quando as atividades estiverem sendo desempenhadas em desacordo com o contrato.

Diante das lições do jurista anteriormente citado, extrai-se a importante conclusão de que o controle das atividades das organizações sociais compreenderá igualmente as funções de orientação, intervenção, interrupção e penalização por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, o artigo 9º da Lei 9.637/98 aponta para a necessidade de que, caso constatada “qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 218.

²⁵ FERREIRA DA ROCHA, Sílvia Luís. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128.

bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

Na sequência, o art. 10²⁶ do mesmo diploma legal, determina que, sem prejuízo à comunicação ao Tribunal de Contas da União, e, conforme a gravidade dos fatos ou interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos públicos, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público para que tomem as providências cabíveis, especialmente com a solicitação de indisponibilidade e sequestro dos bens da entidade ou responsáveis.

A partir dessa determinação legal, surge uma indagação de fundamental importância: o Ministério Público poderá fiscalizar e tomar as medidas a ele cabíveis em face das organizações sociais tão somente em caso de provocação por parte da Administração Pública ou, na condição de fiscal da lei, detém competência para agir *ex officio*?

Esse questionamento foi objeto de discussão por parte da doutrina e recentemente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, que apreciou a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 em seus mais variados aspectos, dentre os quais o regramento acerca da fiscalização e controle das parcerias por parte do Ministério Público.

4. A POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

De acordo com o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal²⁷, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

²⁶ Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

²⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

A respeito da importância conferida pelo constituinte ao papel do Ministério Público, Paulo Gonet Branco²⁸ assim destacou:

O Ministério Público na Constituição Federal recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. (...)

A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional.

Na sequência, o autor²⁹ aponta para o rol, não exaustivo, das atribuições deferidas pela Carta Magna em seu art. 129³⁰. Dentre essas atividades, essenciais para o exercício da função de “fiscal da lei”, podemos destacar a possibilidade de propor ação penal pública, inquérito civil, ação civil pública, requisitar documentos, diligências, além de outras medidas imprescindíveis para a preservação do interesse público.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1079.

²⁹ Ibidem, p. 1084.

³⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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

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

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

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

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

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

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

Em relação ao referido interesse público que surge a questão acerca a ideia de que a fiscalização das organizações sociais poderá ser realizada pelo “parquet”, especialmente quando se leva em consideração o disposto no inciso II do art. 129, da seguinte maneira prescrito: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Nesse aspecto, vale lembrar que as atividades objeto dos contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e este tipo de entidade sem fins lucrativos são essencialmente serviços de grande relevância, como por exemplo, a educação, saúde, meio ambiente, etc. Portanto, parece-nos cristalino que o Ministério Público poderá fiscalizar as parcerias de forma independente e sem necessidade de provocação por parte do órgão ou ministério responsável.

A discussão a respeito da possibilidade de controle dos contratos de gestão por parte do Ministério Público também foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, e que questionava a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e, especialmente, alguns de seus dispositivos legais.

Conforme destacado no relatório elaborado pelo Ministro Ayres Brito, relator da ADI nº 1923/DF, os autores apontaram, em síntese, os seguintes argumentos em relação à fiscalização do contrato de gestão:

“6. Seguem em frente os autores para alegar o desrespeito aos artigos 71, 74 e 129 da Constituição Federal. Dizem que o art. 4º da Lei nº 9.637/98, ao instituir tarefas de supervisão e controle como funções privativas do conselho de administração da organização social, excluir os controles interno e externo pelo próprio Estado. Controles que não se fariam satisfatoriamente apenas como medidas determinadas pela alínea ‘f’ do inciso I do art. 2º, pelos §§ 1º e 2º do art. 8º e pelo art. 9º, todos da Lei 9.637/98”.

Em 16 de abril de 2015 o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 9.666/93, acolhendo voto proferido pelo Ministro Luiz Fux. Em relação ao controle das organizações sociais por parte do Ministério Público restou decidido que “(...) (iv) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas (...)”.

Da ementa do Acórdão, extrai-se o seguinte entendimento:

“(...) 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar atuação de ofício dos órgãos constitucionais”.

Em que pese esse tenha sido o posicionamento majoritário, destaca-se o voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio e acompanhado pela Ministra Rosa Weber no sentido de que os artigos da Lei nº 9.637/98 relacionados à fiscalização das organizações sociais eram inconstitucionais.

No tocante ao Ministério Público, o artigo 129 da Constituição estabelece como função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ao passo que a cabeça do artigo 127 prevê incumbir-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais e indisponíveis”.

Ao arremate desses dispositivos constitucionais, o inciso X do artigo 4º da Lei nº 9.637/98 revela ser competência privativa do Conselho de Administração “fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade com o auxílio de auditoria externa”.

O artigo 10 do aludido diploma federal, em afronta aos artigos 127 e 129 da Carta da República, restringe ainda a atuação do Ministério Público à representação dos “responsáveis pela fiscalização” nos casos em que “assim exigir a gravidade dos fatos ou interesse público” e houver “indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública”.

A situação criada pelo legislador federal viabiliza, em última análise, que pessoas jurídicas privadas – qualificadas como “organizações sociais” – (...) (4) administrem bens e verbas públicas livres do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, olvidando as normas constitucionais que regem a matéria e resultando em afronta direta ao princípio republicano.

Divergências à parte, restou cristalino o entendimento de que o Ministério Público poderá fiscalizar, de ofício e sem qualquer restrição, os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais, tal qual preceitua os artigos 127 e seguintes da Constituição Federal, inclusive com a adoção de todas as

medidas cabíveis e necessárias a defesa dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme anteriormente explicitado, na década de 90, o Brasil, impulsionado pelo modelo liberal, passou pela Reforma Administrativa que ensejou um fenômeno conhecido como “publicização”, por meio do qual as atividades de atuação não exclusivas do Estado, mas de suma importância para a consecução de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, tais como saúde e educação, passaram a ser prestadas por entidades vinculadas a sociedade civil, também conhecidas como entidades do 3º Setor, por meio de parcerias e fomento estatal.

Dentre essas entidades, destacam-se as Organizações Sociais, disciplinadas pela Lei nº 9.637/98, e que celebram parcerias com a Administração Pública, formalizadas por meio do contrato de gestão, que estabelecem planos e metas a serem atingidos e poderão contar com o fomento estatal, que além de recursos financeiros também poderá consistir na cessão de bens e servidores públicos.

Em virtude da relevância da importância dos serviços prestados, bem como em face da possibilidade de recebimento de fomento estatal deferida às referidas organizações sociais, entidades privadas sem fins lucrativos, torna-se, imprescindível uma fiscalização rigorosa, não só a posteriori, mas também preventivo e concomitante à execução contratual, tal qual disciplinado nos artigos 8º a 10 da Lei nº 9.637/98.

O regramento jurídico destinado às organizações sociais indica que a fiscalização do contrato de gestão deverá ser realizada exclusivamente pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada e, apenas em caso de verificação de irregularidades ou ilegalidades, comunicado o Ministério Público, ou seja, em caráter subsidiário.

Por outro lado, consoante se depreende da interpretação dos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal, percebe-se que compete ao “parquet” zelar pelo “efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, bem como promover “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Assim, levando-se em consideração que os contratos de gestão celebrados entre a Administração Pública e as organizações tem como objeto a prestação de serviços não

exclusivos mas de grande relevância para a garantia de direitos sociais e individuais, como, por exemplo, saúde, educação, meio ambiente etc, não restam dúvidas de que poderão ser plenamente fiscalizados pelo Ministério Público. Some-se a isso o fato de que o fomento dessas entidades envolvem recursos e patrimônio público, o que também garante a atuação do ente ministerial.

Diante da necessidade de dirimir-se qualquer dúvida, foi de grande relevância a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, especialmente em relação à conclusão, no sentido de é necessário o afastamento de “qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas”, ou seja, de que o Ministério Público tem plena competência para exercer a fiscalização dos contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais, inclusive na adoção de todas as medidas necessárias para a garantia do interesse público, o que compreende a possibilidade de proposição de ação penal pública, ação civil pública, inquérito civil, requisição de documentos, diligências, entre outras.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>.

_____, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. 74 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2)

_____, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

FERREIRA, Flavia Elaine Soares, GARCIA DA COSTA, Ilton., VASCONCELOS, João Paulo A. Termos de parcerias das OSCIPS: entre a efetividade e a responsabilidade da prestação do serviço de interesse público. In: GARCIA DA COSTA, Ilton, SANTIN, Valter Foletto (Orgs.). **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle**. Editora jusPODIVM: Salvador, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1079.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**, Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002 ,

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Estímulos positivos. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado**. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOSAWA, Suelyn; GARCIA DA COSTA, Ilton. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Côelho (org). **Diálogos (im)pertinentes – dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Instituto Memória, 2014, p. 140.

VAZ, Maria João. Os direitos sociais: reflexão crítica a uma visão redutora baseada nos custos. In: **Argumenta Journal Law**. n. 22 (jan/jul) – Jacarezinho, 2014.