

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br
e-mail:
editora@jurua.com.br

ISBN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê
CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-3900 - Fax: (0--41) 252-1311
Representação / Rio de Janeiro/RJ: Excelência Assessoria Editorial
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 - CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
 Curitiba: Juruá, 2002.
 288p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342
CDU 342.951

00213

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

EMENTA: Convênio entre entidades públicas executado por Fundação de Apoio. Serviços de Saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública. Crescimento da utilização das entidades privadas sem fins lucrativos como prestadoras de serviços de relevância pública. Dever de prestar contas. Forma de prestação de contas. Alcance do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98. Invalidez do art. 133 do Regimento do Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Problemas decorrentes da sistemática atual de prestação de contas. Necessidade de ampliação do controle sobre as subvenções e os recursos públicos transferidos às entidades privadas sem fins lucrativos.

PROCESSO: SESAB/428391/92

ORIGEM: SESAB – SECRETARIA DA SAÚDE

ASSUNTO: CONVÊNIO SESAB E UFBA, COM

INTERVENIÊNCIA DA FAPEX- FUNDAÇÃO

DE APOIO A PESQUISA E EXTENSÃO

EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA

OS FATOS

1. Tratam os autos da prestação de contas do “convênio de cooperação técnica” relativo ao “projeto Cansanção”, firmado entre a SESAB (Secretaria de Saúde do Estado da Bahia) e a UFBA (Universidade Federal da Bahia), com interveniência da FAPEX (Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão) em 24.04.1992.

2. O convênio tinha como objeto “a implantação, a execução e avaliação de um Projeto de Extensão em Odontologia Preventiva, para a ampliação de métodos preventivos e restauradores da saúde oral de crianças situadas entre as faixas etárias de 06 e 12 anos, residentes e domiciliadas no Município de Cansanção-BA, realizado por professores e alunos da Universidade” (fls. 35).

3. Nos termos do convênio, a SESAB assumiu como obrigação básica a de “transferir” recursos públicos para a FAPEX, em três parcelas, no valor global de CR\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de cruzeiros), bem como exercer o “controle” sobre a adequada aplicação dos recursos repassados. A UFBA, através da Coordenação de Extensão, cumpriria um papel de “apoio” administrativo e operacional, “articulando” os alunos e professores envolvidos no projeto, além de “remeter, trimestralmente, à SESAB, relatórios circunstanciados das atividades desenvolvidas com vistas às avaliações periódicas devendo, nos 30 dias posteriores ao término do Convênio, remeter o relatório final” (fls. 36). À FAPEX, na qualidade de “interveniente”, caberia, entre outras obrigações, “a) responsabilizar-se pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos repassados pela SESAB, de acordo com o Plano de Aplicação aprovado pelas partes; b) assegurar o pagamento das diárias e transportes dos participantes e a manutenção de veículos que estiverem em uso na área do Projeto, segundo a Programação estabelecida; c) efetuar prestação de contas à SESAB dos recursos por esta repassados conforme Plano de Aplicação, na forma estabelecida pela Legislação Estadual pertinente, devendo também apresentar – execução físico-financeira; – execução de receita e despesa; – conciliação do saldo bancário; – cópia dos extratos bancários da conta específica” (fls. 36-7).

4. Verifica-se, com apoio nos próprios termos do convênio, que a FAPEX, embora nominada como interveniente, é verdadeiramente a entidade gestora dos recursos públicos repassados, a principal executora dos serviços na área de saúde pactuados, bem como a responsável pela prestação de contas do convênio, nos seus mais diversos aspectos, funcionando a UFBA, em termos práticos, como simples intermediária nesta prestação de contas.

5. Registre-se que o presente processo diz respeito à prestação de contas da primeira parcela do convênio, conforme se constata a fls. 03. As duas outras fases do convênio, firmado em abril de 1992, com prazo de vigência de 12 (doze) meses, provavelmente já consu-

madadas, não constam dos autos. Nenhum dos relatórios de execução referidos a fls. 36 e 37 foram trazidos ao conhecimento do Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Os documentos referentes a esta primeira parcela do convênio ingressaram nesta Corte de Contas com 1.573 (um mil quinhentos e setenta e três) dias de atraso.

6. Segundo verificação da 4ª Coordenadoria de Controle Externo, o presente processo ressen-te-se de várias deficiências, com destaque para a ausência do parecer do responsável pela fiscalização da execução do convênio, a ausência do comprovante de recolhimento do saldo não aplicado na conta da SESAB e a ausência de demonstrativo financeiro e orçamentário das aplicações dos recursos recebidos, assinado por profissional responsável pela contabilidade (fls. 42). Os autos foram autuados a partir do of. n. 082/97, de 27.01.1997, proveniente da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia (fls. 07).

7. A Procuradoria Especializada do Estado junto ao Tribunal de Contas Estadual, diante das falhas e deficiência apontadas, requereu a notificação do responsável para saná-las (fls. 46), com a plena concordância do Ministério Público (fls. 48). Foi deferida a notificação do responsável e a notificação do órgão de origem, no sentido de que “venham aos autos os documentos/informações de sua responsabilidade” (fls. 49).

8. A Secretária de Saúde respondeu com envio de duas declarações. Na primeira, nominada de “declaração de execução do objeto de convênio”, identifica como conveniente a “FAPEX”, afirmando que as ações programadas foram executadas e os recursos repassados foram aplicados de acordo como o objeto do convênio (fls. 52). Mas não apresenta qualquer dos relatórios previstos no convênio ou qualquer outro elemento de convicção ou verificação relacionado à declaração de execução. O segundo, informa que “a remessa do processo de prestação de contas em questão ao TCE com atraso” decorreu da “mudança de sala do arquivo desta seção do 1º andar para o subsolo, ficando o mesmo arquivado em caixa, juntamente com os processos de pagamento das gestoras” (fls. 53). O responsável pela FAPEX, embora notificado mais de uma vez (fls. 54, 64 e 71), não se dignou a comparecer ao Tribunal de Contas do Estado ou enviar os documentos solicitados.

9. Em seu relatório final, a 4ª Coordenadoria de Controle Externo afirma que o processo em tela “encontra-se em desacordo

com o disposto no art. 44 da Resolução Regimental n. 12/93 deste Tribunal, uma vez que não constam nos demonstrativos financeiro e orçamentário da aplicação dos recursos assinatura do Contabilista e o número CRC. Observa, ainda, “que os comprovantes da despesa foram apresentados em cópia xerográfica, infringindo o art. 12, § 1º, da citada Resolução” (fl. 67). Informa também que, “da análise da documentação comprobatória da despesa, verificamos sua regularidade, bem como a utilização parcial (Cr\$ 11.048.669,96) dos recursos recebidos, ficando um saldo da ordem de CR\$ 9.638.272,56 a ser incorporado ao valor da 2ª Parcela” (fls. 68). Ao final, conclui opinando pelo “trancamento e o arquivamento do processo, sem dar quitação ao responsável, como prevê o art. 12, § 1º, da Resolução Regimental n. 012/93, deste Tribunal, se assim acatar o Exmo. Sr. Conselheiro Relator” (fls. 68).

10. Os autos foram encaminhados ao Ministério Público para pronunciamento. Na Procuradoria Especializada junto ao Tribunal de Contas, o seu Coordenador, eminente Procurador de Justiça Dr. Alberto José Gomes solicitou-me uma análise do processo. Resumidos assim os fatos, passo a opinar.

II REGIME CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS DE SAÚDE – SERVIÇO PÚBLICO E SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA

11. A Constituição Federal dispõe que a saúde é um *direito de todos e um dever do Estado* (art. 196). Mas, de outra parte, declara expressamente que a atividade de assistência à saúde é *livre à iniciativa privada* (CF, art. 199, *caput*). Essas duas normas, aparentemente em testilha, explicam por que as ações e os serviços de saúde são expressamente conceituados na lei fundamental como atividades de relevância pública (CF, art. 197) e não como *serviço público*. A distinção entre esses dois conceitos é ainda pouco explorada na doutrina brasileira, mas parece relevante para precisar o regime jurídico dos serviços de saúde e útil à avaliação das formas possíveis de prestação dos serviços de saúde no Brasil.

11.1 Serviço Público

O *conceito jurídico* de serviço público não é um conceito naturalístico ou existencial. Não é mais admissível, no estágio atual do direito administrativo brasileiro, admitir a existência de “servi-

ços públicos por natureza”. O conceito jurídico, *objetivo e restrito* de serviço público pressupõe a conjugação de diversos elementos de caracterização: exige a determinação de um específico regime jurídico e a demarcação de um campo material onde este regime encontre aplicação.

Primeiro, exige-se que a atividade corresponda ao desempenho de uma “prestação administrativa”, vale dizer, ao oferecimento de uma utilidade concreta fruível direta ou indiretamente pelo administrado, mas imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, realizada no exercício da função administrativa.

Segundo, a assunção pelo Estado da titularidade exclusiva dessa atividade (*publicatio*), mediante prescrição legal ou constitucional.

Terceiro, a submissão dessa atividade ao regime jurídico de direito público e a princípios específicos (continuidade, mutabilidade, igualdade, obrigatoriedade, entre outros).

Quarto, a exclusão da livre ação das pessoas privadas no âmbito dessa atividade, ressalvada a possibilidade de atuarem como delegados do Poder Público¹.

¹ Não há uniformidade sobre o conceito de serviço público no direito positivo ou na doutrina brasileira. Na Constituição Federal, dois conceitos de serviço público são freqüentemente utilizados: o conceito orgânico, com significado de aparato administrativo do Estado (v.g., arts. 37, XIII; 39, § 7º; 40, III; 40, § 16º; 136, § 1º, II; 198; ADCT, art. 11, 19 e 53) e o conceito objetivo, significando uma modalidade de atividade de natureza pública (Arts. 21, XIV; 30, V; 37, § 6º; 54, 1, a; 61, § 1º, II, b; 139, VI; 145, II; 175; 202, § 5º; 241; ADCT, art. 66). Na doutrina, o conceito permanece equívoco, divergindo os autores em notas fundamentais. O conceito de serviço público é apresentado segundo diferentes critérios (serviço público em sentido amplo, restrito, objetivo, subjetivo, formal, próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito e derivado ou adquirido etc.). No entanto, pode-se perceber que o conceito amplo de serviço público, que reunia em si toda a atividade administrativa pública, entrou em decadência. Em geral, os autores mais modernos não tratam da matéria em sentido amplo nem em sentido orgânico, mas em sentido restrito e objetivo, procurando especificar os traços diferenciais da atividade de serviço público e isolá-la no interior da atividade administrativa do Estado. No texto, segue-se a mesma trilha, buscando-se uma categorização estritamente objetiva do conceito de serviço público, independente das formas de organização adotadas pelo Estado ou por seus delegados. Declarar que alguma atividade é serviço público (*rectius*, subordina-se ao regime jurídico do serviço público) constrange, restringe, limita a órbita de ação livre

11.2 Serviço de Relevância Pública

O conceito de *relevância pública* é menos exigente. São relevantes, em termos públicos, as atividades consideradas *essenciais e prioritárias* à comunidade, que transcendem à dimensão individual e repercutem necessariamente sobre a coletividade, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso. Não há aqui exigência de aplicação necessária do regime jurídico público. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas se impõe que a fiscalização e regulação dessas atividades pelo Poder Público seja minudente e tutelar².

11.3 Serviços de Saúde

Esta última é a situação objetiva dos serviços de assistência à saúde no Brasil. A Constituição da República não submeteu

dos particulares, o que exige ao menos declaração em nível legal e determinação conceitual rigorosa. Essa diretriz não impede, entretanto, que se estenda o regime do serviço público para atividades não privativas ou reservadas desempenhadas pelo aparato administrativo público, quando o sistema legal assim o estabeleça por razões de conveniência ou para ampliação das garantias dos administrados. Sobre o tema do serviço público, cf. entre outros, no direito brasileiro, Celso Antônio Bandeira de MELLO. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 130-176; Caio TÁCITO, "Conceito de serviço público". *In Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. 1. v., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, p. 637-642; Adílson Abreu DALLARI. "Conceito de Serviço Público", **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, São Paulo: 1996, p. 112-117; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 2. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1997; Odete MEDAUAR. "Serviço Público". **Revista de Direito Administrativo**, n. 189, 1992; Carlos Roberto Martins RODRIGUES. "A Crise e a evolução do conceito de serviço público", **Revista de Direito Público**, n. 57-58, v. 14, São Paulo: jan/jun., 1981, p. 130-146; Sérgio de Andréa FERREIRA. **Direito Administrativo Didático**. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985; Diogo Figueiredo MOREIRA NETO. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, p. 317-333; Diogenes GASPARINI. **Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 208-220; Hely Lopes MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

² Sobre o tema, conferir Sueli Gandolfi DALLARI, (org.). **O Conceito Constitucional de Relevância Pública**. 2. ed., Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992, onde são consolidados pareceres e textos de diversos autores sobre o tema.

os serviços e ações de saúde a uma *reserva de direito público*, isto é, não os subtraiu da esfera de livre atuação das pessoas privadas. Nem confiou ao Estado a sua titularidade exclusiva ou privativa. Nem impediu os particulares de neles livremente atuarem, salvo por delegação em cada caso do Poder Público, mediante autorização, permissão ou concessão de serviço público, sempre após *licitação* (CF, art. 175). Mas tampouco negou a Constituição a *essencialidade dos serviços e ações na área de saúde*, uma vez que, por seus próprios termos, embora admitindo a livre iniciativa privada na área, deixa explícito que a saúde é um *direito fundamental*, defendido inclusive pela atuação do Ministério Público (CF, art. 129, II).

É certo também que os serviços de saúde, como outras atividades de relevância pública, quando desempenhadas pelo Poder Público como encargo, submetem-se ordinariamente ao *regime de direito público*, quer por ser este o *regime jurídico comum e normal da função administrativa do Estado*, quer por expressa decisão legal. Neste sentido, para vários autores, também os serviços de saúde seriam “serviços públicos” *quando prestados pelo Estado*³. Não seriam serviços públicos *quando desempenhados por particulares*.

Celso Antônio Bandeira de Mello adota esse entendimento, escrevendo com a costumeira objetividade:

Dentre o total de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados.

Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de direito público

³ Contra a conceituação dessas atividades sociais do Estado como “serviço público” escreve Juan Carlos CASSAGNE, *La Intervención Administrativa*. 2. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 40: “Los servicios públicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual --- cuando la actividad lleva a cabo el Estado --- se aplican los principios y normas propios de la función administrativa”.

(serviços públicos), temos que nos valer de duas ordens de indicações contidas no Texto Constitucional.

A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: **alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado**; pois ou (a) entregou-os expressamente à responsabilidade **privativa do Estado**, ora devendo ser prestados **exclusivamente** por ele ou por empresa sob controle acionário estatal, caso dos arrolados no art. 21, X e XI, ora cabendo sua prestação quer ao Estado, quer a terceiro, mediante autorização, concessão ou permissão, caso dos previstos no inc. XII do mesmo art. 21; ou então (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos, **quando prestados pelo Estado**. É o caso dos serviços: (I) de saúde, conforme previsão do art. 196 (“dever do Estado”), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 (“A assistência à saúde é livre á iniciativa privada”), sendo de todo modo qualificados como “serviços de relevância pública” (art. 197, primeira parte), e (II) educação, *ex vi* do art. 205 (“dever do Estado”), embora também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 (“O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”).

Estes últimos, por conseguinte, **não serão serviços públicos quando desempenhados por particulares**, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los, em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preenchem os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações (Grifos do Autor)⁴.

Segue-se, portanto, que não podem ser nomeadas como **serviço público** atividades desempenhadas por particulares, ainda

⁴ Cf. Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999, p. 496.

quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram *reservadas* pela Constituição da República ou por leis ordinárias ao Poder Público ou aos seus delegados.

Como referido, algumas atividades são também rotuladas como *serviço público* apenas quando “prestadas pelo Poder Público” (ex. saúde, educação, pesquisa científica, defesa do patrimônio ambiental). Não são “serviço público” segundo um *critério objetivo-formal*, mas apenas segundo um *critério subjetivo*, consoante sejam desenvolvidas pelo Estado ou por seus entes instrumentais. Essa “subjetivação” da noção de serviço público, embora tradicional, parece prejudicar a clareza e a autonomia dogmática do próprio conceito de serviço público, dado que, como certa vez escreveu Celso Antônio, “*haverá serviço público quando o legislador atribua um regime especial – o administrativo – a determinadas atividades*”⁵. Essa “subjetivação” do conceito de serviço público, no entanto, será inevitável quando feita diretamente pela lei e, em muitos casos, será útil em termos pragmáticos, pois permite ampliar as garantias dos administrados quando aplicada a pessoas jurídicas estatais de direito privado (v.g., art. 37, § 6º). Seja como for, no campo das atividades que vimos de expor, quando os particulares atuam, com ou sem fins lucrativos, mas por *direito ou titularidade própria (iure proprio)*, não se sujeitam ordinariamente ao regime do serviço público ou do direito administrativo, mas ao regime jurídico típico das pessoas de direito privado, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais.

11.4 Serviços de Saúde e Dever do Estado

A declaração do *direito à saúde* como direito do cidadão e dever do Estado obriga a que o Estado *garanta o direito à saúde* e não que ofereça *diretamente e de forma executiva* o atendimento a todos os brasileiros. A palavra “saúde”, constante do art. 199 da Constituição, refere a um bem jurídico, a uma utilidade fruível pelo administrado, que deve ser assegurada pelo Estado, independentemente de este fazê-lo direta ou indiretamente, mediante emprego do aparato público ou da utilização de terceiros.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. Ob. cit., 1968, p. 169.

O dever de garantir a assistência à saúde pode ser atendido pelo Estado também por mecanismos de *fomento público* (por exemplo, mediante financiamento global da assistência médica gratuita prestada por entes privados sem fins lucrativos) ou por *contratação de serviços* (por exemplo, mediante a compra de serviços médicos específicos por procedimentos realizados). Em momento algum a Constituição obriga que esse dever do Estado e o correspondente direito do cidadão se concretize apenas com a atuação direta e executiva do Poder Público. Ao contrário, consoante o art. 197 da Constituição: cabe ao Poder Público, no âmbito dos serviços de saúde, “dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (CF, art. 197).

11.5 Serviços de Saúde e Pessoas Privadas

Os serviços de saúde, assim, segundo o diploma constitucional brasileiro, podem ser desempenhados por entidades particulares, independentemente de delegação do Poder Público, *por livre iniciativa privada* ou por *iniciativa do próprio Estado* (execução pública por “terceiros”, na dicção constitucional), classificando-se essas pessoas privadas em dois grandes setores: *instituições privadas com fins lucrativos e instituições privadas sem fins lucrativos*.

A distinção tem direta repercussão na lei fundamental: “as instituições privadas podem participar de forma complementar do *sistema único de saúde*, segundo diretrizes deste, mediante *contrato de direito público* ou *convênio*, tendo *preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos*” (CF, art. 199, § 1º). Podem ser também destinados “recursos públicos e subvenções” a instituições privadas sem fins lucrativos, mas é recusada expressamente essa possibilidade a “instituições privadas com fins lucrativos” (CF, art. 199, § 2º).

A expressão constitucional *sistema único de saúde* (SUS) refere-se a *ações de saúde e a serviços públicos de saúde* (em sentido orgânico), integrados em termos nacionais, mas não a todo e qualquer serviço de assistência à saúde (CF, art. 198). No entanto, mesmo no sistema único de saúde, como referido antes, não se afasta a atuação privada na execução de ações e serviços, desde que respeitadas as *diretrizes do sistema*, especialmente o “acesso uni-

versal igualitário” (CF, art. 196, *caput*), desde que realizada prévia pactuação mediante “contrato de direito público e convênio” (CF, art. 199, § 1º).

11.6 Contrato Administrativo e Convênio

Contrato de direito público e convênio são ambos ajustes de vontades, distinguindo-se basicamente pela natureza dos interesses de ambas as partes. Ambos são vínculos regidos pelo direito público. No contrato, os interesses são, de regra, antagônicos ou contraditórios; no convênio, os interesses são comuns ou convergentes⁶.

⁶ Alguns autores fazem uso de uma compreensão ampliada do conceito de contrato: distinguem os contratos “comutativos” ou “distributivos” (instrumentos de concerto de interesses, de integração de interesses contrapostos) e os contratos “cooperativos” ou “contratos com comunhão de escopo” (onde não há, em princípio, contraposição de interesses, mas a prossecução de um objetivo comum). Marçal JUSTEN FILHO (1998: 629), por exemplo, depois de referir a doutrina de Tullio ASCARELLI, admite a dualidade e, tratando dos contratos “cooperativos”, nesta categoria enquadra os “contratos societários”, (1998:629). Nestes contratos, quando há divergência entre os partícipes, a contenda atina sobre os meios, o modo de execução, havendo concordância e harmonia quanto ao fim do ajuste, vale dizer, com a prossecução de determinada finalidade comum (JUSTEN FILHO, 1997:22). Para Marçal JUSTEN, atualmente, “podem, mesmo, existir contratos administrativos em que ambas as partes integram a estrutura administrativa do Estado” (1998:628). Reconhece o ilustre professor curitibano, no entanto, que “quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de teoria geral do direito, na categoria dos contratos comutativos” ou ‘distributivos’ (ainda quando se trata de contratos unilaterais). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir um fim que não é compartilhado pela outra. Já no chamado “convênio administrativo”, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de um mesmo e idêntico interesse” (1998:629). Dissentimos aqui apenas num ponto: os convênios não se destinam a regular apenas a atividade de sujeitos integrantes da administração pública mas também atividades “cooperativas” do Poder Público com particulares. Não se trata de uma questão terminológica. o emprego da expressão para referir esse segundo tipo de relações é expresso no direito positivo (*v.g.*, art. 116 da Lei 8.666/93). Além disso, é preciso cautela na incorporação do conceito de contrato cooperativo no direito administrativo, tendo em conta as diversas normas que regulam o regime dos convênios no Brasil. O assunto, como é óbvio, embora estimulante,

É evidente que a Constituição da República, na norma referida, pretendeu distinguir entre *dois modos de prestação de serviços de saúde por particulares*. No primeiro, mediante a referência ao instrumento do *contrato de direito público*, admite a *terceirização*, vale dizer, a contratação de particular-empresário, com vistas ao desempenho de *atividades-meio* na área de saúde financiada pelo Estado⁷ ou de *atividades específicas*. Esta prestação de serviço, é certo, revestida de caráter empresarial e lucrativo, exige prévia *licitação ou sua dispensa fundamentada*. No segundo modo, mediante a referência ao instrumento do convênio, admite a lei maior a colaboração de entidades sem fins lucrativos, com interesses coincidentes com a administração pública, não sendo cogitada remuneração pela gerência do serviço nem reciprocidade de obrigações. Por essas razões, a celebração de convênio ordinariamente dispensa a *licitação*⁸.

Na hipótese de contrato, pelo caráter próprio da terceirização, não há ou não deve haver prestação global do serviço de saúde, mas sim, atuação em simples *atividades operacionais* ou – *ancilares* (serviços de vigilância, manutenção, limpeza, transporte, seguro etc.) e atividades específicas (serviços técnicos específicos). Na hipótese de convênio, com aplicação também para a figura de acordo ou compromisso impropriamente denominada “contrato de gestão”, não há impedimento à execução global do serviço pela instituição privada sem fins lucrativos, pois trata-se de atividade livre à ação privada, fomentada ou financiada pelo Estado, mas não titulizada por ele. Pode-se, portanto, a partir da própria Constituição, apartar as duas figuras referidas, esclarecendo-se os limites de sua aplicação.

Em nenhuma das duas hipóteses o contrato e o convênio referidos podem ser confundidos com fórmulas de delegação de serviço público (concessão, autorização ou permissão de serviço). Em primeiro lugar, como visto, porque as ações e serviços de assistência à saúde são livres à iniciativa privada (CF, art. 199, *caput*), não constituindo atividade exclusiva de Estado, passível de

não pode ser desenvolvido neste momento, por exceder amplamente os propósitos da presente análise.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, ob. cit., 1997, p. 123.

⁸ *Idem, ibidem*, 1997, p. 131.

delegação executiva em sentido próprio. Em segundo lugar, porque a concessão e permissão de serviço incidem sobre atividades econômicas, onerosas, financiadas pelos próprios particulares-usuários mediante *tarifas* (CF, art. 175), o que obviamente não se aplica ao sistema único ou público de saúde, cujas ações e serviços são ofertados segundo princípios da *universalidade e gratuidade*.

11.7 Desacordos Verbais

Essas considerações preliminares são importantes para evitar “desacordos verbais” muito comuns quando se trata de serviços de saúde ou de outro qualquer serviço de importância vital para a comunidade. É que os juristas, bem como os leigos, empregam ora o *conceito jurídico* (formal) de “serviço público” e ora o *conceito existencial* (material) de “serviço público”, muitas vezes sem o devido rigor, com prejuízo para uma clara identificação do regime jurídico aplicável à atividade desempenhada.

Sem dúvida, as ações e os serviços de saúde são e devem ser tidos como fundamentais, essenciais, prioritários, vitais ou relevantes para a existência da coletividade. Neste sentido, são amiúde referidas como “serviços públicos impróprios”. Essa expressão, no entanto, é equívoca, referindo um dado existencial e não um regime jurídico. Para fins jurídicos, evitando confusões inúteis, devem ser consideradas como serviço público em sentido objetivo apenas as atividades submetidas total ou parcialmente ao regime jurídico público, exercitadas diretamente pelo Poder Público ou por particulares quando atuem como delegados do Estado, sob as formas de autorização, concessão e permissão de serviço. É este o conceito constitucional (CF, art. 175, *caput*). E esse, já vimos, decididamente não é o caso das ações e serviços de assistência à saúde (CF, art. 199, *caput*), ressalvada a hipótese em que o próprio Poder Público as desempenhe.

Na verdade, a participação complementar de entidades privadas no próprio sistema público de saúde, autorizada expressamente pela Constituição, não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de *monopolizar* a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos

ou privados, *preferencialmente instituições “públicas não estatais” (pessoas privadas mas sem fins lucrativos)*, consoante impõe a própria Constituição (CF, art. 199, § 1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde. O Estado com elas não se despede da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais. O Estado continua regulador, fiscalizador, executor e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com *mecanismos de parceria ágeis*, ampliando a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos⁹.

III SERVIÇOS DE SAÚDE E ENTES DE COOPERAÇÃO

12. Sentido da Expressão “Entes de Cooperação”

Os “entes de cooperação” são pessoas jurídicas de direito privado ocupadas com a satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, fomentadas ou financiadas pelo Poder Público, submetidas a especial controle administrativo, mas não encartadas na administração direta ou indireta do Estado.

⁹ O caráter do Estado é definido menos pela dimensão do seu aparato burocrático quanto pela destinação do seu orçamento. Os Estados atuais são sobretudo centros de transferência de recursos econômicos e sociais. A atividade de prestação de serviços pelo Estado-aparato responde apenas por uma parcela da intervenção do Estado nas sociedades contemporâneas. As transferências de recursos tributários, as isenções especiais e os subsídios, entre outras formas de estímulo e limitação da atividade privada, respondem por grande parte da interferência estatal em nossa vida cotidiana. Lamentavelmente, trata-se de setor em que reina uma quase absoluta opacidade e anomia, pois entregue completamente à lógica econômica. Por isso, se quisermos saber se um Estado é de fato “social”, devemos consultar o orçamento público e as efetivas transferências de recursos para o financiamento de serviços sociais, independentemente da natureza da entidade responsável pela realização desses serviços. É este o dado essencial a considerar quando se pretende determinar o compromisso do Estado com a realização do direito à saúde e não o campo das formas organizacionais que o Estado adota ou de que se serve para obter bens ou utilidades coletivas. Registre-se, por fim, que as normas que regem a “forma de organização” não informam necessariamente as “normas de funcionamento” das entidades públicas ou privadas de interesse público existentes no Brasil, sendo usual que entidades estatais de direito privado estejam vinculadas, em diversos aspectos do seu funcionamento, a normas de direito público, o mesmo ocorrendo com simples pessoas jurídicas privadas de interesse público.

São entidades “paraestatais”, em sentido próprio, isto é, entidades que realizam “cometimentos paralelos aos do Estado”¹⁰. O conceito de entidade “paraestatal”, no entanto, foi entre nós completamente desfigurado, com inclusão até de entidades diretamente criadas por lei para desempenho de atividades econômicas ou serviços públicos¹¹, razão pela qual deve ser abandonado.

Os entes de cooperação são entidades “quase-públicas”, ou “públicas não estatais”, porque ocupadas com o desempenho de atividades de imediato interesse coletivo. Em regra, são instituições sem ânimo de lucro, reinvestindo todas as suas receitas ou excedentes financeiros nas próprias finalidades sociais¹². São ordinariamente instituições “sem dono”, de gestão autônoma de serviços sociais pelos próprios interessados, geralmente mediante representação classista direta ou mediante conselhos eleitos ou parcialmente

¹⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de Direito Administrativo**. 1969, p. 266.

¹¹ Hely Lopes MEIRELLES, por exemplo, incluía no gênero paraestatal as seguintes espécies: empresas públicas, sociedades de economia mista e serviços sociais autônomos. Segundo este autor, as duas primeiras integram a Administração indireta e os últimos, fora dessa administração, integrariam a categoria dos “entes de cooperação” (1995:323). Esse conceito de paraestatal foi logo objetado por Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, por “incluir, no mesmo conceito genérico, seres de natureza as mais díspares: sociedades e fundações privadas criadas pelo Estado e sociedades e fundações criadas pelos particulares” (1969:267). Para este último autor, o conceito de paraestatal deveria ser reservado apenas para designar “entidades, na regência de interesse coletivo, mas sob organização jurídica privada”. (1969:266).

¹² Existem entes de cooperação que desempenham atividades econômicas. O exemplo mais eminente são as cooperativas, referidas expressamente na Constituição Federal, no título da Ordem Econômica e Financeira (art. 174, § 2º). As cooperativas são associações de pessoas, de auxílio mútuo ou de solidariedade, reunidas para a prossecução de objetivos econômicos. Embora a lei defina a cooperativa como sociedade “sem objetivo de lucro” (Lei 5.764/71, art. 30), na verdade, a associação é assim tratada unicamente porque os resultados econômicos são destinados à distribuição entre os seus associados. A cooperativa desempenha atividade econômica para proveito econômico dos seus associados e não objetivando o lucro como um fim em si, auto-referido à própria organização. Sobre o tema, bem como sobre a impropriedade da utilização dessa forma jurídica no serviços de saúde, analisando a experiência do PAS, cf. Maria Paulo Dallari BUCCI, “O Plano de Atendimento à Saúde (PAS) e o Abuso das Formas Jurídicas”, **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, abr./jun./1997, p. 111-137.

eleitos pela comunidade e constituídos para esse fim. São instituições criadas de formas variadas (reconhecidas pelo Poder Público “*a posteriori*”, após sua constituição por particulares, ou de constituição previamente autorizadas por lei específica, limitadora da ação posterior de particulares), apresentando ainda graus diferentes de vinculação finalística ao Poder Público.

São entidades do chamado “terceiro setor”, organizações que não são nem estatais nem mercantis, vale dizer, que, sendo privadas, não perseguem o lucro e, sendo constituídas para um fim social, não são estatais. Segundo Boaventura de Souza Santos, são instituições que tentam realizar o compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais, adotando a flexibilidade operacional típica de pessoas privadas sem prejuízo da busca de equidade social inerente a qualquer instituição pública¹³. Porém, ao menos assim entendo, por receberem auxílios públicos e privados em nome do desempenho de atividades socialmente relevantes, são e devem ser mais intensamente fiscalizadas pelo Poder Público e pela comunidade do que as demais pessoas privadas, através de controles formais e materiais que assegurem a fidelidade de sua ação ao escopo que devem prosseguir.

São exemplos de entidades de cooperação, no direito brasileiro, as entidades declaradas de utilidade pública, as entidades declaradas como organizações sociais, as entidades declaradas organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos. As entidades denominadas “fundações de apoio” podem assumir tanto uma forma estatal quanto não-estatal. Conseqüentemente, ora podem, figurar entre as “entidades de cooperação”, ora entre as entidades integrantes da administração indireta do Estado, qualificando-se neste último caso como “fundações governamentais”.

Sobre o regime jurídico das entidades de utilidade pública, das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de

¹³ Cf. Boaventura de Souza SANTOS, “A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado”, conferência apresentada no Seminário Internacional “A Sociedade e a Reforma do Estado”, promovido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado do Brasil (MARE) e pelo Conselho da Reforma do Estado, em São Paulo, no mês de março de 1998, publicado nainternet, url: <http://www.m.are.gov.br/Historico/Reforma/conselho/Boaventura>. PDF, p. 20.

caráter público tive oportunidade de escrever dois artigos, já publicados¹⁴.

Nesta oportunidade, para os fins deste parecer, interessa aprofundar a discussão sobre as fundações de apoio, esclarecendo alguns aspectos do seu regime jurídico, especialmente no que diz respeito à forma pela qual deve prestar contas dos recursos públicos que eventualmente lhe sejam entregues pelo Estado como “subvenção” ou “transferência” vinculada a prestação de atividades de relevância pública.

¹⁴ O primeiro texto referido, “Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais”, foi apresentado no II Congresso Interamericano sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública, promovido pelo CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, na ilha de Margarita, Venezuela, em outubro de 1997. Foi atualizado em 03.11.1997 em razão da edição da Medida Provisória 1.591, de 9 de outubro, publicada no Diário Oficial da União de 10.10.1997 e, posteriormente, atualizado novamente em face da edição da Lei 9.637, de 15.05.1998. É de fácil acesso, tendo sido publicado pelos seguintes veículos: **Revista do Serviço Público**, Distrito Federal, ENAP-Escola Nacional de Administração Pública, v. 48, n. 2, p. 27 a 58, mai./ago./1997; **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, n. 210, out./dez./1997; **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, a. XIV, n. 4, p. 231-244, abr./1998. São Paulo – São Paulo: Ed. NDI LTDA; **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 315-331, out./dez./1997. Na Internet, foi publicado na **Revista Jurídica Jus Navegandi**, a partir de abril de 1999, url: <http://www.jus.com.br/doutrina/orgsoci2.html>; **Revista Jurídica Dataveni@**, a. IV, jun./1999, n. 25, URL: <http://iwww.datavenia.inf.br>. O segundo texto referido, “Reforma do marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”, foi escrito para publicação em coletânea organizada pela UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, mas também foi publicado em revistas jurídicas especializadas. O texto foi escrito em 13.10.1998 e atualizado em 24.03.1999, em razão da rápida aprovação do Projeto de Lei 4.690, apresentado em 28.08.1998 e já transformado na Lei 9.790, de 23.03.1999. A versão original do texto foi publicada na **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, n. 214:55-68, out./dez./1998. Mas a versão atualizada pode ser conferida nas seguintes revistas: **Revista Jurídica – Administração Municipal**, Salvador, BA, Ed. Jam, mai./1999, n. 5, p. 41-64; **Revista Interesse Público**, a. 1, n. 1) 1, jan./mar./1999, p. 31-46. Na Internet, encontra-se publicado na **Revista Jurídica Virtual da Sociedade Brasileira de Direito Público**, url: <http://www.sbdp.org.br>. Consulte-se também, com proveito, sobre o tema das organizações Sociais, o trabalho de Juarez FREITAS, “O Controle e o Regime das Organizações Sociais”. In **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999, p. 180-192.

IV FUNDAÇÕES DE APOIO E FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS

13. A Constituição da República não emprega uma terminologia uniforme ao tratar das fundações estatais. Por vezes, refere as “fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público” (arts. 71, II e III; 150, § 2º; 165, § 5º, III; 169, § 1º; 18, ADCT; 35, V, ADCT; 64, ADCT); outras vezes emprega a expressão “fundação pública” (art. 19, ADCT; art. 39, *caput*, revogado pela EC 19/98); por fim, emprega isoladamente a palavra “fundação” (arts. 37, XVII e XIX; 39, § 7º).

13.1. A doutrina jurídica, enfrentando o problema, assentou distinções relevantes, que permitem uma leitura sistemática da Constituição. Distinguiu entre fundações governamentais de direito privado, ou simplesmente *fundações governamentais*, e as fundações de direito público, ou simplesmente *fundações públicas*, como espécies do gênero fundação estatal.

As fundações públicas possuem o regime jurídico das autarquias – são *autarquias fundacionais*. Por isso, são constituídas por lei (art. 37, XIX), com subordinação plena ao direito público, caracterizando-se por serem “entidades estatais personalizadas de competência exclusivamente administrativa”¹⁵.

As fundações governamentais, por outra via, são entidades caracterizadas pela personalidade de direito privado, de constituição **autorizada** por lei (art. 37, XIX, *in fine*), mas igualmente subordinadas a normas de direito público em determinados aspectos do seu funcionamento, segundo o disposto em nível legal ou constitucional (ex. obrigação de realização de concurso público).

As fundações governamentais caracterizam-se por: não exercitarem, a título próprio, prerrogativas de direito público; se submeterem ao controle externo do Tribunal de Contas e interno do Poder Executivo; serem passíveis de modificação por lei; dispensarem a fiscalização do Ministério Público; equipararem os seus agentes a servidores públicos e sujeitarem os seus dirigentes a mandado de segurança e à ação popular quando no exercício de

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 102.

função delegada; deverem submissão à lei de licitações; gozarem de imunidade tributária unicamente sobre impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a atividades essenciais.

13.2. Essa distinção não tem nada de nova, pois remonta à orientação do Supremo Tribunal Federal ainda na vigência da Carta Constitucional de 1969. De forma incisiva, à época, assentou o STF o seguinte:

Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é Fundação de Direito Privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-Membros, por Leis Estaduais são Fundações de Direito Público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, § 3º da Lei 410, de 12.03.1981, e o art. 1º do Decreto 4.086, de 11.05.1981, ambos do Estado do Rio de Janeiro. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE-101.126/RJ. Rel.: Min. Moreira Alves, publicação DJ data 01.03.1985, p. 02.098. Ement v. 01.368-02 p. 00188, j. em 24.10.1984 – Tribunal Pleno)

Natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Desde que assumam a gestão de serviço estatal, e sejam mantidas por recursos orçamentários, sob a direção do poder público, integram a administração indireta, e são jurisdicionadas a Justiça Federal, se instituídas pelo governo federal. Recurso conhecido e provido. (STF, RECR-115.134/DF. Rel.: Min. Carlos Madeira, publicação DI data 06.05.1988 p. 10.635, Ement v. 01.500-04, p. 00708, j. em 08.04.1988 – Segunda Turma)

13.3. Essa orientação jurisprudencial foi renovada durante a vigência da Constituição de 1988:

Ementa: Recurso extraordinário. Universidade do Rio de Janeiro. Expedição de diploma. Condenação. Conflito de competência. Natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público. Conflito de competência. Cf, art. 109, I.

1. *A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta.*

2. *Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias.*

3. *Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE-127.489/DF. Rel.: Min. Maurício Corrêa, publicação DI data 06.03.1998, p. 00016, Ement v. 01.901-03, p. 00425, j. em 25.11.1997 – Segunda Turma)*

13.4. Neste quadro, como caracterizar as fundações instituídas para “dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais” de ensino superior? Muitas delas existem unicamente para colaborar com o Poder Público e subsistem unicamente em razão dos recursos aferidos com as parcerias que estabelecem com o Poder Público. São, por esse fato, entidades da administração indireta? Algumas são registradas por particulares; outras pelo próprio Poder Público, muitas vezes sem a devida autorização legislativa. Há diferenças jurídicas decorrentes desta circunstância?

A doutrina nacional tem sido vacilante e muitas vezes omissa a respeito do tema. É freqüente o silêncio completo sobre o assunto nos manuais e monografias nacionais de direito administrativo.

Penso que o problema deve ser resolvido à luz da Constituição. Embora a interpretação literal seja a mais pedestre das in-

interpretações, não parece razoável desprezar a dicção constitucional quando exige para caracterizar uma entidade como integrante da administração indireta fundacional que seja “instituídas e mantidas pelo Poder Público” (arts. 71, II e III; 150, § 2º; 165, § 5º, III; 169, § 1º; 18, ADCT; 35, V, ADCT; 64, ADCT). Esses dois elementos (a instituição e a manutenção) são exigidos de forma conjugada e não alternativamente. Há quem, nos textos doutrinários, faça leitura diferente do texto constitucional. No entanto, não tem sentido, dentro agora da sistemática constitucional, supor que a simples manutenção ou a colaboração para manutenção de entidades privadas de interesse público transforme entidades instituídas por particulares em entidades da administração indireta, com direito à imunidade tributária de impostos, subordinação à exigência de concurso público e à necessidade de lei para autorização de sua extinção ou efetivação de sua extinção. Pense-se nas milhares de creches subvencionadas quase exclusivamente com recursos públicos, instituições de acolhimento de excepcionais, entre outras. Mas é preciso cautela. Nos casos em que o poder público institui uma fundação, inclusive pelo ato de destinar recursos públicos para a formação do patrimônio inicial da entidade, há fundação governamental ou fundação pública, conforme o caso, ainda que constituída de modo irregular¹⁶.

Quando a entidade criada for uma unidade orçamentária do Poder Público, tendo sido constituída pelo Estado, é também parte da organização pública, integrando a administração indireta. Mesmo que esta se atribua a condição de entidade não-estatal. Mas simples subvenções, auxílios e transferências eventuais, por atividade desempenhada, não possuem o condão de transformar entida-

¹⁶ Miguel REALE JÚNIOR, em texto sobre o tema, registrou um dado histórico pouco conhecido. Segundo o professor, “o projeto da Constituição até o segundo turno estabelecia: ‘fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público’. A redação para o segundo turno trouxe a correção da aditiva: “instituída e mantida pelo Poder Público” (“Fundações – Fiscalização pelo Ministério Público”, RDP 98, abril-junho, 1991, a. 24, p. 72). Trata-se de mais um elemento auxiliar de convicção, a demonstrar que a exigência dos dois elementos pelo constituinte não foi casual ou gratuita. É certo, porém, que a lei deve ser compreendida nos seus próprios termos e não conforme a orientação histórica do legislador real. Quando os dois entendimentos convergem, no entanto, não há porque não ressaltar também o elemento histórico na interpretação.

des instituídas por particulares em unidades personalizadas da administração pública.

Neste diapasão, especificamente sobre as Fundações de Apoio, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança. Anistia concedida aos servidores públicos e empregados de Sociedade de Economia Mista sob o domínio da União. Lei 8.878/94. Inaplicação aos empregados de pessoa jurídica de direito privado.

A Lei 8.878/94 (art. 1º) só anistiou os empregados que tiveram os contratos rescindidos, por motivação política, no período compreendido entre 16.03.1990 a 30.09.1992, e só alcançou aqueles (empregados) vinculados a órgãos da Administração Indireta da União (Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas).

Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão (FAEPE), de que se dizem os impetrantes empregados regidos pela CLT, é pessoa jurídica de direito privado, sem vínculo jurídico com a União e, por isso mesmo, os seus empregados, embora com a rescisão dos respectivos contratos no período considerado, não se beneficiaram com a anistia.

O recrutamento de pessoal através de convênio (tal qual acontecia entre a União e a FAEPE) pela Administração Pública não gera vínculo empregatício direto com a União, salvo se implementadas as condições previstas nos incs. I e II do art. 37 da Constituição Federal.

A reintegração, segundo a definição legal, só aproveita ao servidor estável no cargo anteriormente ocupado quando este tiver sido demitido ilegalmente. Segundo os cânones da lei (Lei 8.878/94), o retorno ao serviço dar-se-á exclusivamente no cargo ou emprego anteriormente ocupado, ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação. Não estando os impetrantes, antes da rescisão dos seus contratos, a serviço da União ou de seus órgãos, impossível determinar-se o retorno ao serviço público e, de outro feito, em cargos (ou empregos) que, an-

tes, não ocupavam, na definição legal. Segurança denegada. Decisão unânime. (STJ – 1ª Seção-MS 3.979-DF. Rel.: Min. Demócrito Reinaldo, j. em 11.09.1996, v.u.; Ementa). BAASP, 2.014/58-e, de 04.08.1997, JSTJ/TRF, 91.164, mar./1997 Reforma Administrativa – Estabilidade Funcional) (Grifo Nosso)

13.5. Trata-se, portanto, de visualizar adequadamente o problema. O nome diz pouco. A Fundação de Apoio será entidade da administração indireta se instituída e mantida pelo poder público; será fundação de direito privado particular, ou não-estatal, entidade de colaboração, se for constituída por particulares e subvencionada pelo poder público ou por particulares. O Estado, neste último caso, não lhe deve dotações orçamentárias, mas recursos de fomento (subvenção social) ou valores correspondentes ao pagamento pela prestação de serviços.

V PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS ENTES DE COOPERAÇÃO

14. Até 04.06.1998, data da promulgação da Emenda Constitucional 19, essa distinção no regime jurídico tinha enorme repercussão no tema da prestação de contas das entidades denominadas Fundações de Apoio. Entendia-se que, se fundação fosse instituída pelo poder público, ainda que de forma irregular, a prestação de contas deveria ser **direta e periódica** ao Tribunal de Contas competente. A fundação assim criada deveria ser integrada na administração indireta do Estado. Mas se a Fundação de Apoio fosse instituída por particulares, apenas os recursos públicos recebidos deveriam ser objeto de prestação de contas, porém não de forma direta ao Tribunal de Contas competente e sim, perante as entidades do Poder Público que travavam com aquelas entidades os respectivos vínculos de colaboração. O Tribunal de Contas conheceria ou fiscalizaria a gestão dos recursos públicos pela entidade privada subvencionada ou de outro modo beneficiada quando realizasse a avaliação das contas da entidade pública gestora do convênio ou contrato, vale dizer, a fiscalização da entidade pública responsável pela avaliação dos serviços realizados pela entidade de colaboração.

14.1. É certo, ainda, que uma exceção era aberta: quando, diante de circunstâncias concretas, houvesse indício de que

essas entidades privadas de colaboração estivessem dando causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resultasse prejuízo ao erário público. Neste caso, instaurava-se uma tomada de contas para apurar **diretamente** a boa ou má utilização de recursos públicos pela entidade de colaboração, em razão da expressa previsão constitucional do art. 71, II, *in fine*, da Constituição Federal.

14.2. O Tribunal de Contas da União, depois de um período em que exigia a prestação de contas diretamente pelas entidades denominadas Fundações de Apoio, sumulou entendimento contrário a essa exigência, mediante o seguinte enunciado:

As fundações de apoio constituídas ou instituídas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior, estão desobrigadas de apresentarem diretamente ao Tribunal de Contas da União Prestação de Contas, nos termos das disposições e princípios constantes da Lei 8.958/94. (TCU, ED-000198, Precedentes: AC-0107-40/95-P; AC-0126-44/95-P; DC-0230-22/95-P)

Registre-se que a Lei 8.958/94 tratou especificamente da contratação, pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, por prazo determinado, de serviços de “instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes”. Mas, ao dispor sobre o tema, estabeleceu reflexivamente aspectos do regime jurídico a ser aplicado às Fundações de Apoio.

As disposições desta Lei são simples e diretas, dispensando demoradas paráfrases interpretativas. Reza a Lei 8.958/94, especificando o regime das Fundações de Apoio:

Art. 2º. As instituições a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

I – à fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil;

II – à legislação trabalhista;

III – ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente.

Art. 3º. *Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:*

I – observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II – prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

III – submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV – submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente. (Grifo nosso).

O entendimento do Tribunal de Contas da União diante da publicação da Lei 8.958/94, a partir da sessão do Tribunal Pleno de 31.05.1995 (Processo TC 021.921/94-6, Ata 22/95, Decisão 230/95, Ministro-Relator Olavo Drummond), caminhou no sentido de desobrigar as Fundações de Apoio a Instituições de Ensino Superior de apresentarem diretamente as respectivas prestações de contas ao Tribunal. Mais ainda: dispensou a prestação de contas anteriores, caso estas ainda não tenham ainda sido feitas, quando relativas a exercícios anteriores a 1994.

Essa orientação permanece acatada e dominante no âmbito do Tribunal de Contas da União até este momento, embora tenha sido alterado o estatuto constitucional nesta matéria, como adiante analisaremos.

15. Problemas Decorrentes da Atual Sistemática de Prestação de Contas

A prestação de contas das entidades de cooperação sob forma indireta ou oblíqua produz inconvenientes diversos à efetividade do sistema de controle externo. O crescimento do chamado

“terceiro setor” e o incremento da subvenção às organizações não governamentais colocaram na ordem do dia a necessidade de uma reflexão, ainda que breve, sobre essa questão.

A prestação de contas indireta é, em primeiro lugar, uma prestação condicionada à efetiva fiscalização do órgão ou entidade do poder público. Traduz procedimento dependente, subordinado ao interesse e à efetiva aptidão da entidade pública de administração para uma fiscalização efetiva do contrato, do convênio, do termo de parceria, enfim, da boa aplicação dos recursos públicos destinados a organizações não-governamentais. Lamentavelmente, a regra é que o procedimento primário de fiscalização seja deficiente, quando não completamente omissos. A consequência é a ação tardia do sistema de controle das contas públicas.

A prestação indireta, além disso, frequentemente cria paroxismos no controle das contas estatais. É comum que, depois de aprovadas as contas do órgão ou da entidade pública (Secretaria, Autarquia, contas do Governo etc.), o tribunal de contas tome conhecimento tardio de irregularidades praticadas em convênios destas unidades governamentais com entidades não-governamentais. Não é preciso ir longe: a fiscalização do convênio destes autos dormiu nas dependências da Secretaria de Saúde por vários anos, com atraso de sua apresentação ao Tribunal de Contas de 1.573 (um mil quinhentos e setenta e três) dias. A prestação de contas em análise, frise-se novamente, diz respeito a prestação de contas da primeira parcela do convênio. Neste momento, como é óbvio, o convênio já produziu todos os seus efeitos e ultrapassou todas as suas fases. Esse fato revela o grau de deficiência desse procedimento, especialmente quando coloca o Tribunal de Contas do Estado numa situação contraditória, pois este não pode referendar as irregularidades apuradas no convênio, mas já aprovou há vários anos as contas da entidade pública que se omitiu de denunciá-las e apurá-las a seu tempo.

16. Reforma Administrativa e Controle dos Recursos Públicos destinados aos Entes de Cooperação

A Emenda Constitucional 19, promulgada em 04.06.1998, conhecida também como Emenda da Reforma Administrativa, não desconheceu o assunto. Alterou o disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, alargando a ação direta dos Tribunais de Contas.

Dizia o dispositivo alterado, em sua redação original:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.*

A nova redação, resultante da Emenda Constitucional 19/98, adota o enunciado seguinte:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.*

Comentando a alteração, com observações oportunas, escreveu Jessé Torres Pereira Júnior¹⁷:

Ao tratar do dever de prestar contas do uso de dinheiros, bens e valores públicos, a Emenda 19 supre lacuna do passado e provê para o futuro. A modificação que introduziu no parágrafo único do art. 70 consiste em estender aquele dever às pessoas jurídicas privadas.

Supre lacuna do passado porque ditas pessoas sempre receberam auxílios e subvenções do poder público sem a correspondente obrigação de prestar contas de sua aplicação, o que significava a possibilidade de destiná-los a objetivos diversos daqueles que houvessem oficialmente motivado a liberação. Ou seja, o erário liberava dinheiro e outros valores públicos que poderiam vir a ser destinados, sem controle, à satisfação de interesses particulares, a pretexto de que estariam atendendo a finalidades de utilidade pública, por meio de entidades privadas de beneficência, assistência social, educação ou saúde, entre outras.

¹⁷ Conf. Da Reforma Administrativa Constitucional., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 295-298.

É bem verdade que o Tribunal de Contas da União contornava a lacuna ao entender que a prestação de contas era devida pela pessoa física do gestor dos recursos recebidos pela pessoa jurídica privada. Entendimento placitado pela Suprema Corte, verbis: “Prestação de contas referente à aplicação de valores recebidos de entidades da administração indireta, destinados a Programa Assistencial de Servidores de Ministério, em período em que o impetrante era Presidente da Associação dos Servidores do Ministério. O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não. Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente do Tribunal de Contas da União para julgar a matéria em causa, a teor do art. 71, II da Constituição, havendo apuração dos fatos em procedimentos de fiscalização, assegurada ao impetrante ampla defesa. Mandado de segurança indeferido.

(MS 21.644-1. Rel.: Min. Néri da Silveira. DJU de 08.11.1996, p. 43.204).

A solução, de indiscutível base constitucional e com sólido alicerce nos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, ressentia-se, no entanto, de efetividade se na raiz de desvios eventualmente apurados estivessem, principalmente, a estrutura organizacional da pessoa jurídica e a atuação de outros de seus dirigentes, além do gestor responsabilizado. Apenar-se-ia este, mas livrar-se-ia a entidade para continuar a malbaratar recursos públicos.

A Emenda provê também para o futuro porque a Lei 9.637, de 05.05.1998, ao criar a figura da “organização social” (pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujo objetivo societário seja atuar no campo do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura, ou da saúde), declara-a de interesse social e utilidade pública, e autoriza o poder público a destinar-lhe recursos de toda sorte (verbas orçamentárias, bens públicos

e até pessoal -- arts. 11 a 14) para a realização de planos e programas estabelecidos em contrato de gestão.

Certo é que a Lei 9.637/98 incumbe os responsáveis pela fiscalização da execução desse contrato de, sob pena de responsabilidade solidária, dar ciência ao Tribunal de Contas “de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social” (art. 99). Todavia, tal dever de “dar ciência” não incluía na competência do Tribunal o exercício permanente, de ofício, do controle externo sobre as organizações sociais. A Emenda 19 veio fazê-lo.

Justifica-se, portanto, o acréscimo realizado pela Emenda Constitucional: o crescimento das parcerias do Poder Público com o terceiro setor deve ser acompanhado da uma concomitante ampliação da fiscalização do Poder Público sobre a boa aplicação desses recursos. Atualmente, após a Emenda Constitucional 19/98, não há relevo em considerar se a entidade é pública ou privada, se a parceria é firmada como contrato ou convênio, contando unicamente a origem pública dos bens ou recursos administrados para o fim de fixar a obrigação de prestação direta de contas ao Tribunal de Contas.

Certo, essa ampliação de tarefas provavelmente exigirá uma série de providências administrativas de reordenação do sistema de controle, mecanismos de verificação por amostragem ou diferenciação da fiscalização pelo montante de recursos, transferidos, um esforço extraordinário dos Tribunais de Contas, porém representa indubitavelmente um avanço no controle da aplicação dos recursos públicos e, conseqüentemente, um maior resguardo da moralidade administrativa.

Diante desse quadro, parece mais fácil entender as deficiências encontradas no curso deste processo e a urgência em repensar o processo de fiscalização das entidades privadas sem fins lucrativos no âmbito do Tribunal de Contas do Estado da Bahia.

A matéria diz respeito a uma interpretação das normas regentes do funcionamento do Tribunal de Contas do Estado da Bahia à luz do novo contexto constitucional.

17. Invalidade do art. 133 do Regimento do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

O art. 133 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da Bahia prescreve:

Art. 133. *As instituições e entidades, inclusive as de natureza não governamental sem fins lucrativos, que recebam recursos públicos, prestarão contas ao Tribunal de Contas, através da Secretaria ou órgão subordinado ao Governador que lhes repassou os fundos, dentro de trinta dias do término do prazo para sua execução, liquidação e aplicação.*

§ 1º *A aplicação dos recursos estaduais pelas organizações não-governamentais se fará em obediência aos princípios da licitação incorporados às normas próprias da entidade.*

§ 2º *Ficam excluídas da obrigação estabelecida no caput deste artigo as instituições que recebem recursos de entidades da administração indireta que tenham suas contas julgadas pelo Tribunal de Contas por exercício ou gestão, as quais incluirão em suas demonstrações financeiras as transferências de que trata esta Seção.*
(Grifo nosso)

Na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, no entanto, além de não se encontrar apoio direto à norma enunciada, identificamos prescrições que caminham em sentido contrário, a exemplo das seguintes:

Art. 1º. *Ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia, órgão autônomo e independente, incumbido de auxiliar o controle externo a cargo da Assembléia Legislativa, compete, na forma estabelecida na Constituição do Estado:*

...

VI – *apreciar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade dos procedimentos licitatórios, contratos, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;*

XI – *fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;*

...

Adiante, dispõe a Lei Orgânica do Tribunal:

Art. 7º. Estão sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas e só por ato seu podem ser liberados de responsabilidade:

...

VII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;

Frise-se que essa última norma filia-se ao disposto na Constituição do Estado da Bahia. Segundo o disposto no diploma constitucional estadual, o Tribunal de Contas do Estado e dos Municípios mantém atribuição para “fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado e pelos Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste, ou outros instrumentos congêneres” (art. 91, XI).

Essa enunciação ampla da norma constitucional estadual não é desconhecida do próprio Tribunal de Contas da Bahia. Em trabalho premiado pelo Tribunal, o auditor Carlos Vasconcelos Domingues, assessor do ilustre Conselheiro Adhemar Bento Gomes, escreveu:

A norma constitucional estadual não limita, como o faz a federal, o exercício do controle externo, apenas, aos recursos públicos transferidos às pessoas jurídicas de direito público. Por isso mesmo, na Bahia, as organizações não-governamentais que recebem recursos estaduais estão submetidas ao controle externo¹⁸.

A conclusão do autor entendo verdadeira, mas não as suas premissas, pois admito que também a Constituição Federal autoriza o controle externo sobre as entidades de cooperação, denominadas também entidades não-governamentais, que recebam recursos públicos. Até a Emenda Constitucional 19 autorizava o controle externo mediante tomada de contas direta ou prestação de contas indireta; hoje, depois da Emenda, também a prestação de contas direta¹⁹. É óbvio que, se atualmente a Constituição Federal contraditas-

¹⁸ “O Controle Externo e os Novos Modelos de Gestão de Serviços Públicos: as Organizações Sociais”, texto impresso e encadernado, s.e, set./1998, p. 98.

¹⁹ Não farei no texto a distinção entre prestação de contas e comprovação de contas, constante do art. 11 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da Bahia. Segundo

se com a Constituição Estadual na matéria, pouco adiantaria o alcance dado nesta última à competência do Tribunal, uma vez o texto seria inconstitucional, írrito, nulo.

Existe, assim, incontendível invalidade no processo atual de prestação de contas das entidades de cooperação no Estado da Bahia. A sistemática atual, apoiada diretamente no art. 133 do Regimento Interno do Tribunal é inválida, quer por afrontar diretamente a nova redação do texto constitucional federal, quer por reduzir o alcance do texto constitucional estadual.

O assunto não é secundário, como revelam as deficiências apontadas pelo corpo técnico neste processo, muitas das quais relacionadas à deficiência na fiscalização do convênio no momento oportuno.

VI CONCLUSÃO

18. As considerações anteriores podem ser traduzidas em termos sintéticos:

- a) A prestação de serviços de saúde pelos particulares é possível e juridicamente legítima, independentemente de delega-

o dispositivo, “as contas dos responsáveis por dinheiro, valores, materiais e outros bens pertencentes ao Estado ou pelos quais este responda, são objeto de comprovação, prestação ou tomada de contas. (Lei Complementar 05/91, art. 11, *caput*). Sujeitam-se à comprovação de contas “os atos de dirigentes de repartições que tenham sob sua guarda ou administração dinheiro, valores ou materiais e outros bens do Estado, também os que arrecadem, paguem ou recebam depósitos de terceiros, e, ainda, os responsáveis por adiantamento ou execução de contrato e as instituições ou entidades que recebam subvenção dos cofres públicos”. Sinteticamente, atos administradores públicos ou privados que recebam recursos direta ou indiretamente públicos. De outra parte, define-se prestação de contas como a “apresentação de elementos previstos na legislação pertinente, que retratem a atividade administrativa, contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional dos órgãos e entidades da administração pública, durante um exercício ou gestão”. É dizer: prestação de contas alcançaria apenas as entidades públicas. As razões para a não-adoção da terminologia é pragmática: prefiro empregar de forma ampla a expressão “prestação de contas” para ser entendido. Porém, outras razões também comparecem: (a) uso equívoco da expressão “comprovação de contas” por outras normas da Lei Orgânica (v.g., art. 18); (b) emprego da expressão “prestação de contas” também para as entidades não-governamentais pelo Regimento Interno do Tribunal (v.g., art. 133); (c) o caráter ambíguo da expressão “comprovação de contas”, uma vez que diz respeito a atividade de entidades não-governamentais ou a atuação de administradores públicos, coincidindo parcialmente, ao menos em relação a esses últimos, com o conceito de prestação de contas.

ção do poder público, por se tratar de serviço de relevância pública e não serviço público em sentido próprio ou estrito.

b) A declaração do direito à saúde como direito do cidadão e dever do Estado obriga a que o Estado garanta o direito à saúde e não que ofereça diretamente e de forma executiva o atendimento à saúde.

c) As pessoas jurídicas privadas podem participar do sistema público de saúde, mediante contrato ou convênio, tendo preferência as entidades sem fins lucrativos.

d) As fundações de apoio podem apresentar-se como entidades da administração indireta (fundações governamentais) ou como entidades de cooperação.

e) Quando compareçam como entidades de cooperação, integrantes do chamado terceiro setor, estão sujeitas à prestação de contas em relação aos recursos públicos que recebam à conta de subvenções ou transferências do poder público.

f) Após a Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998, essa prestação de contas deve ser direta, ao final ou durante a execução do contrato ou convênio com o poder público, segundo o disposto na lei ou nas cláusula da avença.

g) São inválidas e inconvenientes, por permitirem inefetividade do sistema de controle, as disposições que transferem a prestação de contas das entidades de cooperação para o interior de processos de prestação de contas das entidades públicas.

h) No âmbito do Estado da Bahia, as disposições do Regimento Interno do Tribunal de Contas que estabelecem a prestação indireta de contas ou a dispensa da prestação de contas para entidades de cooperação são inválidas, contraditando com o novo texto constitucional e a Constituição do Estado da Bahia.

É o parecer, s.m.j.

Salvador, 21 de setembro de 1999.

Paulo Modesto

Promotor de Justiça

ANEXO I
LEI 8.958, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1994

Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências.

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º. As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inc. XIII do art. 24 da Lei 8.666, de 21.06.1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Art. 2º. As instituições a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

I – à fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil;

II – à legislação trabalhista;

III – ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente.

Art. 3º. Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I – observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II – **prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;**

III – submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV – **submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.**

Art. 4º. As instituições federais contratantes poderão autorizar, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no art. 1º desta lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

§ 1º A participação de servidores das instituições federais contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta lei, autorizada nos termos deste artigo,

não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução, concederem bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão.

§ 2º É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no *caput* durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no *caput*.

§ 3º É vedada a utilização dos contratados referidos no *caput* para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atender necessidades de caráter permanente das instituições federais contratantes.

Art. 5º. Fica vedado às instituições federais contratantes o pagamento de débitos contraídos pelas instituições contratadas na forma desta lei e a responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado, inclusive na utilização de pessoal da instituição, conforme previsto no art. 4º desta lei.

Art. 6º. No exato cumprimento das finalidades referidas nesta lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas.

Art. 7º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

Itamar Franco
Murílio de Avelar Hingel
José Israel Vargas

ANEXO II POSIÇÃO DO TCU

Identificação do Documento: DC-0230-22/95-P

Ementa:

Representação formulada pela 6ª SECEX contendo proposta de dispensa de prestação de contas pelas Fundações de Apoio constituídas pelas Instituições Federais de Ensino Superior, a partir do exercício de 1994. Acolhimento. Determinação. Considerações sobre a obrigatoriedade do controle dos recursos repassados às Fundações de Apoio pelas CISETs dos órgãos repassadores.

Dados Materiais:

Decisão 230/95 – Plenário – Ata 22/95 Processo TC 021.921/94-6.
Interessado: Tribunal de Contas da União. Unidade: Sexta Secretaria de Controle Externo – 6ª SECEX Relator: Ministro Olavo Drummond. Representante do

Ministério Público: Dr. Paulo Soares Bugarin. Unidade Técnica: 6ª Secretaria de Controle Externo – 6ª SECEX. Especificação do quórum:

Ministros presentes: Fernando Gonçalves (na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Paulo Affonso Martins de Oliveira, Olavo Drummond (Relator), Iram de Almeida Saraiva; os Ministros-Substitutos Bento José Bugarin e Lincoln Magalhães da Rocha.

Assunto:

Representação...DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. estão desobrigadas as fundações de apoio constituídas ou instituídas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior de apresentarem diretamente ao Tribunal de Contas da União Prestação de Contas, nos termos das disposições e princípios constantes da Lei 8.958, de 20.12.1994, aplicando-se à espécie o art. 33 e seu parágrafo único da IN-TCU 06, de 08.06.1994;

2. ficam dispensadas as instituições a que alude o subitem 8.1 de apresentarem ao Tribunal, caso ainda não o tenham feito, prestação de contas de exercícios anteriores a 1994;

3. determinar às Secretarias de Controle Externo do Tribunal (que examinem os processos de prestação de contas das fundações de apoio já recebidos, submetendo-os aos respectivos relatores, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, com proposta de arquivamento, salvo se verificada a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou ainda a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, nos termos do art. 8º da Lei 8.443/92, hipótese em que deverão ser alvitradas as medidas previstas no art. 12 da mesma lei, conforme o caso;

4. determinar aos órgãos e entidades do Governo Federal, por intermédio das respectivas Secretarias de Controle Interno, que os recursos transferidos às Fundações de Apoio, mediante convênios, acordos ou outros instrumentos similares sejam objeto de fiscalização, obrigatória a prestação de contas dos referidos recursos, nos termos da legislação em vigor, instaurando, de imediato, processo de tomada de contas especial se constatada irregularidade de que resulte prejuízo ao Tesouro ou à entidade transferidora, ou, ainda, se verificada a omissão na comprovação da aplicação dos recursos;

5. determinar à Sexta Secretaria de Controle Externo e às Secretarias de Controle Externo sediadas nas unidades da federação o rigoroso acompanhamento, nas prestações de contas anuais dos órgãos e entidades mencionadas no subitem 4, acima, o cumprimento da determinação constante do mesmo subitem, tomando as medidas cabíveis de sua alçada, se verificadas irregularidades na aplicação dos recursos de que trata esta Decisão.

Relatório:

Grupo I – CLASSE VII – Plenário. TC 021.921/94-6. Natureza: Representação. Interessado: Tribunal de Contas da União. Ementa:

Fundações de Apoio constituídas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior. Prestação de Contas: obrigatoriedade, nos termos da Decisão

Plenária de 25.03.1992 (anexo V, Ata 18/93). Decisão derogada pela Lei 8.958/94. Instituições desobrigadas de prestar contas a partir do exercício de 1994, nos termos da mesma Lei. Dispensa de apresentação de contas dos exercícios anteriores a 1994.

O digno Secretário de Controle Externo da 6ª SECEX, por Representação de fls., sugeriu ao Tribunal, pelas razões que enumera, as seguintes providências quanto à questão de prestação de contas das denominadas Fundações de Apoio constituídas ou instituídas no âmbito das Instituições Federais, de Ensino Superior – IFES:

“I – seja dispensada a remessa ao Tribunal, a partir do exercício de 1994, das contas das fundações de apoio requisitadas nos termos da Decisão de 25.03.1982 (Anexo V da Ata 18/82), tendo em vista que os recursos públicos geridos por essas instituições são transferidos mediante convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, cujas prestações de contas são apresentadas aos órgãos/entidades repassadores, ou contratos, aplicando-se à espécie o art. 33 e seu parágrafo único da Instrução Normativa 06, de 08.06.1994, e dispensando-se ainda a apresentação das contas que, embora de exercícios anteriores, ainda não tenham encaminhadas à Corte.

II – seja transmitida orientação:

a) às Secretarias de Controle Externo situadas nos Estados no sentido de que examinem os processos de prestação de contas das fundações de apoio já recebidos, submetendo-os aos respectivos relatores, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, com proposta de arquivamento, salvo se verificada a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou ainda a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, nos termos do art. 8º da Lei 8.443/92, hipótese em que deverão ser alvitradas as medidas previstas no art. 12 da mesma lei, conforme o caso; e

b) aos órgãos e entidades do Governo Federal, por intermédio das respectivas Secretarias de Controle Interno, no sentido de que, em caso de transferência de recursos às fundações de apoio às Instituições de Ensino Superior, por meio de convênios, acordos ou instrumentos similares, nos termos da legislação em vigor, exerçam a fiscalização sobre a execução dos mesmos, sendo imprescindível a exigência de prestação de contas das fundações quanto à aplicação dos recursos recebidos, instaurando-se, de imediato, o processo de tomada de contas especial se constatada irregularidade de que resulte prejuízo ao Tesouro ou aos cofres da entidade transferidora ou ainda a omissão na comprovação da aplicação dos recursos”.

Ante a importância da matéria, solicitei a audiência do D. Ministério Público, cujo parecer, da lavra do Dr. Paulo Soares Bugarin, transcrevo abaixo:

“Originam-se os autos de representação pelo digno Titular da 6ª SECEX, consubstanciada em judiciosa peça, na qual submete ao Tribunal proposta no sentido de que seja dispensada a remessa a esta Corte, a partir do exercício de 1994, das contas das Fundações de apoio constituídas pelas instituições federais de ensino superior (IFES), para cuja criação foram destinados bens e recursos públicos. Propôs, também, ao Tribunal a adoção de outras providências cor-

relatas. Tais contas, ressalte-se, vêm sendo requisitadas nos termos da v. decisão Plenária de 25.03.1982 (Anexo V da Ata 18/82).

O “*parquet*” intervém no presente feito em atenção ao pedido de audiência do eminente Ministro-Relator Olavo Drummond (fls. 19).

De pronto, mister se faz trazer a lume a promulgação da Lei 8.958, em 20.12.1994, oriunda do PLC 129/94 (fls. 15/16), que veio disciplinar o relacionamento entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio a essas instituições.

A aludida Lei, no entender deste MP/TCU, no que concerne à aplicação de recursos públicos pelas mencionadas fundações de apoio, restringiu a fiscalização deste Tribunal à execução dos contratos destas com as IFES (art. 3º, IV) e, indiretamente, por intermédio dos órgãos públicos repassadores, às prestações de contas dos convênios, acordos e ajustes (art. 3º, II).

Aplicam-se, na primeira hipótese, os arts. 41 a 47 da Lei 8.443/92 e os arts. 187 a 191 do Regimento Interno da Casa. Na segunda hipótese, incidem o art. 8º e §§ c.c. o art. 5º, VII, ambos da Lei 8.443/92, o art. 142 e §§ c.c. o art. 6º, VII, do Regimento Interno, bem como o art. 33 e parágrafo único da Instrução Normativa TCU 06, de 08.06.1994.

Observe-se que a Lei 8.958/94 não exige que as fundações de apoio apresentem contas diretamente ao TCU, por isso entende-se derogada a decisão do Tribunal de 25.03.1992, que trata da matéria. (grifei). É digno de relevo, por outro lado, o fato de a mencionada lei não vir a sanar a irregularidade na criação de parte das fundações de apoio, com a participação de bens e recursos públicos. No entanto, tal aspecto não parece ser objeto da Representação em tela.

Também é de se ver que, diante do contorno fiscalizatório traçado no art. 3º, II e IV, da Lei em comento, esvazia-se, em parte, o objeto do presente processo, pois, como já visto, encontra-se dispensada a apresentação das contas das fundações de apoio diretamente ao Tribunal e exigida a fiscalização nos termos do art. 33 e parágrafo único da Instrução Normativa 06/94.

Com efeito, à primeira vista, chama a atenção a provável existência no atual posicionamento do TCU quanto à matéria sob análise, de uma sobreposição de esforços e ações públicas de controle. (grifei).

Tal aspecto, ressalte-se, já foi objeto de consideração, no âmbito desta Corte, por ocasião da aprovação do Plano de Auditoria para o 1º semestre de 1994 – Decisão Adm. 40/93-P. Neste contexto, traz-se à colação, por oportuno, trechos do voto do em. Relator, Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, *verbis*:

9. Como sabemos, o Tribunal de Contas da União fiscaliza a aplicação dos recursos federais transferidos a entidades públicas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, através de inspeções e auditorias, bem como por ocasião do exame dos processos de tomadas ou prestações de contas dos órgãos/entidades repassadores dos recursos, que são os responsáveis pela verificação do regular emprego dos recursos transferidos e pela aprovação das respectivas contas. A ação fiscalizadora a cargo deste Tribunal alcança diretamente a Unidade beneficiária apenas na ocorrência de denúncias envolvendo

irregularidades na aplicação daqueles recursos ou quando instauradas as competentes tomadas de contas especiais pelas autoridades responsáveis. (grifado).

10. Ao Controle Interno, por sua vez, no exercício de sua missão institucional de apoiar o Controle Externo, compete auditar as contas a serem submetidas a esta Corte, emitindo relatório, certificado de auditoria e parecer. Além disso, cabe a ele alertar formalmente a autoridade administrativa competente para instaurar tomada de contas especial, sempre que tiver conhecimento de desfalque, desvio de bens ou valores públicos, ou, ainda, quando constatada a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, comunicando essas irregularidades ao Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária.

11. Semelhante procedimento deve ser observado em relação às transferências de recursos federais a entidades privadas sob a modalidade de subvenções sociais, auxílios e contribuições.

14. Assim, a fiscalização a ser exercida pelo Tribunal há que seguir, também, procedimentos diferenciados para cada uma das hipóteses. Foi isso o que se procurou deixar expresso nos mencionados arts. 194 e 195 do Regimento Interno. (grifei).

15. Em se tratando das subvenções constantes dos Anexos dos orçamentos ministeriais, a fiscalização exercida pelo Tribunal abrange as fases de concessão, utilização e prestação de contas (art. 194).

16. Já com relação às subvenções sociais inseridas no Adendo da Lei Orçamentária, a fiscalização a cargo desta Casa não alcança a fase de concessão, uma vez que tais subvenções são destinadas, pela própria Lei de Meios, às entidades privadas que indica.

17. Entretanto, as etapas seguintes, referentes à aplicação e à prestação de contas das subvenções sociais constantes do aludido Adendo, 'não estão isentas do crivo desta Corte'. (grifado).

21. Por isso, o Tribunal de Contas da União, para evitar superposição de controles, que pode se revelar contraproducente e até antieconômica, se reserva para examinar e julgar as prestações de contas das subvenções sociais quando instauradas as competentes Tomadas de Contas Especiais por iniciativa das unidades repassadoras, ou por exigência dos órgãos de Controle Interno. (grifado).

24. Como se observa, tanto no que se refere aos convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, como no caso das subvenções, auxílios e contribuições, a atuação do Controle Interno assume substancial importância, pois a ele compete atestar a regular aplicação dos recursos transferidos pela União sob as modalidades indicadas, quer nas auditagens dos processos de tomadas e prestações de contas, quer no acompanhamento concomitante da execução dos programas pactuados, especialmente no caso das subvenções sociais a entidades privadas". (Grifou-se).

Esvazia-se, como já mencionado, em parte, a Representação em tela, porque o Sr. Secretário da 6ª SECEX propõe, dentre outras providências, que seja dispensada a remessa das contas, a partir do exercício de 1994, enquanto que a Lei 8.958/94, que não exige a apresentação das mesmas contas, tem o início de vigência em 21.12.1994.

É consensual, no âmbito doutrinário, que uma Lei, como regra geral, deve reger fatos presentes e futuros, sendo a sua retroatividade exceção à regra geral. Ocorre que nos casos sob exame, não se vislumbra o chamado conflito intertemporal de leis, já que a citada Lei 8.958/94 se constitui no primeiro RELATÓRIO: instrumento normativo que se prestou a regulamentar o tema em análise. (grifei).

Com efeito, conforme já ressaltado nesta peça, a exigência de as Fundações de Apoio apresentarem contas diretamente a esta Corte derivou de posicionamento adotado por este Tribunal.

Ante todo o exposto, a posição deste MP/TCU é no sentido do acolhimento da proposta do Sr. Secretário da 6ª SECEX, às fls. 12/13, pelas mesmas razões por ele aduzidas e, em especial, em reverência à vontade e aos princípios da Lei 8.958/94. É o Relatório.

Voto:

A matéria em exame foi minuciosamente analisada pela competente 6ª SECEX e pelo D. Ministério Público. Creio despiciendo o acréscimo de possíveis outros argumentos, em suporte as proposições alvitradas, ante a percuciência dos pareceres exarados nos autos.

Assim, VOTO, no sentido que o Tribunal adote a DECISÃO que submeto ao Plenário.

Órgão de Deliberação: Plenário

Indexação: Representação; Dispensa; Instituição Federal de Ensino; Fundação de Apoio; Prestação de Contas; Controle Interno; Fiscalização; SECEX 06; Transferência de Recursos;

Tipo da Base: DC

Data da Sessão 31.05.1995

Data de Publicação no DOU: 13.06.1995

Página de Publicação no DOU: 8.577

Data de Inclusão: 14.06.1995

Data de Atualização: 28.07.1995

Responsável: EDISON

VII REFERÊNCIAS

Boletim de Direito Administrativo, a. XIV, n. 4, p. 231-244, abr./1998. São Paulo – São Paulo: Ed. NDI LTDA.

BUCCI, Maria Paulo Dallari. “O Plano de Atendimento à Saúde (PAS) e o Abuso das Formas Jurídicas”, **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, abr./jun./1997, p. 111-137.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 40.

- Conf. da Reforma Administrativa Constitucional.**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 295-298.
- DALLARI, Adílson Abreu. “Conceito de Serviço Público”, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, São Paulo: 1996, p. 112-117.
- DALLARI, Sueli Gandolfi (org.). **O Conceito Constitucional de Relevância Pública**. 2. ed., Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 2. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 123.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito Administrativo Didático**. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.
- FREITAS, Juarez. “O Controle e o Regime das Organizações Sociais”. *In O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999, p. 180-192.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 208-220.
- MEDAUAR, Odete. “Serviço Público”. **Revista de Direito Administrativo**, n. 189, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999, p. 102-496.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 102.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 130-176.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de Direito Administrativo**. 1969, p. 266.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, p. 317-333.
- REALE JÚNIOR, Miguel. “Fundações – Fiscalização pelo Ministério Público”, **RDP** 1998, abr./jun./1991, a. 24, p. 72.
- Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, n. 210, out./dez./1997-1998.
- Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 315-331, out./dez./1997.
- Revista do Serviço Público**, Distrito Federal, ENAP-Escola Nacional de Administração Pública, v. 48, n. 2, p. 27 a 58, mai./ago./1997.
- Revista Interesse Público**, a. 1, n. 1) 1, jan./mar./1999, p. 31-46.
- Revista Jurídica Dataveni@**, a. IV, jun./1999, n. 25, URL: <http://iwww.datavenia.inf.br>.

- Revista Jurídica Jus Navegandi**, a partir de abril de 1999, url: <http://www.jus.com.br/doutrina/orgsoci2.html>.
- Revista Jurídica Virtual da Sociedade Brasileira de Direito Público**, url: <http://www.sbdp.org.br>.
- Revista Jurídica**. Administração Municipal, Salvador, BA, Ed. Jam, mai./1999, n. 5, p. 41-64.
- RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. "A Crise e a evolução do conceito de serviço público", **Revista de Direito Público**, n. 57-58, v. 14, São Paulo: jan./jun./1981, p. 130-146.
- SANTOS, Boaventura de Souza. "A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado", conferência apresentada no Seminário Internacional "A Sociedade e a Reforma do Estado", promovido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado do Brasil (MARE) e pelo Conselho da Reforma do Estado, em São Paulo, no mês de março de 1998, publicado na internet, url: <http://www.m.are.gov.br/Historico/Reforma/Conselho/Boaventura.PDF>, p. 20.
- TÁCITO, Caio. "Conceito de serviço público". *In* **Temas de Direito Público (estudos e pareceres)**. 1. v., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, p. 637-642.