



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES

TERCEIRO SETOR: UMA VISÃO CRÍTICA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**SÃO CRISTÓVÃO / SE
2013**

ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES

TERCEIRO SETOR: UMA VISÃO CRÍTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Constança Terezinha Marcondes Cesar

**SÃO CRISTÓVÃO / SE
2013**

ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES

TERCEIRO SETOR: UMA VISÃO CRÍTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 26 de julho de 2013:

Prof.^a Dr.^a Constança Terezinha Marcondes Cesar
Orientadora – PRODIR / UFS

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
PRODIR / UFS

Prof. Dr. Domingos Sávio Zainaghi
UNIFIEO

Este exemplar corresponde à versão final da Dissertação de Mestrado em Direito.

Prof.^a Dr.^a Constança Terezinha Marcondes Cesar
Orientadora – PRODIR / UFS

É concedida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe permissão para disponibilizar e reproduzir cópias desta dissertação.

Ana Paula Machado Costa Meneses
Autora – PRODIR / UFS

Prof.^a Dr.^a Constança Terezinha Marcondes Cesar
Orientadora – PRODIR / UFS

Dedico este trabalho a meu pai, Juarez Alves Costa (in memoriam), e a minha mãe, Carmen Machado Costa, pessoas iluminadas e admiráveis, grandes incentivadores dos meus estudos e de minha realização pessoal e profissional, por este intenso e coeso laço de amor;

A Luis Alberto, meu querido marido, por nosso profundo amor enriquecido pelos gestos diários de carinho, cumplicidade e companheirismo;

Aos meus queridos filhos, Paulo e Rafael, amores de minha vida, razão da minha existência, carinho de Deus a cada amanhecer;

A minha querida irmã, Ana Cláudia, e família, formada por Pedro Henrique, Guilherme e Rodrigo, pelo forte vínculo de amor fraternal que nos une;

À família Meneses, representada pelos meus queridos sogros, José Amintas Noronha de Meneses e Lucila Maria Oliveira Meneses, pelo afeto, compreensão e estímulo de sempre.

AGRADECIMENTOS

Ao meu querido marido, Luis Alberto, pessoa honrada, justa, digna e brilhante pela presença constante, apoio e incentivo, a você o meu agradecimento especial. O nosso amor tornou mais leve o encargo que a vida me legou para a concretização deste antigo sonho.

À minha orientadora, Constança Terezinha Marcondes Cesar, professora respeitada nos grandes centros culturais da Europa, pela sua impecável colaboração e acompanhamento durante todo o desenlace desta tese de dissertação de mestrado, certamente sua contribuição aplainou a senda percorrida em direção a este sonho.

Ao Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, profissional competente e reconhecido no ambiente jurídico, por conduzir com admirável maestria as aulas do curso de Mestrado em Direito e fornecer material relevante para o desenvolvimento desta tese de dissertação.

À querida Professora Doutora Luciana Aboim Gonçalves da Silva pela amizade, presença e estímulo para realização deste projeto, minha profunda admiração pelo seu labor no magistério.

À Professora Doutora Jussara Maria Moreno Jacintho, por ter contribuído de forma valorosa e relevante, para a apresentação desta tese de dissertação de mestrado, a minha sincera e permanente gratidão;

A todos os professores do PRODIR, em especial, aos Professores Doutores Flávia Pessoa, Henrique Cardoso e Otávio Augusto de Sousa pela solicitude e presteza quando ministraram suas disciplinas durante o Curso de Mestrado em Direito.

A todos os tios, primos, amigos e colegas do Ministério Público, que manifestaram gestos de carinho e solidariedade durante a elaboração desta tese de dissertação de Mestrado em Direito.

RESUMO

A dissertação cinge-se à contextualização do Terceiro Setor e de seus aspectos mais relevantes: o fomento público e o controle. Inicialmente são apreciadas as questões atinentes ao terceiro pilar da sociedade civil dentro da evolução do Estado de Direito Social e Democrático e em decorrência da Reforma do Estado. Adiante, busca-se, nos conceitos construídos pela doutrina, a identificação de entidades sem fins lucrativos que compõem o Terceiro Setor. No tema do fomento público às entidades de interesse social, expõem-se as formas existentes no ordenamento jurídico pátrio, a saber, subvenção social, auxílio e contribuição, com fundamento no direito administrativo estrangeiro e pátrio, enfatizando-se os instrumentos legais – convênio, termo de parceria e contrato de gestão –, mantidos entre o Poder Público e essas entidades, com fundamento na legislação federal. Afinal, destacam-se o controle social e o controle por resultados, mediante exame crítico dos mecanismos administrativos e jurídicos de controle e fiscalização realizados pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. Destarte, a pesquisa é essencialmente literária e jurisprudencial, levantada a partir da legislação, doutrina e jurisprudência a respeito do Terceiro Setor, consultando-se livros, revistas e artigos além da internet.

Palavras-chave: terceiro setor, fomento, controle e entidades de interesse social.

ABSTRACT

The thesis is limited to the contextualization of the Third Sector and its most relevant aspects: public promotion and control. Initially are appreciated the issues relating to the “not-for-profit” sector of civil society within the evolution of the democratic and social State governed by the rule of law, and as a result of the reform of the State. Later on, it searches the identification of non-profit organizations that make up the Third Sector through concepts constructed by doctrine. On the issue of public promotion of social interest entities, it exposes the existing forms in Brazilian legislation, namely, social subvention, social aid and contribution, on the basis of administrative law foreigner and Brazilian, emphasizing the legal instruments – agreement, partnership contract and management contract –, maintained between the public authorities and those entities, with basis on federal legislation. After all, it highlights the social control and control by results, through critical examination of administrative and legal mechanisms of control and supervision carried out by the Public Prosecutor Office and the Court of Auditors (General Accounting Office – United States of America). In this way, the research is essentially literary and jurisprudential lifted from the legislation, doctrine, and jurisprudence regarding the Third Sector, by referring to books, magazines and articles in addition to the internet.

Keywords: third sector, promotion, control, social interest entities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR	17
1 Paradigmas do Estado de Direito	17
1.1 Estado Liberal	18
1.2 Estado Social	21
1.3 Estado de Direito Social e Democrático.....	22
2 Reforma do Estado	24
3 Esfera pública não estatal – Terceiro Setor	28
3.1 Conceito do Terceiro Setor	30
3.2 Composição do Terceiro Setor	34
4. Títulos de utilidade pública e qualificações	44
4.1. Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.....	46
4.2. Organização social – OS e organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP....	46
5. Princípio da subsidiariedade.....	48
CAPÍTULO II – FOMENTO PÚBLICO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....	53
1 Considerações iniciais sobre o fomento público	53
2 Conceito de fomento público	54
2.1 Na doutrina estrangeira	54
2.2 Na doutrina brasileira	61
3. Classificação dos mecanismos de fomento	66
4 Formas de fomento.....	69
4.1 Subvenções.....	73
4.2 Auxílios	75
4.3 Contribuições	78
4.4 Convênios.....	79
4.5 Termos de parceria.....	87
4.6 Contratos de gestão	94
CAPÍTULO III – CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR.....	101
1 Conceito	101
2 Classificação do controle da Administração Pública e do Terceiro Setor.....	103
2.1. Quanto à natureza do órgão controlador	103
2.2 Quanto à extensão do controle	104
2.3 Quanto à oportunidade	105

2.4 Quanto à natureza.....	110
3 Controle externo do Tribunal de Contas	111
4 Controle do Ministério Público	118
5 Controle social do Terceiro Setor.....	128
6 Controle de resultados.....	132
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

ABREVIACÕES

APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
CC – Código Civil
CEBAS – Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social
CF – Constituição Federal
CNEA – Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas
CPC – Código de Processo Civil
FARC – Forças Armadas Revolucionárias Colombianas
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
LACP – Lei de Ação Civil Pública
LBA – Lei de Assistência Brasileira
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOTUCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
MST – Movimento dos Sem-Terra
ONG – Organização Não Governamental
OS – Organização Social
OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PNP – Programa Nacional de Publicização
SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SENAT – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte
SESC – Serviço Social do Comércio
SESI – Serviço Social da Indústria
SEST – Serviço Social do Transporte
SICONV – Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parceria
STF – Supremo Tribunal Federal
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TCU – Tribunal de Contas da União
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

INTRODUÇÃO

O cerne do presente estudo cinge-se aos aspectos mais relevantes do Terceiro Setor, tendo por objetivos específicos apreciar as questões atinentes à contextualização desse terceiro pilar da sociedade civil dentro da evolução do Estado de Direito Social e Democrático, em decorrência da reforma do Estado. Busca-se nos conceitos construídos pela doutrina, a identificação de entidades sem fins lucrativos, que compõem o Terceiro Setor.

Durante o desenvolvimento do conceito de Terceiro Setor, destaca-se a problemática de quais entidades pertencem a esse setor público não estatal, ou seja, quais as entidades participam dessa terceira facção. O novo Código Civil, em seu art. 53, reza que a “associação constitui-se pela união de pessoas com fins não econômicos”. Este dispositivo da Lei Material Civil orienta a resposta ao questionamento: “Quem faz parte do terceiro setor”?

A Carta Magna de 1988 arrola princípios atinentes à descentralização da competência do Estado para a promoção de políticas públicas voltadas para questões sociais, realçando o direito de livre associação, que legitima a atuação do Terceiro Setor.

O Terceiro Setor está situado num espaço público não estatal entre o Estado (Primeiro Setor) e o Mercado (Segundo Setor) que floresceu no paradigma do Estado de Direito Social e Democrático, no enalço da cidadania plena, mediante prestação de serviços sociais pela sociedade civil organizada, complementando as atividades estatais e, em última análise, efetivando a democracia participativa.

A reforma estatal defende o Estado democrático, regulador das relações sociais e econômicas, para garantir a igualdade material de todos os cidadãos. Consequentemente, acarretou não só o surgimento, mas a ampliação do espaço público não estatal. Propõe o deslocamento do controle formal do uso de recursos públicos, peculiar à administração pública burocrática, para o controle por resultados, próprio de uma administração gerencial.

Os alicerces legais do terceiro setor foram construídos sob a égide do princípio da subsidiariedade, como consequência da crise do Estado de Direito Social e Democrático deflagrado pela falta de eficiência na prestação de serviços públicos e a necessidade de ajuste fiscal, para o alcance da autonomia financeira estatal.

O estudo do Terceiro Setor está intimamente ligado aos interesses das massas, amparados na tutela constitucional dos direitos coletivos e sociais.

É notória e inadiável a necessidade de definição do Terceiro Setor para identificação das entidades de interesse social que dele fazem parte, o que colabora para o estabelecimento de critérios objetivos.

A definição do Terceiro Setor tem ensejado muita discussão, em face da complexidade da matéria e da existência de lacuna no ordenamento jurídico, havendo apenas uma legislação esparsa e incipiente, não condensada num só diploma legal. Assim sendo, incidem, sobre as relações jurídicas celebradas pelo Terceiro Setor, diversos dispositivos importados de outros ramos do direito, como, civil, tributário e administrativo.

Anote-se que as próprias instituições que participam desse segmento são chamadas de entidades de interesse social. O critério do fim público é o mais correto, para se identificar, se uma entidade privada sem fins lucrativos faz parte do Terceiro Setor.

O termo terceiro setor simboliza entidades sem fins econômicos que servem de norte para identificação dos problemas coletivos, propondo alternativas de políticas públicas. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos que praticam atos de comércio, mas que empregam os dividendos arrecadados inteiramente em suas finalidades estatutárias, também, compõem o Terceiro Setor.

Observe-se que os títulos de utilidade pública, as qualificações de organização social – OS e de organização sociais de interesse público – OSCIP são concedidos por cada esfera de governo, União, Estado, Distrito Federal e Município, através de lei específica, com objetivo de qualificar as entidades sem fins lucrativos para celebrarem contrato de gestão (OS) e termos de parceria (OSCIP), convênios ou instrumentos legais congêneres (entidades de interesse social).

Dentre as ONGs que desenvolvem ações de interesse social, vislumbramos aquelas cujas ações visam à defesa da criança, do adolescente, à recuperação de drogados, alcoólatras, à proteção do meio ambiente, à doação de mantimentos, medicamentos e à implementação de projetos culturais.

Importa registrar que o fomento, na condição de função administrativa, coaduna-se com o princípio da subsidiariedade, que alinhava ideias neoliberais aventadas pela reforma Estatal. A entidade privada sem fins lucrativos é levada a prestar serviços sociais não exclusivos em regime de colaboração com o Estado, que repassa bens e recursos financeiros ao particular. Assim, tratando-se de incentivo, não há obrigatoriedade na ação pública de fomento; essa ação se caracteriza pela transitoriedade, para não incorrer em privilégios.

A ética e a probidade administrativa devem permear os liames jurídicos mantidos com organismos do terceiro setor. Destarte, poderemos contribuir para um Estado de Direito, livre da mácula da corrupção, ungido pelo sinal da solidariedade, bandeira maior da Justiça Social.

A investigação acurada do tema remete ao estudo e à necessidade de adequação das formas de efetivo controle e fiscalização das organizações não governamentais pelos órgãos de controle, diante de um panorama desenhado pela reforma gerencial da Administração Pública que faz impulsionar outra pergunta: “No momento atual, o controle e fiscalização das entidades de interesse social é realmente eficaz?”

A busca de eficiência, na nova administração gerencial que se pretende implantar, exige adaptação de novos mecanismos de fiscalização pelos órgãos de controle, Ministério Público e Tribunal de Contas, trazendo a lume o controle social e o controle por resultados.

Para enfrentamento do tema ventilado, especialmente da falta de efetividade do paradigma burocrático de controle da gestão pública em face do novo modelo gerencial construído sob as colunas de uma administração consensual, a presente tese de dissertação foi dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo desta dissertação far-se-á um breve histórico da evolução dos paradigmas do Estado de Direito, em especial o Estado Liberal, Welfare State ou Estado do Bem-Estar Social e o Estado de Direito Social e Democrático, trazendo à baila as causas da reforma estatal e as suas consequências como o surgimento do Terceiro Setor. Aborda-se também o conceito, a composição, os títulos e as qualificações das entidades que integram o Terceiro Setor, com enfoque no princípio da subsidiariedade, que norteou a reforma do Estado, em prol de uma Administração gerencial calcada pelo fomento público de entidades sem fins lucrativos para prestação de serviços não exclusivos.

No segundo capítulo, foram contempladas as principais formas de fomento público: subvenção social, auxílio, contribuições, com menções à Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2013, fundamentando-se na doutrina espanhola, que tem por maiores ícones, Luis Jordana de Pozas, Mariano Baena Del Alcázar, Garrido Falla, e nos publicistas pátrios da ordem de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Odete Medauar e outros. Ainda, neste capítulo, foram esquadrihados os instrumentos jurídicos, convênios, termos de parceria e contratos de gestão, restritos à legislação federal.

O terceiro capítulo trata das formas de controle e fiscalização do Terceiro Setor, intrinsecamente vinculadas à relação entre Estado e Sociedade, cuja distância se estreitou, demandando adequação de novas formas de controle estatal do patrimônio público pelos órgãos competentes, circunscritas às áreas cível e administrativa, ressaltando-se o controle social e o controle por resultados.

Afinal, serão pontuadas as conclusões advindas dos estudos realizados e a discussão de suas implicações, assim também serão assinaladas sugestões de solução para os problemas diagnosticados.

CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

O tema da dissertação é introduzido mediante a contextualização do Terceiro Setor, decorrente da reforma do Estado, com breve digressão sobre os paradigmas do Estado de Direito. O enfoque é dado ao Estado de Direito Social e Democrático, onde grassam as entidades de Interesse Social, com exposição de conceitos sobre o Terceiro Setor construídos pela doutrina.

O capítulo trata ainda da existência legal das entidades privadas sem fins lucrativos e da composição desse terceiro compartimento da sociedade, elencando suas diferentes espécies e seus respectivos títulos e qualificações.

1 Paradigmas do Estado de Direito

A conotação de Estado de Direito se coaliza com a expressão do Estado Constitucional, cujo poder político está limitado por uma constituição jurídica. Segundo J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 92):

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional. Não deixa, porém de ser significativo que esta expressão – Estado constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes.

Ressalte-se que a hodierna concepção de Estado de Direito não corresponde à simples existência de uma constituição como instrumento de organização político-administrativa de uma nação, mas engloba valores e princípios abrigados pelo direito não escrito, aplicável para a realização plena do cidadão.

O Estado de Direito teve sua acepção de juridicidade enriquecida por valores e princípios normativos, mesmo não escritos, que foram acolhidos pelos diversos ordenamentos jurídicos, contemplando também instituições de controle judicial.

Para Odete Medauar (2012, p. 35):

A expressão Estado de direito pode levar a entender que a mera existência de uma Constituição e de um conjunto de normas, de conteúdo qualquer, permite qualificar um Estado como “de direito”. Na verdade, hoje, a concepção de Estado de direito liga-se a um contexto de valores e à ideia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao

direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz.

As formas de Estado de Direito representam padrões construídos sobre pilares das ideologias liberal, socialista e socialdemocrata, sacramentados em valores constitucionalmente aceitos para a realização plena da pessoa humana. Tais sistemas modelares engendram direitos e a cultura de uma determinada sociedade, em suas conotações política e civil.

A mudança de paradigma pode ser definida como a quebra de um pensamento hegemônico, para outro que simbolize a visão social atualizada. Enfim, a maneira com que os homens se relacionam na sociedade de uma determinada época.

Sublinhe-se a questão atrelada à ruptura do paradigma de cada Estado de Direito. Indaga-se: ocorre a transformação, a harmonização de direitos, de princípios extraídos de cada modelo estatal em uma identificada evolução até chegar ao Estado Democrático de Direito? Segundo a lição de Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 38):

O Estado Democrático de Direito é entendido por muitos autores como uma síntese dialética dos momentos anteriores da evolução dos paradigmas de Estado. Trata-se de um conceito novo, apesar de colacionar preceitos do paradigma do direito formal burguês e do direito materializado do Estado social.

No conflito entre paradigmas algumas ideias permanecem, embora já se esteja sob o prisma de um novo padrão jurídico, prevalecendo a noção de complementaridade entre os paradigmas do Estado de Direito. Adiante, faz-se breve incursão por avenidas do passado para recordar a evolução do Estado de Direito até o atual Estado de Direito Social e Democrático.

1.1 Estado Liberal

A Revolução Inglesa (Gloriosa) de 1688, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 são marcos históricos que revelaram a ruptura do Estado Moderno Absolutista e a edificação do Estado de Direito Liberal, em face das respectivas mudanças de paradigma. De observar-se que o momento de mudança, equacionado pela luta entre o Rei e o Parlamento, culminou com a Revolução Gloriosa na Inglaterra, que fortaleceu direitos, garantias e privilégios, seguindo a trilha dos primitivos documentos jurídicos.

A Revolução Americana defendeu as ideias modernas contra a escravidão, os ideais republicanos, democratas e federativos, que sempre permearam o direito americano. Por outro lado, diferentemente da Revolução Inglesa de 1688, a Revolução Francesa aclamou os valores de liberdade, igualdade e fraternidade, e construiu um ordenamento jurídico diverso do anterior, como informa Jorge Miranda (2002, p. 72):

O que distingue, sobretudo, a Revolução Inglesa de 1688 (Glorious Revolution) da que um século mais tarde ensanguentaria a França está em que aquela se insere numa linha de continuidade, ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitetura toda do Estado desde o começo. A Revolução Inglesa, na linha das primeiras cartas de direitos, não pretende senão confirmar, consagrar, reforçar direitos, garantias e privilégios. A Revolução Francesa destrói os que vem a encontrar para estabelecer outros, de novo. Em Inglaterra, é a Realeza que ataca e o Parlamento que, em nome da tradição, se defende; em França, o Rei remete-se ao papel de quem, sem forças nem convicção para resistir, tenta obter um adiamento numa liquidação inevitável. O Direito constitucional inglês não nasce em 1689 com o Bill of Rights, o Direito constitucional francês nasce em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No Estado Liberal vislumbra-se uma constituição essencialmente negativa, limitadora do poder estatal, trazendo a certeza jurídica para o direito positivo burguês, desenhado sob a égide de um sistema de liberdades e garantias individuais. O documento constitucional traduz-se em uma decisão política de interesse da burguesia contra o Estado Absolutista. Fundamenta-se na clássica teoria econômica do *laissez faire*, para moldar sua economia liberal.

Saliente-se que a Carta Maior do Estado Liberal é regida por princípios da distribuição de direitos e liberdades individuais, e da organização política em poderes livres e independentes (Legislativo, Executivo e Judiciário), num sistema de freios e contrapesos.

De observar-se que a base da ideologia do Estado Liberal propaga a propriedade ilimitada e a acumulação de capital. Hobbes, em *Leviathan*, caracterizou o direito burguês como direito positivo, entretanto não criou as instituições básicas ou sustentáveis da sociedade mercantilista. Rousseau, por sua vez, laborou o conceito de vontade geral, em *Du Contrat Social*, com assento em elementos jusnaturalistas (SOARES, 2004, p. 270).

A definição de Estado Liberal, com resquícios jusnaturalistas, vinculava a lei à noção de justiça material e até mesmo de democracia. Posteriormente, evoluiu para um Estado de Direito formal através do positivismo jurídico-estatal, com eliminação dos remanescentes elementos jusnaturalistas do conceito de Estado de Direito, tornando-se despolitizado.

Nas palavras de Mário Lúcio Quintão Soares (2004, p. 276):

O positivismo formalista converteu-se em teoria jurídico-política da burguesia liberal, eliminando, gradativamente, as exigências jusnaturalistas do conceito de Estado de direito. O Estado de direito reduziu-se a um sistema apolítico de defesa e distanciamento perante o Estado, acentuando-se o seu componente burguês: o *laissez faire*. A partir desta apoliticidade formal, construiu-se o princípio da legalidade da administração, ao qual, no fim da trajetória, vinculou-se inexoravelmente o Estado de direito.

O Estado Liberal sem nuances políticas traçou os contornos de um dos princípios mais importantes da Administração Pública, o princípio da legalidade, com feições tipicamente formais em face da igualdade política, mantendo o distanciamento entre Estado e Sociedade.

O cunho formal da igualdade política no Estado Liberal decorre de um sistema de dominação, anonimamente engajado na sociedade civil, que sustenta a preponderância do interesse do capital sobre o interesse das massas alienadas em prol de uma estabilidade econômica.

O Estado Liberal, com fundamento na igualdade política, promove claramente a desigualdade social, quando não distingue as necessidades das diversas classes sociais, o nível de educação e a ocupação profissional dos cidadãos ou grupos de pessoas que compõem a sociedade civil. Mais uma vez se transcreve os ensinamentos de Mário Lúcio Quintão (2004, p. 274-275).

Na democracia liberal, a igualdade política estabelecida entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade desequilibrada. A livre concorrência favoreceu o acúmulo de bens pela burguesia em detrimento dos segmentos proletarizados. O Estado abstencionista, incapaz de superar as injustiças sociais, viu-se questionado pelos segmentos marginalizados, anotando-se que o Manifesto Comunista afirmou-se como marco das declarações de direitos dos excluídos.

Marx, enquanto crítico da economia política, viu a sociedade civil organizada em estruturas nas quais o processo de autovalorização do capital teve prevalência às pessoas alienadas, dando origem às formas sempre mais drásticas de desigualdade social.

A força normativa da constituição liberal mediante a positivação do direito burguês, objetiva disciplinar as instituições estatais de forma apartada da sociedade civil. A igualdade e liberdade formais estão dispostas na ordem jurídica, brotadas no jardim dos direitos e garantias individuais, usados na defesa do cidadão perante o Estado; há inclusive certos obstáculos ao direito de associação no Estado Liberal, que relega a economia de mercado aos mais fortes.

A doutrina jurídica não é pacífica sobre a superação do Estado de Direito formal equiparado ao Estado de Direito burguês. Parte dela perfilha do entendimento que esta

transcendência pode ter ocorrido pelo aparecimento do Estado Social ou pelo retorno ao Estado de Direito material vinculado a princípios jurídicos fundamentais ou mesmo a valores.

Aduz-se, por fim, que a transição do Estado Liberal para o Welfare State é marcada por uma política social que emoldurou os direitos fundamentais com o status social.

1.2 Estado Social

Nas novas cartas constitucionais, dentre elas, as Cartas Magnas do México de 1917 e a de Weimar de 1919, harmonizaram-se direitos de liberdade, direitos sociais e direitos econômicos, inclusive com a introdução de interesses de grupos sociais e de associações, de direitos do trabalhador, do produtor, etc. As intervenções estatais respeitaram a estrutura capitalista, mantendo a livre iniciativa privada e a concorrência, de modo a compensar as diferenças sociais causadas pelo acúmulo de capital.

No Estado Social, a administração predominou sobre a política e a técnica sobre a ideologia; houve um revigoramento das ideias de direito material, com a inserção constitucional de um sistema de regras e de princípios, considerados mandamentos de otimização, que contemplam valores fundamentais, com o fito de executar programas sociais dentro das possibilidades financeiras estatais.

Para Maria Sílvia Pietro (2012, p. 13-14):

Essa nova concepção do Estado prestador de serviços – voltado para o bem comum – coloca em segundo plano o problema dos limites do poder que constituíam a base do Estado liberal, preocupado com as salvaguardas das liberdades individuais.

Com isso, o Estado, ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com a agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito, de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade.

A crise do Welfare State originou-se de várias causas, oportunidade em que neoliberais passaram a denominar o Estado Social de assistencialista, num momento de globalização da economia. Percebe-se que o Estado do Bem-Estar Social tornou-se amplo, maximizado, dispendendo custos altos para sua manutenção e acarretando o déficit público.

Ademais, não logrou eficácia na prestação de serviços públicos no campo econômico, social e cultural, o que revelou a necessidade de uma reforma administrativa, com vistas inclusive a equilibrar a alta taxa de desemprego, amenizando a exclusão social, no anseio por eficiência. Destarte, a situação de crise estatal invoca a passagem do paradigma do Estado de Direito Social para o Estado de Direito Social e Democrático.

1.3 Estado de Direito Social e Democrático

A sociedade contemporânea está refletida no paradigma jurídico, que incorporou não somente os princípios do direito e os direitos fundamentais, mas a forma de interpretá-los e exercê-los, em cada ordenamento jurídico.

Destarte, é oportuno mencionar o pensamento de Jürgen Habermas (2003, p. 241-242) que, com base na teoria do discurso, encampa a noção do terceiro paradigma jurídico, o Estado Democrático como forma procedimental de direito:

Um “modelo social do direito” (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.

O Estado Democrático de Direito é o palco onde poder e direito se encontram, uma vez que todas as formas de poder econômico e político estão regulamentadas em procedimentos próprios, inclusive pela legislação infraconstitucional, com vistas a evitar abusos de qualquer jaez. Para Norberto Bobbio (1997, p. 169):

O modelo ideal do encontro entre direito e poder é o Estado democrático de direito, isto é, o Estado no qual, através das leis fundamentais, não há poder, do mais alto ao mais baixo, que não esteja submetido a normas, não seja regulado pelo direito, e no qual, ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas como um todo derive em última instância do consenso ativo dos cidadãos.

O Estado de Direito Social e Democrático mantém a estrutura capitalista, mas acolhe a intervenção estatal para amenizar as desigualdades sociais diante de uma sociedade civil inegavelmente pluralista.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 14) ministra a seguinte lição:

Acrescentou-se a ideia de Estado Democrático de Direito. Por outras palavras, o Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático. [...]

Com a nova concepção de Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum.

A democracia, enquanto regime político, não é estática; encontra-se imersa num processo dinâmico, com o intuito de promover o desenvolvimento pleno do cidadão em condições de igualdade material no campo econômico e social.

As instituições democráticas têm por escopo viabilizar as condições de participação da sociedade civil nas decisões, tornar efetivos os direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 289), mencionando a Constituição Portuguesa de 1976:

[...] a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social (cfr. CRP, art. 9º/d).

E ainda afirma o sobredito autor (2003, p. 237):

O Estado de direito democrático – para lograr ter força político-normativa –, necessita: (1) de um conjunto de instituições políticas básicas; (2) de um conjunto de condições económicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; (3) e de um conjunto de esquemas político-constitucionais (forma de governo, controle judicial, sistema eleitoral, sistema partidário).

Assim, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático sacramenta a legitimação do poder político através do princípio da soberania popular e precisa de instituições políticas e democráticas para concretizar a participação da sociedade nas decisões políticas.

Para Lucas Gonçalves da Silva (2012, p. 28):

O princípio democrático exige fundamentalmente a integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do Município, garantindo-se o respeito à soberania popular.

A soberania popular, em regra, é exercida pela democracia representativa (art.3º,§2º), sem descuidar-se da democracia participativa (art.3º, §1º), consagrando que o povo é fonte primária de poder. A democracia representativa se desenvolve na cidadania e nas questões de representatividade, pressupondo um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político.

Frise-se, afinal, que a busca por regimes democráticos mais participativos, para a realização de valores constitucionalmente aceitos, para o desenvolvimento pleno do cidadão e a ineficiência estatal na prestação dos serviços públicos, motivaram a reforma administrativa, especialmente no Estado brasileiro.

2 Reforma do Estado

Nos idos de 1980, mas especificamente no final dessa década, o ambiente era propício para mudanças na administração pública de vários países. A crise que se manifestava nos Estados, enfraquecidos pela globalização da economia, impunha a adoção de políticas públicas tidas como necessárias ao desenvolvimento das nações, muitas vezes exigidas por entes internacionais de financiamento.

A reforma administrativa tem duas causas principais: os déficits fiscais identificados na maior parte dos Estados e a pouca qualidade dos serviços públicos, que não atendem a seus beneficiários, os cidadãos.

O enfoque, em cada um dos aspectos mais importantes da reforma estatal, refere-se à facilitação da governabilidade, com prioridade dos temas político e econômico, sem deixar de lado a reforma administrativa do serviço público, para eliminar falhas e torná-lo digno do cidadão. Nesse sentido, manifestou-se Luiz Carlos Bresser Pereira (2006, p. 24):

[...] Os cidadãos exigem do Estado muito mais do que o Estado pode oferecer. E a causa imediata da lacuna que assim se cria não é apenas fiscal, como observou O'Connor (1973), nem apenas política, como Huntington (1968) destacou; é também administrativa.

O modelo de administração pública a ser superado, o burocrático, concentra-se no processo, ou seja, em definir procedimentos rígidos para as inúmeras ações administrativas como: contratação de pessoal, compras de bens e serviços, etc. Baseia-se em controles preventivos, formais, apriorísticos e, portanto, ineficientes para punir os desvios. Em resumo,

esse modelo de administração, visando à defesa do patrimônio público, volta toda a sua atenção para os procedimentos legais, menosprezando a definição de objetivos claros a serem alcançados pela Administração Pública (PEREIRA, 2006, p. 28-29).

Nesse contexto, emergiram novas modalidades de apropriação da coisa pública pelo setor privado que não podem ser evitadas pelos procedimentos burocráticos, pois seus agentes se utilizam da burocracia para alcançar seu “modo mais sutil e sofisticado de privatizar o Estado” (PEREIRA, 2006, p. 29).

A Economia chama essa apropriação da coisa pública de rent-seeking¹. Como os recursos públicos são gastos ou vantagens são concedidas sem que haja criação de riqueza ou aumento de produtividade pela economia, o efeito líquido do rent-seeking é reduzir a soma da riqueza social.

A necessidade de proteção do patrimônio público destacou-se a partir dos últimos cinquenta anos do século pretérito, quando eclodiu uma terceira geração de direitos: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social.

Ultrapassar o limiar da administração pública burocrática em direção a uma administração gerencial surge como alternativa para sanar a crise do Estado do Bem-Estar Social, que se agigantou e se tornou ineficiente para a prestação de serviços sociais, nas áreas da educação, saúde e cultura. Portanto, concentrou-se na descentralização e delegação do poder, na busca do cumprimento de metas previamente fixadas e aquilatadas por um controle de resultados.

Para Luiz Carlos Bresser Pereira (2006, p. 28):

Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle de gestores públicos.

Obviamente, o movimento hegemônico reformista não se deu de forma similar em todos os países, com destaque para os fatores democráticos e econômicos. Desse modo, alguns países deram ênfase ao aspecto administrativo e fiscal, enquanto outros privilegiaram o

¹ Conforme Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 27): “Rent-seeking, literalmente, busca de rendas, é a atividade de indivíduos e grupos de buscar “rendas” extra-mercado para si próprios através do controle do Estado. Tem origem na teoria econômica neoclássica, onde um dos sentidos da palavra rent é exatamente o ganho que não tem origem nem no trabalho, nem no capital. Corresponde ao conceito de “privatização do Estado” que os brasileiros vêm usando”.

aspecto econômico. Por fim, outras nações procederam paralelamente à democratização e à reforma estatal.

Nuria Cunill Grau (1988, p. 194) cita o México como um dos países que enfatizaram a reforma estatal em sua dimensão econômica:

A reforma do Estado converte-se em tema-chave, a partir da segunda metade da década de 80. As agendas, embora variadas, podem ser classificadas em dois grandes grupos típicos. Um que acentua, simultaneamente, tanto democratização como modernização do Estado; e outro que prioriza a reforma econômica.[...]

Desde 1982, o México, que ilustra bem esta última tendência, partira para uma reforma que visava controlar a inflação, a reduzir o gasto público, a estimular os investimentos estrangeiros e a promover a abertura comercial, entre outros objetivos. Limitar a intervenção do Estado na economia e recuperar, concomitantemente, as forças do mercado são os eixos estratégicos da reforma do Estado, concentrando-se os esforços, assim, em uma política de privatização e de desregulação.

No Brasil, sob a égide da Carta Magna de 1988, no governo de Fernando Henrique Cardoso, fora iniciada e concretizada, em parte, a reforma do aparelho do Estado, com objetivos cristalinos de resolver o problema da baixa qualidade dos serviços públicos, embora houvesse constatações de excessos nos quadros de funcionários. Diz Luiz Carlos Bresser (2006, p. 257):

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado, em geral, e do aparelho do Estado e de seu pessoal, em particular. Essa reforma tem por objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos estados e municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos.

A Administração pública gerencial envolve a definição dos setores em que o Estado opera, isto é, das competências e das modalidades de administração mais adequadas a cada setor. Segundo esse autor, os Estados modernos funcionam com quatro setores: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado (PEREIRA, 2006, p. 33).

O núcleo estratégico, onde se definem as políticas, as leis e como as fazer cumprir, abrange o parlamento, os tribunais, o presidente ou primeiro ministro e seus ministros, cúpula dos servidores civis, autoridades locais, como, governadores, secretários e a alta administração pública estadual.

As atividades exclusivas, que envolvem o poder de Estado, compreendem as forças armadas, a polícia, a agência arrecadadora de impostos – funções tradicionais do Estado –

mas também as agências reguladoras, as agências de financiamento, fomento e controle dos serviços sociais e da seguridade social.

Os serviços públicos não exclusivos são aqueles que, por não abrangerem o poder extroverso do Estado, poder de impor leis e impostos à sociedade, poderão ser prestados pelo setor público não estatal e pelo setor privado. Finalmente, o setor de produção de bens e serviço, formado pelas empresas estatais.

A reforma estatal acentuou-se na seara das atividades exclusivas e dos serviços não exclusivos. Afirma-se que foram utilizadas duas instituições: as agências autônomas, quando se tratasse de atividades exclusivas, e as entidades de interesse social sem fins lucrativos, ocupantes do terceiro setor, no caso de serviços não exclusivos.

A simples qualificação de serviços públicos essenciais na seara da educação, da saúde, da moradia, convertidos em serviços não exclusivos, provoca profunda transformação na administração pública, passando à iniciativa privada o exercício de funções antes pertencentes apenas ao Estado. Para alguns doutrinadores como Marilena Chauí, essa modificação deu um tratamento de mercadoria a tais serviços:

A reforma do Estado retirou educação e saúde do campo dos direitos sociais e as incluiu no dos serviços não exclusivos do Estado. Essa pequena alteração terminológica – passar do direito ao serviço – não só as transferiu para a rede do mercado, como também legitimou seu tratamento como uma mercadoria qualquer, sujeita aos mecanismos contratuais que regem as ações mercantis e que identificam o cidadão com o consumidor (CHAUÍ apud PIOVESAN; BARBIERI, 2008, 119-120).

A Administração gerencial orienta-se no sentido de prestar um eficiente serviço público ao cidadão, tratado como consumidor, nos moldes de excelência da atividade privada.

A reforma estatal trouxe profundas alterações na execução de políticas públicas dentro do terceiro paradigma jurídico, o Estado de Direito Social e Democrático, o qual ocorreu sob o signo do princípio da subsidiariedade transportado, para os dias que seguem, por ideias liberais.

3 Esfera pública não estatal – Terceiro Setor

O elemento democrático incluído na concepção de Estado de Direito Social conclama maior participação popular no controle da Administração Pública, aproximando Estado e Sociedade, o que sempre fora rechaçado durante o Estado abstencionista.

Como consequências da aproximação entre Estado e sociedade, surgiram múltiplos partidos, sindicatos e associações políticas, culturais, profissionais, intermediando as relações entre o Estado e o cidadão, que atuam e fazem parte da esfera pública não estatal, o Terceiro Setor.

Observe-se, por oportuno, que a esfera pública não estatal corresponde ao espaço entre Estado e sociedade, passível de acalantar negociações entre as instituições políticas e as representações coletivas, arquitetando uma administração consensual com base no ajuste, para a satisfação das necessidades públicas. Essas, muitas vezes, apresentam-se em forma de conflito, em virtude da complexidade e pluralidade das sociedades que objetivam o controle democrático do Estado, para assegurar a vontade política dos cidadãos.

Este o pensamento de Liszt Vieira (1999, p. 252):

Os espaços públicos não-estatais são arenas de negociação entre as instituições políticas e as demandas coletivas, interligando as funções de governo e a representação de conflitos. Como intermediações entre o Estado e a sociedade, esses espaços públicos, como examinamos anteriormente, requerem simultaneamente mecanismos de representação e participação. Ambos são necessários à existência da democracia nas sociedades complexas e ao controle democrático do Estado pela sociedade, garantindo-se a expressão da vontade política dos cidadãos, e não apenas o interesse do mercador ou o desejo do príncipe.

Nesse mesmo sentido, diante do estreitamento da distância entre Estado e sociedade, Jussara Maria Moreno Jacintho (2000, p. 29) pronuncia-se:

Nesta composição de forças sociais surgem as ONGs com características bem voltadas para a ideia do privado com funções públicas. Aproximam-se do Estado na medida em que se propõem a exercer atividades de natureza pública, mas distanciam-se dele no momento em que se multiplicam indefinidamente até o ponto em que a coletividade se ache retratada.

Odete Medauar (2012, p. 36) assim se manifestou:

[...] Floresceram inúmeras entidades e associações privadas, que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem. Tais transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações. Em decorrência,

a Administração vê-se obrigada a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social.

A reforma administrativa já referida e o processo de democratização no Brasil provocaram o alargamento da esfera pública não estatal, que significa a organização da sociedade civil em entidades não governamentais, ocupando uma lacuna no cenário de políticas públicas de interesse coletivo.

O estudo do Terceiro Setor está intimamente ligado aos interesses ou direitos das massas inseridas na sociedade civil, palco onde se descortinam vários conflitos e interesses diversos, que encontra arrimo na tutela constitucional dos direitos individuais e coletivos. Afirma Norberto Bobbio (1987, p. 35-36):

[...] O que é sociedade civil? Numa primeira aproximação pode-se dizer que a sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão. Sujeitos desses conflitos e portanto da sociedade civil exatamente enquanto contraposta ao Estado são as classes sociais, ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações que as representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos de jovens etc.

A acepção trazida à baila interage com a organização da sociedade civil, figurando os entes não governamentais como sujeitos dos conflitos, exercendo pressão sobre o Estado, servindo de norte para identificação dos problemas coletivos e propositura de políticas públicas alternativas. Portanto, parte da doutrina identifica terceiro setor com sociedade civil organizada.

Interessante o posicionamento externado por José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 134):

Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal).

As instituições de interesse social contribuem para intensificar a democracia participativa através dos mecanismos legais disponibilizados no ordenamento jurídico, como referendo, plebiscito, participação em conselhos de políticas públicas, em orçamentos participativos.

Para Lucas Gonçalves da Silva (2012, p. 29) os entes sociais têm um papel essencial para o desenvolvimento da democracia participativa:

As organizações sociais exerceram papel de destaque na consolidação do Estado Democrático de Direito, sendo relevante instrumento de democracia participativa. Possibilitam um diálogo direto entre a sociedade e os poderes municipais na direção de aferir e efetivar os interesses gerais e específicos da comunidade.

Hodiernamente, percebe-se que o exercício da cidadania pode ser feito de forma individual ou coletiva por meio dos entes associativos. Assim, a noção de cidadania está vinculada à democracia em uma sociedade pluralista que conclama participação direta para legitimar a governabilidade das instituições políticas em autêntica sintonia com o interesse público, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

3.1 Conceito do Terceiro Setor

Na evolução histórica do Brasil, interessa identificar os movimentos de transformação social e as pioneiras instituições de cunho filantrópico, que datam dos séculos XVI e XVIII, como as Santas Casas de Misericórdia em Santos, em 1534 e 1738, no Rio de Janeiro, sendo reconhecido o trabalho da Cruz Vermelha introduzida no Brasil em 1908, como marco histórico para os estudos do Terceiro Setor, além da fundação da Legião Brasileira de Assistência com a publicação do Decreto-Lei nº 4.830/42.

Inicialmente, importa retratar as debilidades referentes ao conceito de Terceiro Setor investigadas por Carlos Montaña. A primeira diz respeito a sua origem, se na década de 80 por estudiosos e instituições capitalistas, visando superar a dicotomia público/privado, ou nas décadas de 60 e 70, vinculando-se às instituições de caridade ou aos movimentos sociais (MONTAÑO, 2007, p. 55).

A segunda debilidade refere-se à dúvida quanto à composição do Terceiro Setor. Se este seguimento social abarca tanto as entidades com existência legal como os movimentos sociais, sem as formalidades legais, impulsionados pelas massas, não estruturados como pessoa jurídica (MONTAÑO, p. 55).

A terceira debilidade diz respeito à elaboração de “um conceito que antes confunde do que esclarece”, uma vez que tende a reunir num mesmo setor ou categoria fundações, associações de bairros, clubes sociais, associações profissionais, sindicatos.

Carlos Montaña (2007, p. 56-57) assim se manifestou:

A terceira debilidade: um conceito que antes confunde do que esclarece. Segundo os autores, algumas destas categorias integrariam o “terceiro setor”: as organizações não-governamentais (ONGs), as organizações sem fins lucrativos (OSFL), as organizações da sociedade civil (OSC), as instituições filantrópicas, as associações de moradores ou comunitárias, as associações profissionais ou categorias, os clubes, as instituições culturais, as instituições religiosas, dentre tantos exemplos.[...]

Este conceito, mais do que uma “categoria” ontologicamente constatável na realidade, representa um constructo ideal que, antes de esclarecer sobre um “setor” da sociedade, mescla diversos sujeitos com aparentes igualdades nas atividades, porém com interesses, espaços e significados sociais diversos, contrários e contraditórios.

A quarta debilidade do termo Terceiro Setor reside nas quatro características das entidades de interesse social,² que o compõe, fixadas no IV Encontro Ibero-Americano, quais sejam: entes privados, não governamentais, autogovernados e não lucrativos.

Vislumbra-se que muitas vezes praticamente desaparece a característica não governamental, em virtude de algumas fundações e associações serem constituídas por empresas, com o fito de tão somente obter isenções fiscais. Ademais, grande parte dos entes sociais sobrevive do dinheiro público sem qualquer autossustentabilidade.

Segundo Carlos Montaña (2007, p. 51):

As chamadas organizações não governamentais (ONGs), quando hoje passam a ser financiadas por entidades, muitas destas de caráter governamental, por meio das parcerias, ou quando são contratadas pelo Estado (federal, estadual ou municipal), para desempenhar, de forma terceirizada, as funções a ele atribuídas, não parecem tão fiéis a seu dito caráter “não governamental” e à sua condição de “autogovernada”. Efetivamente, o Estado, ao estabelecer “parceria” com determinada ONG e não com outra, ao financiar uma, e não outra, ou ao destinar recursos a um projeto, e não a outro, está certamente desenvolvendo uma tarefa seletiva, dentro e a partir da política governamental, o que leva tendencialmente à presença e permanência de certas ONGs e não outras, e determinados projetos e não outros – aqueles selecionados pelo(s) governos(s).

Com base na lúcida e pertinente crítica apresentada por Carlos Montaña, não se pode olvidar a visceral realidade do Terceiro Setor, que abrange uma diversidade de entidades e cujo sustento advém em sua maior parte dos cofres públicos, perdendo seu caráter questionador e reivindicatório, e colocando em cheque sua natureza não governamental.

Inadiável a necessidade de definição do Terceiro Setor para a identificação das entidades de interesse social que dele fazem parte, colaborando para o estabelecimento de critérios objetivos para tipificação dessas entidades. Saliente-se a complexidade da matéria e a

² A terminologia entidades de interesse social será utilizada para denominar as entidades privadas sem fins lucrativos ou entidades do terceiro setor

existência de lacunas no ordenamento jurídico, havendo apenas uma legislação esparsa para disciplinar uma infinidade de organismos não governamentais construídos sob a égide do associativismo e de modelos fundacionais em uma sociedade plural.

Para Simone de Castro Tavares Coelho (2006, p. 68):

No que se refere à nossa pesquisa, constatamos tanto o processo de construção de identidade quanto a própria diversidade das entidades que dele fazem parte. Recolhemos dados de organizações com um perfil mais moderno e denominadas ONGs e também de associações e fundações mais antigas e de origem diversa. Embora todas essas entidades tenham em comum os mesmos propósitos, possuem formas de atuação diferenciadas.

As próprias instituições, que participam desse segmento da sociedade, são chamadas de entidades de interesse social, o que significa ir além dos arredores dos interesses individuais para atingir toda uma comunidade.

A terminologia terceiro setor passou a ser adotada em decorrência da dificuldade de se encontrar um termo, que absorva a diversidade de instituições plúrimas quanto aos seus objetivos, estruturas e finalidades.

Acrescente-se, mais uma vez, o pensamento de Simone de Castro Tavares Coelho (2005, p. 68): “Assim, na falta de uma denominação melhor e visando a assumir uma linguagem comum à literatura existente, optei pela denominação “terceiro setor”, por ser o termo menos conflitante com a realidade encontrada pela pesquisa empírica”.

O fim público tem sido a linha divisória entre entidades, sem fins lucrativos, que fazem parte do terceiro setor e aquelas que embora não objetivem fim econômico, não integram essa terceira facção.

É o ensinamento de José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 135):

Saliento, ainda, que uma das formas mais tradicionais para definir o Terceiro Setor tem sido apresentá-lo de acordo com a finalidade das ações das organizações que o compõem, sempre entendendo que essas instituições, consequências de novos grupos da sociedade civil e dos movimentos sociais, são, além de interlocutores, instrumentos para a consecução de uma nova dinâmica social e democrática, em que as relações são orientadas pelos laços de solidariedade entre os indivíduos, o espírito de voluntariado e o consenso na busca o bem comum.

Nesse passo, importa registrar a classificação propagada pela doutrina das denominadas entidades de interesse social, na forma seguinte: a) benefício mútuo, cujos interesses estão restritos aos associados da instituição; b) benefício público que, além de beneficiar seus integrantes, acolhe os interesses da comunidade.

Por esse raciocínio, as associações formadas para atingir fins dos próprios associados, denominadas entidades de benefício mútuo, não estão classificadas na modalidade Terceiro Setor. Apenas aquelas que objetivam uma finalidade social dentro da comunidade que estão inseridas, chamadas de benefício público.

Nas palavras de Fernando Mânica (2005, p. 61-62):

[...] As entidades de cunho associativo ou benefício mútuo atendem a interesses coletivos e possuem natureza endógena, ou seja, dedicam suas ações em benefício de seus próprios membros. Já as entidades de cunho social ou benefício público são de natureza exógena, ou seja, possuem objetivos específicos que visam favorecer indivíduos externos a seus quadros sociais.

Nessa mesma trilha, José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 137) manifesta-se sobre as duas entidades de fins públicos e mútuos:

A primeira categoria é formada pelas organizações de interesse (ou caráter) público – que são aquelas voltadas para a defesa de interesses mais amplos da sociedade ou para o desenvolvimento de uma atividade que traz benefícios para a sociedade como um todo, mesmo que, aparentemente, ela se dedique apenas a beneficiar agrupamentos específicos (como, por exemplo, os aidéticos ou as populações mais carentes).

A segunda é integrada pelas organizações de ajuda mútua ou de autoajuda – que são as organizações ou agrupamentos que se formam para defender interesses coletivos, mas de um círculo restrito, específico, de pessoas, como, por exemplo, uma associação de classe, um clube social ou uma associação de moradores de uma determinada zona da cidade ou de funcionários de uma determinada empresa.

Saliente-se que não há cidadania sem uma política de assistência social eficaz, nem mobilização do tecido social sem incentivo à cultura de um povo, havendo necessidade de se verificar os fins estatutários estabelecidos, com o escopo de inserir a pessoa jurídica, sem fins lucrativos, no Terceiro Setor (NUNES, 2006, p. 28).

Andrea Nunes (2006, p. 26) elege “o objetivo de promover o bem-estar social, através de atividades específicas de ações assistenciais, culturais e de promoção da cidadania como o traço distintivo de uma entidade de Terceiro Setor”.

Aduz-se que o exercício da cidadania, retratado na mobilização do tecido social e em demais atividades comunitárias, é a pedra de toque para identificação de uma entidade do terceiro setor.

Adiante, estão transcritos alguns conceitos no sentido de que as entidades sem fins lucrativos que compõem o terceiro setor são aquelas que possuem entre seus fins estatutários o cumprimento de um interesse público ou social.

Para José Eduardo Sabo (2010, p. 134):

Podemos, assim, conceituar o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.

Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 121) conceitua Terceiro Setor como:

[...] o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).

Para Maria Tereza Dias (2008, p. 114), “tem-se como terceiro setor o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”.

Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 250-251) delinea um conceito de Terceiro Setor valendo-se da conotação de objetivos públicos e sociais:

“Terceiro Setor” é uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais.

Entende-se que o termo terceiro setor simboliza entidades, sem fins econômicos, que não se localizam no aparelho governamental, defendem o exercício dos direitos fundamentais, da cidadania, perseguindo fins altruístas sob a âncora do bem comum. Igualmente, não distribuem lucros.

A definição do Terceiro Setor e a identificação das entidades de interesse social, que dele fazem parte, contribui para o estabelecimento de critérios objetivos para o fomento pelo Estado através de repasse de verbas públicas.

3.2 Composição do Terceiro Setor

As formas de constituição das entidades de interesse social são fundação ou associação. Relembre-se que fundação é o instituto formado por um conjunto de bens destinados à realização de um fim social consagrado em seu estatuto, de forma estável e

permanente (art. 56, do CC). Já as associações são reuniões de pessoas para fins não econômicos, embora possam utilizar-se de atividade comercial para o seu autossustento.

Registre-se que a doutrina, no esteio da legislação, faz a distinção da terminologia associação e sociedade. Antes do advento do Código Civil em vigor, foram constituídas várias entidades de interesse social, com a denominação de sociedade civil sem fins lucrativos. O Código Civil, em seu art. 981, reza: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Não se pode mais designar de sociedade civil, as associações que se constituem na reunião de pessoas com fins não econômicos, de caráter moral, literário, artístico, etc.; a finalidade econômica é própria das sociedades, residindo no scopo finale sua principal distinção.

Na verdade a expressão deveria ser fins não lucrativos, uma vez que a atividade econômica pode ser desenvolvida como meio de obter recursos para sustentabilidade da associação, como leciona Luciano Benetti Timm (2008, p. 213), citando o então Deputado Federal Ricardo Fiuza:

Quanto ao scopo finale, é certo que uma associação civil não pode ter como finalidade o lucro, já que é exclusiva das sociedades. Mas poderia uma associação civil ter finalidade econômica? O Novo Código Civil define associação como “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos” (art. 53). Portanto, pela interpretação literal da lei, não seria possível a associação civil assumir finalidade econômica. Contudo, temos que concordar com o Deputado Federal Ricardo Fiuza quando afirma que a expressão usada pelo Novo Código Civil é imprópria e teria agido melhor o legislador se tivesse adotado a expressão fins não lucrativos.

O conceito legal, por si só, já esclarece o que é sociedade, tratando-se de pessoa jurídica de direito privado, que objetiva o desempenho de atividade econômica, para angariar lucro mediante a celebração de contrato de sociedade que reúne capital e trabalho, o chamado capital social. Portanto, completamente diferente da estrutura dos entes associativos com fins estatutários de benefício público ou mútuo.

Feito tal registro, importa dizer, com supedâneo na doutrina trazida à baila, que o objetivo público, como elemento conceitual do Terceiro Setor, é também o elemento de distinção para se enquadrar uma entidade sem fins lucrativos como entidade do terceiro setor.

Tem-se, por corolário lógico, que somente as associações sem fins lucrativos devem integrar o rol de entes sociais que compõem o Terceiro Setor. Portanto, aquelas que praticam

atos comerciais e se pautam por um comportamento mercantil não participam desse segmento.

Para Marlon Tomazette (2008, p. 350):

Não se deve falar em sociedades no Terceiro Setor, uma vez que é essencial no conceito de sociedade o intuito de lucro. As entidades do Terceiro Setor desenvolvem atividade de interesse público sem fim lucrativo. Elas podem até desenvolver atividades econômicas para alcançar seus objetivos, mas o lucro não pode ser o fim último da entidade.

Flávia Piovesan e Carla Bertucci Barbieri (2008, p. 103) posicionam-se no sentido de que as entidades sem fins lucrativos de benefício mútuo e aquelas que possuem interesses comerciais camuflados, a exemplo de algumas fundações vinculadas a empresas, a clínicas e a hospitais, não pertenceriam ao Terceiro Setor:

Pelo conceito de fim público acima apontado, não devem ser consideradas como organizações do Terceiro Setor com fins públicos as entidades corporativas, representativas de interesses (como os sindicatos e as associações de classe), as organizações religiosas (ou seja, aquelas instituições precipuamente voltadas para a disseminação de credos, práticas e visões devocionais e confessionais) e partidárias enquanto tais. Com mais evidência se excluem dessa categoria as entidades de benefício mútuo, destinada a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de sócios (como os clubes, as instituições de previdência privada e os fundos de pensão). Finalmente, excluem-se dessa categoria as entidades reconhecidas como filantrópicas pelo marco regulatório atual, as quais, embora prestem relevantes serviços à sociedade, têm, na verdade, fins (disfarçadamente) lucrativos, ou cujo comportamento é presidido, predominantemente, por uma racionalidade mercantil (tais como os planos de saúde e os hospitais privados, as escolas e as universidades particulares).

Na prática, há certa dificuldade em se identificar a natureza mercantil dessas entidades, que usam de subterfúgios jurídicos e contábeis, para não demonstrar seu escopo de lucro. Em alguns casos, somente através de uma auditoria operacional e contábil, por empresas e profissionais idôneos registrados no Conselho Regional de Contabilidade, pode-se aferir se todo superávit obtido é investido nas atividades estatutárias, como será verificado no capítulo III desta dissertação.

Embora seja difícil apontar um parâmetro legal, que indique as entidades sem fins lucrativos que participam do Terceiro Setor, a sobredita lei federal nº 9.790/99 – OSCIPs elenca, em seu art. 2º, um rol de entidades que, pelas suas características e atividades desempenhadas, não podem ser de interesse público, trazendo para o Direito do Terceiro Setor, um critério objetivo de exclusão.

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

I - as sociedades comerciais;

II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

IX - as organizações sociais;

X - as cooperativas;

XI - as fundações públicas;

XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII - as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

No que concerne às organizações religiosas, estas se baseiam na liberdade de culto com status constitucional; portanto, se a entidade tem “inspiração” religiosa, contudo realiza outras atividades consignadas em seus estatutos, sem a celebração de culto religioso, pode integrar o Terceiro Setor, desde que sejam analisados seus atos constitutivos (TOMAZETTE, 2008, p. 349).

Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, que agregam pessoas de forma voluntária, no exercício de seus direitos políticos, para assumir o poder político através dos procedimentos legais, com apresentação de um programa e com a indicação de metas e diretrizes de interesse geral.

Pinto Ferreira elabora a seguinte definição:

[...] o partido político pode, em suma, ser entendido como uma associação voluntária de pessoas, com determinada ideologia e programa, com a intenção de conquistar total ou parcialmente o poder, possivelmente mediante meios constitucionais, e satisfazer os interesses dos seus membros (FERREIRA apud PAES, 2010, p. 254).

Embora os partidos políticos sejam figuras atípicas ao Terceiro Setor, as fundações por eles instituídas estão inseridas na esfera pública não estatal. Tais fundações, veladas pelo Ministério Público, não podem objetivar fins puramente eleitorais, mas são de interesse

público se destinadas “ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política”, submetendo-se à disciplina dos arts. 62 a 69 do Código Civil e art. 53 da Lei nº 9.096/1995, que reza:

Art. 53. A fundação criada por partido político, destinada ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais.

O TSE editou a Resolução nº 22.121/2005 (alterada pela Resolução nº 22.746/2008) que adequou os institutos ou fundações de pesquisa, criados pelos partidos políticos para pesquisa, doutrinação e educação política, à norma estabelecida no Código Civil de 2002 (PAES, 2010, p. 259).

Vale salientar que parte da doutrina perfilha-se ao pensamento mais amplo do conceito de Terceiro Setor, com é o caso de Tarso Cabral Violin (2010, p. 318), que acolhe várias espécies de entidades sem fins lucrativos, como sindicatos, cooperativas e movimentos sociais, que não fazem parte do mercado nem do Estado e estariam inseridas no Terceiro Setor:

Segundo nosso entendimento, o terceiro setor, que é uma expressão polêmica, muito abrangente, surgiu com o fortalecimento do ideário gerencial-neoliberal, e engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nestas entidades, e os movimentos sociais. Ou seja, tudo o que não faz parte nem do mercado nem do Estado em sentido estrito. Assim, voluntários, associações que atuam endogenamente ou de forma exógena, fundações privadas, institutos privados sem fins lucrativos, movimentos sociais ou qualquer agrupamento sem personalidade jurídica, sindicatos, cooperativas, fazem parte do “terceiro setor”.

O posicionamento adotado é no sentido de que integra o Terceiro Setor a associação ou fundação que cumpra finalidades sociais e não distribua excedentes operacionais, isto é, sobras de seu patrimônio líquido ou bruto adquiridas durante o exercício das atividades. Tais excedentes não podem ser rateados entre associados, diretores, empregados ou qualquer outra pessoa que participe da organização não governamental em regular funcionamento.

Aduz-se, por conseguinte, que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos que praticam atos de comércio, mas empregam os recursos financeiros excedentes, denominados superávit, na realização dos fins sociais e na manutenção da própria entidade, compõem o Terceiro Setor, uma vez que suas atividades modificam positivamente a comunidade em que estão inseridas.

Averbe-se que os sindicatos não compõem o Terceiro Setor, uma vez que são entidades de classe que defendem o interesse da categoria profissional representada; sendo de benefício mútuo, não perseguem em última análise o interesse público.

Entende-se que não fazem parte do Terceiro Setor: sindicatos, associações de benefício mútuo, organizações religiosas e partidos políticos.

Os serviços sociais autônomos, cooperativas e movimentos sociais serão analisados adiante, havendo polêmica sobre a inclusão dessas entidades no Terceiro Setor.

3.2.1 Serviços sociais autônomos

A terminologia entidade paraestatal significa estar ao lado do Estado, e adequa-se aos serviços sociais autônomos na ausência de outro termo. Após o advento do decreto-lei nº 200/67, banuiu-se essa expressão do ordenamento jurídico, que servia para designar toda a Administração Indireta (JUSTEN FILHO, 2009, p. 222).

Anote-se que há discussão no ambiente jurídico quanto à natureza própria dos serviços sociais autônomos, quanto a sua forma de constituição e quanto à localização desses serviços no Terceiro Setor. Essa celeuma possui raízes nas seguintes particularidades desses entes: não participam da administração pública direta ou indireta; são criados ou autorizados por lei; recebem contribuições parafiscais para o desempenho de atividades privadas de interesse público; estão sob o controle finalístico do Tribunal de Contas da União.

Para José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 110) os serviços sociais autônomos, pessoas de cooperação governamental “são entidades que, não obstante terem como característica maior colaborar com o Poder Público, não integram a Administração Pública Indireta e podem ter a forma jurídica de associação”.

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 534) pronuncia-se no sentido de que podem ter o formato de associação ou fundação.

Não há regra que predetermine a forma jurídica dessas pessoas. Podem assumir o formato de categorias jurídicas conhecidas, como fundações ou associações, ou um delineamento jurídico especial, insuscetível de perfeito enquadramento naquelas categorias, como, aliás, vem ocorrendo com várias delas.

Os serviços sociais autônomos podem ter o formato de associações civis, mas recebem contribuições parafiscais de forma compulsória. Comunga desse posicionamento Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 267):

Instituídos sob modelo totalmente privado, como associações civis, eles se distinguem do gênero por essa delegação legal que os vincula à prestação de serviços de interesse público, no campo do ordenamento social e do fomento público social e, exclusivamente no caso da União, pela delegação legal para auferirem receita arrecadada impositivamente – contribuições sociais – para custeio dos serviços delegados.

Os serviços sociais autônomos representaram um molde a ser seguido, quando da elaboração dos projetos das organizações sociais (PIETRO, 2012, p. 277).

Os Serviços Sociais Autônomos, embora criados ou autorizados por lei, são considerados entidades paraestatais e integrantes do Terceiro Setor, pois laboram paralelamente ao Estado, prestam serviços públicos não exclusivos e recebem contribuições parafiscais.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 554, 555-556):

Pelo nosso conceito, as entidades paraestatais são definidas como pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas e interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado.

Exatamente por atuarem ao lado do Estado e terem com ele algum tipo de vínculo jurídico, recebem a denominação de entidades paraestatais; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrange as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (como SESI, SESC, SENAI), os entes de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Registrem-se os serviços sociais clássicos, dentre eles, SESI (Serviço Social da Indústria) e SESC (Serviço Social do Comércio), destinados à assistência social a empregados dos setores industrial e comercial, respectivamente, SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) e SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) que objetivam a formação profissional e a educação para o trabalho, igualmente na área da indústria e comércio.

Informa José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 535):

Recentemente, foram criadas outras pessoas dessa natureza: o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), que se destina à execução de programas de auxílio e orientação a empresas de pequeno porte; o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino de formação profissional rural e a promoção social do trabalhador

rural; e o SEST (Serviço Social do Transporte) e o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte), que visam a fins idênticos aos antes referidos, dirigidos especificamente aos serviços de transporte, seja como empresa, seja como trabalhador autônomo.

Comungamos da opinião de que os serviços sociais autônomos são entidades paraestatais e pertencem ao Terceiro Setor, podendo ter a forma de associação ou fundação, sendo criados ou autorizados por lei, para o desempenho de atividades de interesse público na área educacional e de assistência social, favorecendo grupos ou profissionais.

3.2.2 Movimentos sociais

Anote-se que há entendimentos doutrinários divergentes, se os movimentos sociais, como o movimento dos sem-terra – MST, as forças armadas revolucionárias colombianas – FARC, fazem parte do Terceiro Setor.

De observar-se que há duas correntes esposadas pela doutrina. A primeira prega que organizações populares que realizem atividades de interesse geral, mesmo não constituídas legalmente, fazem parte do rol de entes do terceiro setor. A segunda, diametralmente oposta, propaga que somente pessoas jurídicas de direito privado, formalmente constituídas, participariam do espaço público não estatal (MÂNICA, 2005, p. 59).

Simone de Castro Tavares Coelho (2005, p. 77-78) faz um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, compartilhando do entendimento de que os movimentos sociais não fazem parte do Terceiro Setor, uma vez que não possuem existência legal, tendo caráter reivindicatório.

Se é assim, por que os movimentos sociais não são considerados como terceiro setor? Pela simples razão de não possuírem uma estrutura formal feita para perdurar no tempo. Movimentos sociais, como sabemos, são episódicos e contextuais, e as organizações do terceiro setor, ao contrário, vieram para ficar.

Por outro lado, os movimentos sociais possuem um caráter mais reivindicatório, e dirigem-se ao Estado pressionando-o e solicitando que forneça o serviço ou o bem. Mesmo quando atuam no sentido de alcançar por si próprios seus objetivos, como é o caso, por exemplo, dos mutirões para a construção de casas, o caráter reivindicatório está presente quando exigem das agências governamentais lotes, material de construção, assistência técnica, etc.

As organizações populares ou movimentos sociais não podem atuar no mundo jurídico, já que não podem exercer direitos, nem são titulares de obrigações. Portanto, não estão habilitadas a prestar serviços sociais, em regime de fomento com o Estado.

É o pensamento de Fernando Borges Mânica (2005, p. 60):

Aos olhos do direito, como cediço, apenas possuem relevância jurídica os entes aptos a exercer direitos e contrair obrigações. Assim, mesmo que aos olhos das ciências sociais alguns movimentos pouco estruturados e não formalizados sejam entendidos como integrantes do terceiro setor, essas manifestações não formalizadas, nos termos da legislação civil, não podem ser consideradas como tais, muito menos como aptas a desenvolver atividades sociais em colaboração com o Estado. E menos ainda podem receber incentivos do Estado para a prestação de serviços de interesse público.

Tarso Cabral Violin, admitindo que os movimentos sociais integram a esfera pública não estatal (2010, p. 139), afirma que: “Se os movimentos sociais não fizessem parte do terceiro setor, seriam, quem sabe, do quarto ou quinto setor”.

Carlos Montaña (2007, p. 56) afirma que também não há consenso quanto à integração dos movimentos sociais dentre os autores que discorrem sobre o tema, informando que Rubens César Fernandes somente faz menção a movimentos pacifistas, excluindo-se as organizações de lutas de classe movidas algumas vezes pela violência.

Com tal falta de rigor na caracterização deste “setor”, fica uma dúvida razoável: são os movimentos de luta classista incorporados nesta categoria? O Movimento dos Sem-Terra (MST), as Forças Armadas Revolucionárias Colombianas (FARC), os movimentos indígenas de Chiapas, as greves de fábricas; são eles pertencentes ao chamado “terceiro setor”? E os movimentos “violentos” ou insurrecionais de massa (ocupações de fábricas ou prédios públicos, queimadas de ônibus e/ou pneus) e as lutas civis, étnicas e raciais, integram elas o conceito? [...] Porém, não apenas a maioria dos autores do tema não trabalha com estes exemplos, como também, em alguns, eles são expressamente excluídos – uma passagem de Fernandes mostra claramente que o chamado “terceiro setor” se comporia, para ele, apenas de manifestações pacíficas, e não de organizações de lutas de maior impacto no enfrentamento.

A posição adotada mais coerente é a de que os movimentos sociais não fazem parte do terceiro setor, já que não estão legalmente constituídos. Aliás, as organizações não governamentais serviram para assessorar certos movimentos sociais, alinhando vínculos jurídicos com o Poder Público, de maneira a permitir o recebimento de verbas públicas.

3.2.3 Cooperativas

A cooperativa é uma forma de associação com características de sociedade, já que celebra contrato e desenvolve atividade econômica que beneficia os associados. Portanto, tem natureza jurídica peculiar, pois não visa nem repartem o lucro, mas a divisão do que se

convencionou denominar, excedente cooperativo, nos moldes dos arts. 3º e 4º da lei nº 5.764/71:

Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

Segundo José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 99) “os atos constitutivos deverão ser arquivados na Junta Comercial, para que a cooperativa adquira personalidade jurídica e passe a funcionar legalmente”.

Anote-se a divergência doutrinária relativa às cooperativas tradicionais disciplinadas pela lei nº 5.764/71, se tais entes participam do Terceiro Setor, em face da distribuição da receita auferida entre os cooperados. Outro dissenso na doutrina refere-se à cooperativa social, se esta é uma modalidade de cooperativa específica delineada pela Lei nº 9.867/99, integrando o Terceiro Setor, ou se incidem sobre ela os preceitos da cooperativa tradicional.

Todavia as cooperativas clássicas têm por objetivo prestar serviços aos seus associados. Portanto, enquadradas na categoria de benefício mútuo, não estariam incluídas no Terceiro Setor. Já as cooperativas sociais disciplinadas pela lei nº 9.867/1999 têm como móvel a inserção do indivíduo em desvantagem no mercado econômico, enquanto o da cooperativa tradicional é a melhoria financeira do associado (BECHO apud PAES, 2010, p. 102).

Nesse mesmo sentido, Fernando Borges Mânica (2005, p. 65) posiciona-se de forma contrária, lecionando que: “Assinalamos ainda a participação no terceiro setor das chamadas cooperativas sociais, as quais, ao contrário das demais espécies de cooperativas, foram criadas sem finalidade econômica”.

Em sentido contrário, Tarso Cabral Violin (2010), com seu conceito ampliado de terceiro setor, entende que tanto a cooperativa tradicional quanto a cooperativa social fazem

parte do terceiro setor, fundamentando-se no fato de que, para ele, todas as entidades, sem fins lucrativos, fazem parte do espaço público não estatal.

Abaixo está reproduzido o pensamento de Tarso Cabral Violin (2010, p. 329):

Concluimos que as cooperativas não têm fins lucrativos, pois o que distribuem entre seus cooperados são os resultados, e não os lucros e, portanto, são entidades do “terceiro setor”, segundo nosso conceito ampliado.

As cooperativas sociais são entidades com função de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, mas não deixam de ser cooperativas regidas pela Lei nº 5.764/71. Pertencem também ao chamado “terceiro setor”.

Ressalte-se que as sociedades cooperativas embora não tenham finalidade de lucro, os resultados auferidos são distribuídos entre os cooperados proporcionalmente ao valor das operações feitas pelo sócio perante a sociedade, podendo atribuir juro fixo ao capital realizado. O que descaracteriza tais entes, como pertencente ao terceiro setor, é o fato de objetivarem uma atividade econômica para proveito dos cooperados, embora sem fins lucrativos.

Com efeito, entendemos que as cooperativas sociais objetivam interesses da comunidade, como, promover a inserção de pessoas em desvantagem no mercado de trabalho, seja por serem egressas das prisões, seja por serem dependentes químicos e demais situações de cunho social; assim, devem ser incluídas no rol de entidades que compõem o Terceiro Setor, nos moldes da lei nº 9.867/99. Essa lei tem sido criticada, por não definir sua natureza jurídica.

4. Títulos de utilidade pública e qualificações

Primeiramente, vale ressaltar que cada ente federativo, União, Estado, Município e Distrito Federal deve ter lei específica para disciplinar o título de utilidade pública e as qualificações de organização social – OS e organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP.

Interessa dizer que, a princípio, as entidades de interesse social constituídas sob a forma de associação ou fundação podem ser contempladas com o título de utilidade pública. Para José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 687), “trata-se, na verdade, a declaração de utilidade pública como o reconhecimento de que determinadas entidades cumprem uma função que deveria ser exercida pelo Poder Público”.

O título de utilidade pública federal é conferido a entidades sem fins lucrativos pelo Ministério da Justiça, consoante disciplina da Lei Federal nº 91/35, desde que atendidos os requisitos legais. Alguns benefícios e isenções fiscais podem ser elencados em decorrência desse título, como, por exemplo: receber subvenções, auxílios e doações da União; realizar sorteios; isenção da cota patronal para o INSS, se observados os outros requisitos legais; doações de empresas, dedutíveis do lucro operacional da pessoa jurídica doadora, conforme disciplinamento legal.

Todavia, tem-se notícia de que os títulos de utilidade pública são concedidos, indiscriminadamente, tanto às entidades de benefício mútuo (interesses privados dos associados) como às entidades de benefício público, possibilitando a perpetração de fraudes.

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 73):

Embora, a nosso ver, a exigência legal de servir desinteressadamente à coletividade represente motivo suficiente para se não outorgar o título de utilidade pública às entidades de favorecimento mútuo, visto que estas entidades não servem desinteressadamente a coletividade e, sim, a um círculo restrito de pessoas, o fato é que tal título foi dado indiscriminadamente a uma e a outra espécie de pessoa jurídica, possibilitando a ocorrências de fraudes.

Para Paulo Modesto (1999, p. 34) uma das desvantagens da concessão de título de utilidade pública é a sua certificação indevida, estimulando a fraude e retirando sua credibilidade:

[...] Assim, ligado à função de certificação surge a possibilidade de certificação indevida, realizada sem critério, por ato administrativo ou lei casuística, como perversão de muitas vezes difícil controle. A concessão graciosa e indevida do título pode revelar tanto a frouxidão dos critérios utilizados para reconhecimento do título pela autoridade competente quanto hipótese de clara fraude, violação intencional do modelo legal geral na matéria. A reiteração de certificações indevidas produz com o tempo uma erosão da credibilidade do título [...].

De observar-se que, com base na Lei do Estado de Sergipe nº 5.495/2004, pode-se conceder título de utilidade pública a sociedades civis e fundações, nos seguintes casos: (i) quando não houver distribuição de lucros, bonificações e vantagens a mantenedores ou associados, e que não sejam remunerados, a quaisquer títulos, os cargos de diretoria, salvo, neste último caso, para as fundações; (ii) que estimule a educação, desempenhe atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, atividades desportivas, filantrópicas ou religiosas, bem como que tenham por objeto a defesa de categoria profissional ou comunidade de bairros, povoados ou cidades; (iii) apresentação de certidão ou atestado de autoridades ou de organização competente com os seguintes requisitos: (a) informação de registro de

personalidade jurídica no Estado de Sergipe; (b) declaração de idoneidade moral dos diretores; (c) declaração de efetivo e contínuo funcionamento nos dois anos imediatamente anteriores ao pedido, contados a partir da data em que adquiriu a personalidade jurídica.

A primeira crítica que se faz à referida lei estadual é de que em lugar de sociedade civil, o legislador deveria utilizar o termo associação, que não tem fim econômico, consoante fora explicado em tópico anterior. A segunda diz respeito à possibilidade de ser dado título de utilidade pública a entidades privadas sem fins lucrativos para defesa de categoria profissional, o que também não se coaduna com a natureza das entidades do terceiro setor.

Afinal, ainda quanto ao título de utilidade pública federal, saliente-se que é condição prévia, sem a qual não é concedida a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social.

4.1. Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS

Atualmente, a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social está disciplinada pela Lei Federal nº 12.101/2009, que alterou sua expedição. É concedida a pessoas jurídicas de direito privado que possuam a finalidade de prestação de serviços de assistência social, saúde e educação pelo Ministério da área correspondente.

As entidades contempladas com essa certificação devem ser de benefício público, em obediência ao princípio da universalidade do atendimento; suas atividades estão voltadas para prestação de serviços coletivos, não podendo ficar circunscritas aos associados ou à classe profissional, com base no art. 2º da Lei nº 12.101/2009.

Igualmente, além de outros benefícios prescritos em lei, a certificação de entidades beneficentes permite a isenção da cota patronal, nos moldes definidos pelos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212/1991.

4.2. Organização social – OS e organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP

A qualificação como Organização Social consiste na habilitação necessária para criação de vínculos jurídicos mediante o contrato de gestão, com o escopo de administrar

órgãos ou entidades pertencentes ao Poder Público, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, com fundamento na Lei Federal nº 9.637/98.

A organização social realmente assume a administração de bens, equipamentos e pessoal do Estado. O contrato de gestão estabelece metas de desempenho para assegurar a boa qualidade dos serviços prestada. Ademais, as organizações sociais, ao serem qualificadas, também são declaradas de interesse social e de utilidade pública.

Anote-se a exigência legal de que os estatutos das organizações sociais instituem um conselho de administração como órgão de deliberação superior, composto por representantes do poder público entre 20% a 40% da sua composição, não remunerados, o que lhe confere um caráter quase governamental, seguindo o padrão das organizações inglesas chamadas “quangos” (quase non-governmental organizations). Portanto, parte da doutrina entende que tais entidades não pertenceriam ao Terceiro Setor, posto que controladas diretamente pelo Estado.

Em termos comparativos, o título de organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP autoriza à entidade celebrar termos de parcerias, auxiliando o Estado na prestação de serviços sociais, com fundamento na Lei nº 9.790/99 e no Decreto nº 3.100/99.

A qualificação de organização da sociedade civil de interesse público pelo Ministério da Justiça geralmente ocorre posteriormente à constituição do ente social; inclusive seu funcionamento não está adstrito a qualquer vínculo com o Estado. Entretanto, as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs não podem cumular outras qualificações ou títulos de utilidade pública.

Note-se que, através do termo de parceria, precedido de concurso de projetos e consulta ao conselho de políticas públicas, a entidade não assume a gestão de órgão, empresa ou entidade de origem estatal, apenas colabora com o Estado para o desempenho de atividades sociais.

A qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, através da sobredita lei, ampliou a área de atuação das entidades de interesse social, que antes se restringia à assistência social, educação e saúde.

O legislador federal foi taxativo e excludente no art. 2º da lei nº 9.790/99, vedando que algumas entidades recebam a qualificação de OSCIP. Todavia, com arrimo no princípio da universalização do serviço, aumentou consideravelmente o espectro de sua atuação,

podendo laborar em áreas como a promoção da assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação e saúde gratuitas, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, dentre outras atividades.

Aliás, os serviços de educação e de saúde, como atividade fim da organização não governamental, devem ser totalmente gratuitos para a população, com base no art. 6º do decreto nº 3.100/99. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência devem ser inseridos nos atos constitutivos da OSCIP.

Cumprir dizer que o regime jurídico das OSCIPs é especial, pois pode receber bens e recursos públicos, para fins de entabular com o Poder Público negócio jurídico, denominado termo de parceria, visando o desempenho de atividades nas áreas sociais prescritas em lei.

Luis Eduardo Patrone Regules (2006, p. 160) se manifesta na forma adiante:

Existem, por conseguinte, alentadas referências legislativas no sentido de se aplicar regime jurídico especial às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, consubstanciado na adoção de normas de direito privado com derrogações originárias do regime de direito público, fundamentalmente em razão da: (a) observância aos princípios de direito público como o da legalidade, impessoalidade, publicidade, entre outros; (b) adoção de instrumentos internos que instituem regras a estas organizações do terceiro setor, originários dos distintos ramos do Direito (Direito Privado – Direito Público), como os estatutos e o regulamento; (c) reconhecimento do Poder Público (qualificação) e controle especial voltado, se necessário, para a perda do título jurídico; (d) outorga de vantagens especiais (recursos públicos), compatíveis com os encargos específicos, e também de controle peculiar, como o exercido pelos Conselhos de Políticas Públicas, em regra, exercido em consonância com a participação da sociedade.

O Estado de Sergipe editou a Lei nº 5.217/03, que disciplina as organizações sociais, e a lei nº 5.850/04, que dispõe sobre a organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP, com idêntico teor das leis federais citadas nesta dissertação.

5. Princípio da subsidiariedade

O termo subsidiariedade remonta ao latim *subsidium*, derivado de *subsidiarius*, significando forma secundária e supletiva. O princípio da subsidiariedade sustenta-se na ideia de descentralização, de participação, admitindo-se que as autoridades locais ou organismos privados disponham de certos poderes atinentes à prestação de alguns serviços públicos em busca de eficiência, sem a subtração de todos os poderes da autoridade central circunscritos às atividades fiscalizadoras (BARACHO, 2000, p. 23).

Todas as competências que não são exclusivas do Estado podem ser transferidas às coletividades, sendo a cidadania ativa um de seus pilares, conforme lição ministrada por José Alfredo de Oliveira Baracho (2000, p. 63-64):

A cidadania ativa é pressuposto básico para a efetivação do princípio de subsidiariedade. Na sua efetuação, as instâncias privadas precisam trabalhar para a coletividade, pelo que devem realizar tarefas de interesse geral, operando-se de modo e por razões conjugadas.

O princípio da subsidiariedade refere-se ao desempenho de atividades para o atendimento de interesses setoriais pela iniciativa privada com capacidade de execução, reservando-se aos Estados tarefas diretas e de supervisão inerentes ao interesse público.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (2000, p. 65):

É pela redefinição da repartição de competências entre o Estado e os cidadãos, o privado e o público, que se estabelecerá novo equilíbrio social. Ocorrerá a devolução das competências, de conformidade com a finalidade das ações existentes e necessárias. O privado pratica seus negócios, para realização de interesses setoriais, ao passo que o público ocupa-se dos interesses públicos. A devolução de competências leva em conta a capacidade para assumi-las.

Vale ressaltar que o princípio da subsidiariedade não exclui a intervenção estatal no Estado de Direito Social e Democrático, mormente nos casos em que a iniciativa privada se mostrar incapaz de atingir os fins coletivos.

Interessa dizer que este princípio, insculpido na pedra do liberalismo, reaparece sob novo enfoque para promover o equilíbrio social. Todavia, para alguns autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 21), a intervenção estatal na prestação de serviços sociais passa a ter caráter supletivo.

Devem ficar a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente.

Em sentido contrário, J.J. Canotilho (2003, p. 342) entende que o Estado não deve exercer um papel supletivo ou meramente facultativo na seara dos direitos sociais, principalmente em situações de evidente carência e pobreza, embora valorize o direito de autodeterminação do indivíduo informado pelo princípio da autorresponsabilidade.

Está, assim, fora de causa a ideia de subsidiariedade horizontal ou social referente a relações entre os poderes públicos e os privados. O Estado é obrigado pela

Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito de direitos sociais. Isto não significa que tenha sido eliminado o princípio da autorresponsabilidade ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidas: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno, para si e para sua família. Por outro lado, o livre desenvolvimento cultural, social e econômico dos cidadãos é um processo público aberto às mediações de entidades privadas (instituições de solidariedade social, associações desportivas, cooperativas de habitação).

Tarso Violin (2010, p. 72) tem uma visão mais realista, no sentido de que as entidades privadas sem fins lucrativos podem prestar diretamente os serviços sociais, entretanto em regime de colaboração com o Estado, mormente em países em desenvolvimento:

Assim, entendemos que o princípio da subsidiariedade não é, necessariamente, algo desconexo do Estado social, Estado esse que deve, ainda, ser responsável pela execução direta dos serviços sociais, principalmente nos países periféricos e semiperiféricos não desenvolvidos, podendo atuar em conjunto com a sociedade civil, mas sem, em momento algum, se eximir de suas responsabilidades.

Nesse diapasão, a ideia de substituição do Estado por entes privados na execução de serviços sociais, mesmo que não exclusivos, não é interessante num país ainda em desenvolvimento, eivado de distorções na estrutura das suas instituições democráticas. É o pensamento de Andréa Koury Menescal relatado por Tarso Cabral Violin:

Andréa Koury Menescal é contrária que ONGs compensem as deficiências do Estado e do mercado, como provedoras de bens coletivos à sociedade, pois este é o principal dever das instituições estatais. Para ela as ONGs podem apoiar grupos e movimentos sociais de uma maneira que nem o mercado e nem o Estado são capazes, com uma função sociopolítica, como grupos de pressão (pressure groups), apresentando propostas e influenciando positivamente as políticas governamentais na busca de mudanças sociais significativas (MENESCAL apud VIOLIN, 2010, p. 145).

Carlos Montañó (2007, p. 45-46) critica a reforma do Estado dizendo que o governo, na época, utilizou-se de temas como controle social e democracia, mas o objetivo era desonerar a máquina administrativa dos custos das políticas sociais, privatizando-as, repassando ao mercado e ao Terceiro Setor o ônus de implementá-las.

Sob o pretexto de chamar a sociedade à participação em torno do “controle social” e da “gestão de serviços sociais e científicos”, desenvolvendo a democracia e a cidadania, a dita “publicização” é, na verdade, a denominação ideológica dada à transferência de questões públicas da responsabilidade estatal para o chamado “terceiro setor” (conjunto de “entidades públicas não-estatais” mas regido pelo direito civil privado) e ao repasse de recursos públicos para o âmbito privado. Isto é uma verdadeira privatização de serviços sociais e de parte dos fundos públicos. Esta estratégia de “publicização”, orienta-se numa perspectiva, na verdade, desuniversalizante, contributivista e não constitutiva de direito das políticas sociais.

Pensamos que a adequada prestação de serviços públicos pelo Estado não inibe o labor das organizações não governamentais, que seguem auxiliando o Poder Público na seara social, em regime de colaboração, com vistas ao aperfeiçoamento desse serviço.

Nesse diapasão, a ideia de colaboração entre entes privados e o Estado harmoniza-se com o princípio da subsidiariedade, havendo uma verdadeira integração entre o público e o privado, rechaçando-se entretanto a ideia de substituição estatal na prática de políticas públicas.

Registre-se, afinal, que para esta dissertação importa realçar as consequências geradas pela aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado de Direito Social e Democrático, quais sejam: o aparecimento da esfera pública não estatal e a ampliação de inúmeras técnicas de fomento à iniciativa privada.

Frise-se o reaparecimento do princípio da subsidiariedade no Estado de Direito Social e Democrático – com matizes mais acentuados na descentralização das atividades administrativas sem impor a minimização do Estado –, fincando os alicerces legais do Terceiro Setor, de maneira a revitalizar o fomento estatal.

Esclareça-se que o novo princípio da subsidiariedade não exige um Estado mínimo, mas uma parceria entre o poder público e a iniciativa privada; a ideia de substituição estatal foi relegada ao segundo plano.

Nesse sentido, comungamos com o pensamento de Luis Eduardo Patrone Regule (2006, p. 70):

A subsidiariedade não se confunde necessariamente com a diminuição do Estado. Em nosso sentir, não há plausibilidade na necessária associação entre o princípio da subsidiariedade e o Estado mínimo.

A ordem social sequer deixa passar a ideia de “Estado regulador” em detrimento do “Estado executor”, pois o oferecimento de atendimento pelo próprio Poder Público, não raras vezes, inclusive, exsurge com um direito subjetivo público do indivíduo.

Importa ventilar que a subsidiariedade se espelha na descentralização política, refletindo a repartição das competências entre União, Estados-membros e Municípios, sedimentada na Constituição de 1988. Adiante, o pensamento de Silvia Faber Torres (2001, p. 242):

A recepção da subsidiariedade no plano político pelo ordenamento jurídico brasileiro se mostra cristalina, buscando-se nela a legitimação para a descentralização política, por meio da repartição das atribuições entre União, Estados-membros e os Municípios.

Com efeito, a Constituição de 1988, na esteira do processo de descentralização de que hodiernamente se ocupam a doutrina, jurisprudência e legislação internacionais, acenou embrionariamente com um federalismo cooperativo consertado, ao prever, ao lado das competências exclusivas e privativas, as comuns e concorrentes, ensejando, assim, definições de competências mais consentâneas com o princípio da subsidiariedade.

Desta forma, a Carta Política de 1988 sacramentou expressamente a relevância de determinados serviços públicos que podem ser convertidos em serviços sociais, quando executados mediante fomento a entidades do terceiro setor, nas áreas da saúde (art. 199), educação (art. 205), assistência social (art. 204), cultura (art. 215) e desporto (art. 216).

Afinal, o capítulo tratou da evolução do Estado de Direito que culminou, na atualidade, com o aparecimento Estado de Direito Social e Democrático, fazendo florescer a esfera pública não estatal, que abriga entidades privadas sem fins lucrativos. Discorreu-se sobre a composição desse terceiro compartimento da sociedade, elencando-se diferentes espécies de entes sociais e os seus respectivos títulos e qualificações, um dos modos de fomento estatal, denominado honorífico. O fomento estatal, guiado pelo princípio da subsidiariedade, é alvo de estudo no segundo capítulo.

CAPÍTULO II – FOMENTO PÚBLICO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

1 Considerações iniciais sobre o fomento público

O presente capítulo almeja identificar o conceito e as espécies de fomento estatal ao Terceiro Setor, tomando-se por parâmetro diplomas legais esparsos, acolhidos sob a tenda do texto constitucional, como se pode analisar do teor do art. 174, caput, da CF, que disciplina as ações normativas e reguladoras do Estado, in verbis: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Adverte Marçal Justem Filho (2009, p. 42) que são quatro as principais funções administrativas do Estado: conformadora ou ordenadora, regulatória, prestacional e de controle. A função regulatória caracteriza o Estado regulador, que emite um sistema de normas de fomento à iniciativa privada com escopo de que colabore na prestação de serviços sociais.

[...] O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para referir à atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo.

Para Alberto Shinji Higa (2010, p. 120), a intervenção administrativa se perfaz de forma indireta sobre a ordem econômica através das diversas formas de fomento.

A atividade de fomento no domínio econômico se insere nesta última categoria, intervenção sobre a ordem econômica e não na ordem econômica, na medida em que, não atua diretamente no domínio econômico, senão, indiretamente, por meio de instrumentos de fomento, como, por exemplo, a concessão de vantagens fiscais com o intuito de direcionar a conduta do particular no desenvolvimento de suas atividades, com vistas à consecução de um interesse público ou de relevância coletiva.

No que tange ao domínio social, a intervenção estatal nesse campo, de igual modo, pode se dar, de modo direto, pela prestação de serviços públicos à coletividade e, de modo indireto, pela atividade administrativa de fomento.

No que concerne à aplicação dos princípios próprios da administração pública à atividade de fomento, anote-se a posição de alguns autores que discorrem com lucidez sobre o tema.

Para Sílvio Luís Rocha o fomento deve observar os princípios inerentes à Administração Pública e ao regime jurídico administrativo. Portanto, os princípios da legalidade, da economicidade, da eficiência, da igualdade e da isonomia norteiam esta função administrativa, realizando-se processo seletivo com ampla participação dos interessados (ROCHA, 2003, p. 27 e 31).

O citado autor suscita a incidência do princípio da repartição das competências, corolário do princípio da subsidiariedade, acarretando consequências para o agente fomentado, que deve contribuir com recursos financeiros, a exemplo da contrapartida no caso dos convênios, e assumir o risco da relação jurídica (ROCHA, 2003, p. 33).

O fomento deve ocorrer quando determinada obra e serviço, executado por particulares, é socialmente importante para toda ou parte da comunidade. Neste diapasão, cumpre ao Poder Público incentivar a prática de tais ações de repercussão social, na seara da Administração consensual, uma vez que o fomento não é compulsório, nem deve promover a substituição do Estado por entidades do terceiro setor nas obrigações de que é titular.

2 Conceito de fomento público

Nesta oportunidade, urge seja apresentado o conceito de fomento, enfatizando as características e destinatários dessa ação administrativa.

2.1 Na doutrina estrangeira

Vale registrar que o fomento sempre teve especial relevo no Direito Administrativo Espanhol. José Luis Villar Palasí informa que, nos idos de 1588 a 1596, nas Cortes de Madrid, já se demonstrava a preferência em se utilizar as subvenções para a edificação de obras públicas.

De outro lado, as Cortes insistiam repetidamente na abolição do sistema de repartição como modo de ajudar as construções de obras públicas. Nas Cortes de

Madrid de 1588 a 1596, encontram-se já uma série de queixas e denúncias sobre os prejuízos e danos ocasionados pelo sistema de repartimento e sobre a preferência e utilização das subvenções (tradução nossa)³.

É oportuno trazer a lume a definição construída por Luis Jordana de Pozas (1949), que se afigura como ponto de partida e, ao mesmo tempo, de convergência da doutrina espanhola e pátria quanto à nova acepção de fomento na Administração Pública.

Para o sobredito autor espanhol, a ação administrativa tem como finalidade geral a satisfação das necessidades públicas. Ensina, por seu turno, que uma das funções políticas mais importantes é distinguir quais necessidades se transformaram em públicas e quais perderam esse caráter. Destarte, são quatro os meios de satisfação das necessidades gerais para manter a boa ordem pública: legislação, polícia, fomento e serviço público.

No que diz respeito à legislação, explica que se o cumprimento das normas reclamar uma ação distinta da judicial, a legislação pode ser considerada ação administrativa, a exemplo da polícia, fomento e serviço público⁴.

O serviço público é uma modalidade de ação administrativa que consiste em satisfazer uma necessidade pública de maneira direta por órgãos da própria Administração Pública criados para tal fim, com exclusividade ou em concorrência com os particulares (JORDANA DE POZAS, p. 44).

Luis Jordana de Pozas (1949, p. 44) corrobora também a noção de polícia traçada por Adolfo Merkl, para quem essa função administrativa é destinada a manter a ordem pública mediante a limitação de atividades privadas com o uso da força ou de meios coercitivos pertinentes.

Nesse passo, importa traduzir o conceito de fomento trazido, dos átrios do direito administrativo espanhol, por Luis Jordana de Pozas.

[...] a ação da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas devidos aos particulares e que satisfaçam necessidades

³ Conforme José Luis Villar Palasí (1954, p. 21): “De otro lado, las Cortes insistían repetidamente en la abolición del sistema de repartos como modo de ayudar a las construcciones de obras públicas. En las Cortes de Madrid de 1588 a 1596, se encuentran ya la serie de quejas y denuncias sobre los perjuicios y daños que ocasionaba el sistema de repartimientos y sobre la preferente utilización de las subvenciones”.

⁴ Segundo Luis Jordana de Pozas (1949, p. 42): “Al emplear la palabra “legislación” a uno de los modos de satisfacer las necesidades generales, es preciso darle un sentido muy estricto: el de emanación de normas obligatorias, la ejecución de las cuales corre normalmente a cargo de los particulares y excepcionalmente compete a los jueces y tribunales. Si el cumplimiento de las normas requiere una acción pública distinta de la judicial, se trata, realmente, de alguno de los otros modos antes enumerados”.

públicas ou se estimem de utilidade geral, sem usar da coação nem criar serviços públicos (tradução nossa)⁵.

Percebe-se que, em seu conceito, Luis Jordana de Pozas restringe o fomento a uma ação administrativa visando proteger e promover atividades ou riquezas, distanciando-se da definição de polícia. Enfatiza que a atividade de fomento deve ser realizada pelos particulares para o atendimento de necessidades públicas; portanto, destina-se às entidades privadas e não a entes públicos.

O serviço público é prestado pela Administração diretamente enquanto, no fomento, o Estado apenas estimula os particulares a desempenharem voluntariamente atividades para a satisfação de necessidades gerais.

O fomento é um instituto antigo, mais adequado ao Estado Liberal, que se coaduna com o princípio da subsidiariedade, conforme analisado no capítulo anterior. Esse princípio foi reformulado pelo neoliberalismo no Estado de Direito Social e Democrático, que unifica as principais características dos dois paradigmas de direito mais bem sucedidos da evolução política do Estado de Direito, o Liberal e o Social.

Pontue-se, afinal, que a definição esculpida pelo professor Luis Jordana de Pozas (1949) compõe-se dos seguintes elementos: (i) ação administrativa realizada de forma indireta e mediata pelo Estado; (ii) atuação estatal reservada à persuasão e estímulo aos particulares para que desenvolvam atividades de interesse geral e angariem riquezas; (iii) sem uso de coação, nem criação de novos serviços públicos.

Importa registrar os ensinamentos de Mariano Baena del Alcázar, em 1967, no estudo intitulado “Sobre el Concepto de Fomento”, que, baseando-se na teoria do fomento lapidada por Luis Jordana de Pozas, reúne as posições e críticas de diversos autores espanhóis que reconhecem amplamente essa teoria, fazendo alguns acréscimos e ponderações.

De acordo com Mariano Baena del Alcázar (1967, p. 46) a primeira parte do conceito de Luis Jordana de Pozas, que diz respeito à atividade, estabelecimentos ou riquezas, implica enlace com a intervenção econômica interferindo na técnica de fomento a ser adotada pelo Estado ante a economia. A segunda parte produz dois efeitos: coloca o fomento no mesmo patamar da polícia e do serviço público e delimita essa ação de incentivo pela via negativa,

⁵ Para Luis Jordana de Pozas (1949, p. 46): “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”.

quando diz que não serão empregados meios coativos nem serão constituídos novos serviços públicos.

De observar-se que Mariano Baena del Alcázar (1967) afirma que Garrido Falla, Entrena Cuesta e Pellisé fundamentam suas doutrinas essencialmente na teoria de Luis Jordana de Pozas, mas acrescentam outras ideias.

Segundo Mariano Baena del Alcázar (1967, p. 47), Garrido Falla não aceita a classificação de Jordana de Pozas, pois considera dissonante dos fatos, e faz críticas, reputando insuficiente o termo *polícia*, porque não explica uma série de outras prestações obrigatórias. Por outro lado, não aceita a ideia de serviço público como último termo da classificação de meios administrativos para a satisfação das necessidades públicas, porque devem incluir-se demais prestações da Administração aos administrados, como a chamada gestão econômica.

Anote-se a inovação trazida por Garrido Falla ao conceito, sagrado na doutrina espanhola, quanto à destinação da atividade de fomento, estendendo-a a entes públicos menores. Segundo Mariano Baena del Alcázar (1967, p. 47):

Para GARRIDO, o fomento é “aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de ordem pública, protegendo ou promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfazem” (tradução nossa) ⁶.

Ainda de acordo com Mariano Baena del Alcázar, Entrena Cuesta adota a mesma linha do pensamento de Garrido Falla quanto ao destino do fomento a entes públicos, mas expressa outra ideia positiva, a de que o elemento fundamental da definição é a satisfação das necessidades públicas ou que se estimem de utilidade geral⁷.

Afinal, averbe-se, antes de expor seu posicionamento, que Mariano Baena del Alcázar (1967, p. 48) cita a posição de Pellisé, calcada nas ideias do Professor Balbé, no

⁶ Para GARRIDO, el fomento es “aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de orden público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen”.

⁷ Conforme resalta Mariano Baena Del Alcázar (1967, p. 47), “Prácticamente en la misma línea, al menos en cuanto al concepto en sí, está la postura de ENTRENA CUESTA. Se parte de una idea negativa; mediante el fomento, la Administración persigue los fines públicos sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones. Pero inmediatamente se expresa otra idea positiva del fomento considerado como “la actividad administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares o de otros entes públicos que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”. En la postura de ENTRENA encontramos algo de interés, puesto que se subraya como elemento fundamental el que las actividades, establecimientos o riquezas satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general”.

sentido de que a característica essencial do fomento se estriba na existência de estímulo sem coação.

Mariano Baena Alcázar (1967, p. 54) observa que existem três acepções de fomento: a primeira, manejada na primeira metade do século XIX, quando a ideia de fomento estava inserida na concepção de polícia, a segunda, produzida por Luis Jordana de Pozas e, a terceira, na postura mantida por Guaita.

Importa registrar que na primeira metade do século XIX, envolto pelo liberalismo, existia, junto à polícia de ordem, uma polícia do bem-estar e da prosperidade, e que é precisamente esta ideia que se identificava com o fomento, consoante informação de José Villar Palasí. Assim, já no século XVIII, a função de fomento aparece como finalidade, posto que incluída como integrante da função de polícia em sentido amplo, que abrangia toda ação de polícia desempenhada pelo Estado (ALCÁZAR, 1967, p. 54-55).

Nesse diapasão, a postura de Guaita busca na noção antiga de polícia do bem-estar os elementos para engendrar o seu conceito, identificando o fomento não como atividade, mas como fim peculiar à função de polícia. Assim, rechaça o uso de meios residuais para definir fomento, que considera ser a atividade mais importante da Administração, pois tenciona o aperfeiçoamento, o progresso e o bem-estar da sociedade, priorizando o viés teleológico na construção de seu pensamento⁸.

A satisfação da necessidade coletiva se dá também por outras formas da ação administrativa. Consequentemente, há um divórcio entre a noção de fomento e o de finalidade a ser alcançada. O elemento teleológico cede em favor da técnica empregada. Assim, Mariano Baena del Alcázar entende com Garrido Falla que a diferença deve centrar-se no modus operandi, prevalecendo o critério da técnica persuasiva ou coativa da atuação, para que se caracterize a ação como de fomento ou de polícia (ALCÁZAR, p. 62-63).

Mariano Baena Del Alcázar conclui que Luis Jordana de Pozas, apesar das críticas formuladas pela doutrina, produziu a transformação do significado do vocábulo, que de um

⁸ Segundo Baena Del Alcázar (1967, p. 60), “Pero lo que más nos interesa ahora es la idea que tiene Guaita acerca del fomento. Inmediatamente puede verse que se trata de una noción con un marcado matiz teleológico, lo que ya se demuestra en la definición primitiva: la palabra “fomento” entraña la actividad que atiende al perfeccionamiento, progreso y bienestar de la sociedad. La administración de fomento, por tanto, crece continuamente, y es más importante que las otras, puesto que supone una voluntad e perfeccionamiento.”

fim da atividade administrativa passou a ser visto como ação, forma de atividade administrativa⁹.

A nota de satisfação indireta diferencia o fomento do serviço público, enquanto que o não emprego da coação diferencia-o da polícia. Todavia, as críticas repisadas ao conceito de fomento respondem a uma realidade, porque o fomento é, efetivamente, atividade fluida, desvaída e sem contornos (ALCÁZAR, 1967, p.65-66).

Mariano Baena Del Alcázar afirma que o fomento pode ser entendido como instrumento de intervenção econômica, citando doutrinadores como Hauriou, que destaca a subvenção como importante meio de fomento. O controle da atividade subvencionada é exercido de variadas formas, deixando de ser mera liberalidade, mas um conjunto de regras vinculantes.

Conforme Mariano Baena del Alcázar (1967, p. 83):

O dito antes pode resumir-se na afirmação que contém o título da epígrafe. De uma atividade de estímulo o fomento (ou, melhor dito, o conjunto de atividades que se designam habitualmente com este termo) tem passado a ser um instrumento de intervenção econômica.

Para Hauriou, as subvenções (caso típico de fomento) constituíam uma prova de que a Administração não é egoísta (165). Hoje em dia não se pode dizer isso, já que a subvenção leva consigo o controle da atividade subvencionada, que se exerce de muitas variadas formas (166), que deixou de ser uma mera liberalidade e passou a ser um conjunto de regras vinculantes (tradução nossa)¹⁰.

Faz-se oportuno trazer à baila o pensamento de Héctor Jorge Escola para depois citar a posição de doutrinadores brasileiros, em especial aqueles que enobrecem a doutrina pátria.

Héctor Jorge Escola somente aceita o fomento de entidades privadas, excluindo-se os entes públicos. Nestas hipóteses, haveria cooperação entre órgãos públicos, no âmbito de suas respectivas competências, restando atípico o ato de fomento. Por conseguinte, segue o núcleo conceitual de Luis Jordana de Pozas, propagando que o fomento é uma ação administrativa

⁹ Segundo Baena Del Alcázar (1967, p. 59), “No se trata ni de una tradición recogida y sistematizada, ni de una construcción extranjera. JORDANA acuña el nuevo concepto antes descrito y lo designa con el término fomento. Con ello se ha producido una transformación del significado del vocablo, que de un fin de la actividad ha pasado a ser una forma de ésta”.

¹⁰ Lo dicho antes puede resumir-se en la afirmación que contiene el título del epígrafe. De una actividad de estímulo el fomento (o, mejor dicho, el conjunto de actividades que se designan habitualmente con este término) ha pasado a ser un instrumento de intervención económica.

Para Hauriou, las subvenciones (caso típico del fomento) constituían una prueba de que la Administración no es egoísta (165). Hoy día no puede decirse eso, ya que la subvención lleva consigo el control de la actividad subvencionada, que se ejerce de muy variadas formas (166), con lo que ha dejado de ser una mera liberalidad y ha pasado a ser un conjunto de reglas vinculantes.

para o cumprimento de uma finalidade social inerente a certo interesse da população, de modo indireto e mediato (ESCOLA, 1990, p. 858-859).

Hector Jorge Escola (1990, p. 859) define fomento como:

[...] aquela atividade da Administração Pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e o alcance de fins do Estado de maneira indireta e mediata, mediante a participação voluntária dos particulares, que desenvolvem por si mesmos atividades tendentes a esse objeto, as quais são protegidas e estimuladas pela Administração por diversos meios, dos quais estão excluídas todas as formas de coação.

Ramon Parada restringe o fomento à atividade de particulares, abarcando todos os setores econômicos e sociais através do repasse e de outorga de títulos às entidades do terceiro setor, que corriqueiramente vivem sustentadas por subvenções públicas (PARADA apud HIGA, 2010, p. 65).

Além de eleger o fomento como uma das formas de ação administrativa ao lado da ação de polícia e do serviço público, em seu excelente ensaio, Luis Jordana de Pozas (1949) elaborou duas classificações dos meios de fomento que influenciaram a doutrina estrangeira e pátria.

A primeira classificação divide os meios de fomento em positivos e negativos. São positivos, os fomentos atinentes à outorga de prestações, bens e vantagens e, negativos, aqueles obstáculos apresentados ao particular para dificultar indiretamente atividades contrárias àquelas que os governantes desejam estimular (JORDANA DE POZAS, 1949, p. 51-52).

A segunda classificação traçada por Jordana de Pozas distingue os meios de fomento em honoríficos, econômicos e jurídicos.

Os meios de fomento honoríficos abarcam as distinções e recompensas outorgadas, na condição de reconhecimento público de um ato ou conduta exemplar, através de condecorações, títulos, diplomas, troféus. Ainda que por consequência tragam vantagens de natureza jurídica e econômicas, estas são secundárias; nesta espécie de fomento ocorre a valorização social do beneficiado.

Os meios de fomentos econômicos são aqueles que propiciam o repasse de dinheiro público ou a dispensa de um pagamento obrigatório, a exemplo das subvenções, prêmios, antecipações e empréstimos, isenções e demais privilégios de caráter fiscal.

Os meios de fomentos jurídicos são inúmeros e se caracterizam pela outorga de uma condição privilegiada que, de modo indireto, traz vantagens econômicas ou de seguridade social, como por exemplo: ficções jurídicas, concessões de uso de prerrogativas de caráter público, expropriação forçosa ou consumo obrigatório e outros.

Digno de nota ainda é o caráter flexível das formas de fomento que não se podem enumerar em *numerus clausus*, pois surgem sob as mais variadas espécies, adaptando-se às necessidades temporais e à cultura de cada Estado.

Registre-se finalmente que Mariano Baena Del Alcázar, Garrido Falla, Entrena Cuesta, Héctor Jorge Escola, Ramon Parada ratificam a classificação dos meios de fomentos estabelecida por Luis Jordana de Pozas.

Mariano Baena del Alcázar (1967) ainda informa que Pellisé acrescenta à sobredita classificação um quarto meio de fomento, o psicológico, citando a propaganda promovida pelos organismos oficiais.

2.2 Na doutrina brasileira

A posição da doutrina pátria será analisada a partir do conceito, natureza da atividade e destinação do fomento.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006) expõe sua posição na mesma linha de Luis Jordana de Pozas, restringindo o fomento às atividades dos particulares. Para este autor, o fomento tem por escopo a satisfação das necessidades coletivas através da iniciativa privada, e não dos órgãos da Administração Pública, sem a utilização de meios coercitivos. Considera que a ação estatal de fomento objetiva atender finalidade do bem-estar geral, que se não for detectável com clareza e retidão, o fomento será ilegítimo, injustificável e discriminatório.

Corroborando o pensamento de Luis Jordana de Pozas, todavia discordando apenas quanto ao destino do fomento, pois entende ser também realizado em prol de entes públicos, Alberto Shinji Higa (2010, p. 125) conceitua fomento como:

[...] a atividade administrativa pela qual o Estado incentiva as atividades dos particulares e de outras entidades públicas que atendam o interesse público assim consagrado pelo ordenamento jurídico positivo, com a consequente satisfação, de modo indireto e mediato, desse interesse, sem o emprego de meios coercitivos e sem o desempenho de serviços públicos.

Célia Cunha Mello realça o caráter facultativo do fomento, que é uma função administrativa dirigida à proteção ou promoção de seu objeto, não compulsória, concretizada por meios indiretos, para a satisfação de necessidades públicas. Segundo essa autora (2003, p. 26-27):

A exata compreensão da administração fomentadora demanda, assim, que fiquem evidenciados seus caracteres fundamentais:

- a) trata-se de exercício de função administrativa;
- b) está voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto;
- c) há ausência de compulsoriedade;
- d) visa à satisfação indireta das necessidades públicas.

Para a citada autora (2003, p. 32), o fomento consiste num instrumento de intervenção econômica e social, comungando da posição de Garrido Falla referente à possibilidade de entes públicos serem fomentados.

[...] a atividade fomentada não há de ser exclusivamente privada, como propõe Jordana de Pozas, podendo ser atividade de outros entes públicos. De fato, não identificamos nenhuma razão que justifique a impossibilidade de que outros entes públicos sejam agentes fomentados. É perfeitamente possível que o ente público competente para fomentar determinada atividade conceda vantagens e incentivos capazes de convencer outro ente público a proteger ou promover o objeto fomentado, presentes, nesse caso, todos os requisitos da atividade de fomento, inclusive a satisfação indireta das necessidades públicas.

Esclareça-se que é da responsabilidade do Estado a prestação direta do serviço público através de seus próprios órgãos ou por conduto de particulares, reservando-se o poder de regulamentar e fiscalizar a prestação do serviço público. Por outro lado, no fomento público compete ao Estado incentivar, persuadir ente público ou privado a desempenhar determinada atividade; o titular do serviço não realiza por si só o objeto de fomento, levando outro a executá-lo.

Anote-se ainda a distinção feita por Célia Cunha Mello (2003, p. 55-56) entre fomento e serviço público:

Eis a diferença: quando o Estado é competente para prestar um serviço, trata-se de uma atuação estatal direta e, portanto, de serviço público, ao passo que, quando compete ao Estado apenas promover e/ou incentivar determinada atividade, trata-se de uma atuação estatal indireta e, portanto, de fomento público.

Assenta-se esse traço distintivo na titularidade do serviço público e do fomento, posto que, naquele, a lei confere ao ente público competência para prestá-lo, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, na forma do disposto no artigo 175, do texto constitucional, ao passo que, neste, a competência atribuída legalmente ao ente estatal se restringe a conferir a ele poderes para adotar, discricionariamente, medidas promocionais que terminem por convencer outrem a fazer ou deixar de fazer algo. Em outras palavras, a titularidade para prestar ou para delegar o serviço público é sempre do ente estatal legalmente competente, enquanto

a atividade de fomento se caracteriza exatamente pelo fato de o agente fomentador não figurar como titular do serviço ou atividade do objeto do fomento.

Portanto, a diferença entre serviço público e fomento reside na titularidade outorgada ao Estado, podendo a execução, no caso de serviço público, ser promovida por entes públicos ou privados, consoante art. 175, da CF que reza: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. No fomento, o Estado estimula, promove a execução do serviço público mediante as inúmeras técnicas de fomento.

Cumprir observar que o Estado é titular dos serviços públicos sociais não exclusivos, executados por entidades do terceiro setor a título de fomento nas seguintes áreas: saúde, educação, assistência social, cultura, proteção do patrimônio cultural brasileiro, práticas desportivas, desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas, meio ambiente, crianças, adolescentes e idosos. Lembre-se que essa atuação é complementar a do Estado e não em regime de substituição, conforme já mencionado no capítulo primeiro.

A relevância dos serviços públicos sociais para a sociedade foi o fator determinante para que a Constituição Federal de 1988 incumbisse ao Estado a prestação desses serviços, diretamente, sob o regime de direito público, e permitisse sua execução pela iniciativa privada, em regime de direito privado, ou pelas entidades do terceiro setor, em regime de direito privado com derrogação de algumas normas. Em todo caso, incidem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, considerada a titularidade da Administração Pública.

Segundo Alberto Shinji Higa (2011, p. 21):

Em face da relevância de determinadas atividades materiais para a sociedade, a Constituição da República atribui ao Estado o dever de assegurá-las à sociedade, por meio da prestação de serviços públicos, submetidas, portanto, a regime de Direito Público, além de permitir ao particular que as desenvolvam no âmbito da livre iniciativa, subordinadas ao regime de Direito Privado (com finalidade lucrativa) ou predominantemente de Direito Privado (sem finalidade lucrativa – organizações do Terceiro Setor). São exemplos: os serviços de saúde, educação, previdência e assistência social.

A atuação do particular no domínio social, como agente colaborador do Estado (organizações do Terceiro Setor), ou seja, o exercício das citadas atividades sem o intuito de lucro e com vistas à consecução das finalidades públicas e do bem comum tem como característica central o caráter complementar em face da atuação do Estado nessa área. Daí porque o ente estatal não pode se desvincular do encargo constitucional de prestar serviços públicos mediante a adoção exclusiva da atividade de fomento, na medida em que esta última alcança apenas uma atuação complementar do particular na área social, e não substitutiva da Administração Pública nesse âmbito. [...]

A legítima atividade administrativa de fomento no domínio social deve obedecer aos princípios que regem a Administração Pública, explícitos e implícitos no Texto Constitucional, em especial, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

Maria Tereza Dias (2008, p. 266), com base nos ensinamentos de Célia Cunha Mello, suscita a transitoriedade como elemento característico das atividades de fomento, em particular para entidades do terceiro setor, tema desta tese, em virtude da adesão de programas e projetos desenvolvidos pelo governo mediante convênios, contratos de gestão e termo de parceria. Todavia, no fomento indireto realmente não há prescrição de prazo.

Destaque-se que, embora o fomento não seja compulsório, deve haver controle através dos meios estabelecidos em lei, inclusive de natureza coercitiva mediante os instrumentos fiscalizadores preventivos.

De acordo com Célia Cunha Mello (2003, p. 46):

Num segundo momento, porém, depois de formada a relação jurídica de fomento, compete à administração exigir que o agente fomentado cumpra todos os requisitos ensejadores da concessão das vantagens que passou a perceber nessa condição, oportunidade em que a Administração Pública dispõe de medidas autoexecutórias e deve recorrer aos instrumentos fiscalizadores, preventivos e repressores, utilizando, inclusive, medidas coercitivas, em nome de interesse público.

A ausência de compulsoriedade é aceita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005) como elemento de distinção entre o fomento e as funções administrativas de polícia e de serviços públicos.

O instituto em tela imiscui-se no campo da Administração consensual, que supera a Administração imperativa, muitas vezes por resultados de eficiência. Aquela se notabiliza pela incidência de sanções premiais impostas, com vistas à valorização do cumprimento das normas jurídicas mediante prêmios ou reconhecimentos.

Entretanto, corroborando o pensamento acima transcrito de Célia Cunha Mello, após o estabelecimento do vínculo jurídico-administrativo do fomento, considerado de cunho facultativo, o Estado poderá obrigar o agente fomentado a cumprir o pactuado mediante meios coercitivos. Tal assertiva é relevante quando do exercício do controle e fiscalização dos agentes fomentados, que será visto no último capítulo desta dissertação.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 523), “fomento público é o estímulo, ministrado direta, imediata e concretamente pela Administração às iniciativas da sociedade, de reconhecido interesse público, oferecido na forma da lei”.

Ademais, o fomento traz a ideia de incentivo à prosperidade e desenvolvimento da sociedade mediante o estímulo individual de todos os cidadãos, com o desenvolvimento pleno de suas capacidades, viabilizando o acesso a condições econômicas, culturais e sociais dignas.

Conforme, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 523):

O Estado contemporâneo não se esgota como garantidor da convivência harmoniosa, como prestador de serviços públicos e como preservador de valores econômicos e culturais. Cabe-lhe, ainda, além dessas funções, já estudadas, estimular a sociedade a desenvolver-se, o que vale dizer, auxiliar cada indivíduo e cada uma de suas multiformes expressões gregárias a utilizar plenamente suas potencialidades, em todas as manifestações da vida humana, proporcionando-lhes o acesso a melhores condições e a todos os instrumentos disponíveis para o progresso.

A observação que se faz remonta ao pensamento atinente à polícia da prosperidade e do bem-estar prevalecente no século XVIII, renovado sob a égide do liberalismo plasmado no Direito Espanhol da época, enfatizando os incentivos indiretos próprios da ideologia dominante, nas palavras de Mariano Baena Del Alcázar, citando Pellisé:

O fomento é a melhora material e moral do nível de vida de um país, qualquer que seja a forma ou a técnica que se utilize para conseguir este fim, ainda é certo que na primeira metade do século XIX a mentalidade liberal imperante fez que se atuasse, sobretudo através de meios indiretos (tradução nossa)¹¹.

Percebe-se de antemão que a maior contribuição do Luis Jordana de Pozas tenha sido a sistematização da função administrativa de fomento, devendo esta dissertação concentrar-se nas formas de fomento institucional afetas ao Terceiro Setor, o que será visto na próxima seção.

Aduz-se que a clareza da definição de Luis Jordana de Pozas permanece intacta, em seu núcleo duro, ou seja, o fomento tem natureza de ação administrativa para o atendimento de necessidades públicas de modo indireto, sem uso de meios coativos, havendo pouca divergência na formulação das doutrinas emanadas dos autores estrangeiros e pátrios.

Alguns dos elementos adicionados ao conceito de fomento são: admissão do repasse de verbas a entes públicos, adesão voluntária de particulares e transitoriedade.

Afinal, apresentamos o conceito de fomento nos seguintes termos: é a função administrativa, de caráter provisório, sem o uso de meios coercitivos, sem a criação de

¹¹ Conforme Mariano Baena Del Alcázar (1967, p. 57), “Estamos, pues, ante lo que llama Pellisé acepción genérica. El fomento es la mejora material y moral del nivel de vida de un país, sea cualquiera que sea la forma o la técnica que se utilice para conseguir este fin, aunque es cierto que en la primera mitad del siglo XIX la mentalidad liberal imperante hace que se actúe, sobre todo a través de medios indirectos”.

serviços públicos, que visa ao estímulo de entidades públicas e privadas, para o atendimento de necessidades coletivas, de modo eficiente e econômico.

3. Classificação dos mecanismos de fomento

Registre-se que não será alvo desta dissertação o estudo dos mecanismos de fomento indiretos decorrentes de incentivos fiscais. Serão analisados apenas os mecanismos diretos, em especial, para entidades do terceiro setor.

Saliente-se a classificação traçada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 524) que se valeu de critério finalístico, para equacionar a atividade de fomento público em quatro tipos, quais sejam: (i) planejamento estatal abrangendo o desenvolvimento regional e a atividade suplementar do Estado; (ii) fomento social para as áreas de educação, pesquisa e informação, trabalho, cultura, lazer e desportos, turismo, meio ambiente, rural e reforma agrária; (iii) fomento econômico para empresas, cooperativas, atividades econômicas primárias, científico e tecnológico e financeiro e creditício; (iv) fomento institucional para o setor público não estatal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 525) acrescenta que não há exclusividade legislativa, que impeça a União, o Estado e o Município, três esferas do Poder Público, de empregar o fomento, excepcionando o planejamento estatal e a exploração econômica, disciplinados na Carta Política de 1988. Além disto, explicita que se utilizou do critério dos fins porque o uso do critério dos meios utilizados não seria didático, em face da pluralidade de meios de fomento.

Como se pode observar, a divisão proposta para o estudo do fomento público no Direito Administrativo brasileiro corresponde a uma classificação didática dessa função administrativa sob critério dos fins a alcançar e não dos meios empregados, pois esses poderão ser diversificadíssimos, como os creditícios, financeiros, técnicos, burocráticos, tributários, etc., conforme preferam e disponham os legisladores dos três níveis federativos.

Finalmente, observe-se que, para desempenho das funções administrativas de execução do fomento público, inexistem privatividade, exclusividade, reserva legislativa ou administrativa, que inibam os entes políticos de empregá-las ampla e intensamente, com exceção, apenas, de duas, que são constitucionalmente disciplinadas: o planejamento estatal (art. 174) e a exploração econômica pelo Estado (art. 173).

Todavia, tal classificação é meramente didática recebendo algumas adesões, como a de Maria Tereza Dias (2008), que divide o fomento em meios diretos e indiretos, interessando aos termos desta dissertação, particularmente, o fomento direto às entidades do terceiro setor.

Para a referida autora, o fomento direto caracteriza-se pelo repasse de bens e recursos públicos, e o indireto, pelos benefícios fiscais às entidades sem fins lucrativos, informando que nos países da Comunidade Econômica Europeia prevalecem “as formas de fomento indireto para as fundações privadas declaradas de utilidade pública, na forma de exações tributárias. Não é comum, na Europa, o fomento direto a essas entidades” (DIAS, 2008, p. 271).

Após a reforma administrativa no final da década de 90, os mecanismos diretos através de contratos de gestão, termos de parceria e convênios com entidades sem fins lucrativos receberam maior incentivo do que os mecanismos diretos tradicionais, como subvenções, auxílios e contribuições, restando delineadas visões maximalista e minimalista da ação de fomento do Estado às entidades não governamentais. Entendendo-se, como se vai analisar posteriormente, que a visão maximalista baseia-se no contrato de gestão, que permite o repasse de bens, empregados e recursos para as organizações governamentais (DIAS, 2008, p. 270).

Quanto à visão minimalista, deduz-se que é aquela referente a um maior distanciamento entre o Estado e o Terceiro Setor, pois rechaça o fato do único meio de sustento da entidade associativa ou fundacional ser o Poder Público, propugnando que as receitas dessas entidades devem ter origem diversificada, ou seja, dos recursos públicos, da iniciativa privada, e dos recursos próprios (DIAS, 2008, p. 270).

Simone Coelho (2005, p. 156-157), em seu estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, citando Lester Salamon, Gidron e Kramer, elenca quatro modelos de relações entre o Estado e o Terceiro Setor com liame em vários tipos de Welfare State:

O governo desempenha o papel dominante, sendo o principal financiador e provedor dos serviços sociais, o que implica num forte sistema de taxação para levantar fundos e um número considerável de funcionários públicos.

O terceiro setor desempenha o papel dominante, oposto à situação acima transcrita.

O modelo dualista, em que ambos – governo e terceiro setor – financiam e providenciam os serviços, mas o fazem de forma separada, cada um em sua própria esfera. Nesse caso, o terceiro setor pode oferecer serviços que já são fornecidos pelo Estado, ou complementá-los, atuando em áreas em que não há atividades governamentais.

Finalmente, o modelo cooperativo, no qual governo e terceiro setor estão envolvidos em financiar e prover serviços, trabalhando juntos. A maneira usual é o governo

financiar e o terceiro setor prover os serviços, mas teoricamente também o contrário pode ser verdadeiro.

Os mecanismos de fomento direto às entidades do terceiro setor são tipos de transferências voluntárias de recursos públicos, disciplinados pela legislação referente às normas gerais de Direito Financeiro e legislação correlata, em especial, a que disciplina as diretrizes orçamentárias nas três esferas do Poder Público, nos moldes do art. 165, § 2º da Carta Magna de 1988.

Anote-se que a transferência, corrente ou de capital, de natureza voluntária é realizada para entidades beneficiadas, sendo identificadas três origens no âmbito da União: (i) encaminhamento de emenda ao Orçamento Fiscal da União por parlamentar; (ii) publicação de lei específica por iniciativa do Poder Executivo; (iii) proposta ou projeto elaborado pelo interessado ao órgão público ou entidade que detenha recursos públicos para a execução de programas (DIAS, 2008, p. 274).

O escopo desta dissertação se restringe aos mecanismos diretos para entidades do terceiro setor, em particular, subvenções sociais, auxílios, contribuições, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, todos, no âmbito da União.

Recordem-se os critérios utilizados por Luis Jordana de Pozas para classificar os meios diretos de fomento assimilados pela doutrina pátria, a partir de dois critérios, quais sejam: a) atuação sobre a vontade: fomentos positivos e negativos e b) vantagens outorgadas a particulares: fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 10) produziu classificação semelhante à de Jordana de Pozas, valendo-se do critério de meio empregado para concretizar o fomento. Assim, entende que o fomento se classifica em: (i) honorífico – materializado através de prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas; (ii) jurídico – que se configura através da outorga de privilégios pelo Poder Público; (iii) econômico – configurado através de auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social e outros.

Nessa mesma linha, Alberto Shinji Higa (2010) faz uma interessante identificação entre a classificação de Jordana de Pozas, a titularidade e qualificação das organizações do terceiro setor, configurando-se o fomento denominado honorífico.

No Brasil, na esfera federal o título de utilidade pública, garante o uso exclusivo de emblemas, flâmulas, bandeiras, registrado no Ministério da Justiça, com base no art. 3º da lei nº 91/35, adiante transcrito:

Art. 3º Nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública, salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça e a da menção do título concedido.

Cumprido dizer que, com a reforma do Estado, as edições das leis que disciplinam organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público viabilizaram o recebimento de verba pública através dos termos de parceria e contratos de gestão, que podem ser considerados modalidades de fomento econômico.

Acolhe-se, portanto, a classificação atinente ao fomento honorífico, econômico e jurídico, calcada no critério do meio empregado que sistematiza os tipos de fomento, tipificando-os de acordo com a vantagem recebida (JORDANA DE POZAS, 1949; DI PIETRO, 2012; HIGA, 2010).

Ademais, estamos de acordo também com a classificação de mecanismos direto e indireto esposada por Maria Tereza Dias Fonseca (2008, p. 271). Ocorre o fomento direto quando forem repassados bens públicos, recursos ou servidores para entidades do terceiro setor. Já para a realização do fomento indireto, as entidades beneficiárias são agraciadas com isenções tributárias sobre patrimônio, bens e serviços e por outros meios prescritos em lei.

Dessa forma, com base nas duas classificações citadas, aduz-se que os mecanismos diretos e instrumentos jurídicos de fomento são: subvenções, auxílios, contribuições, convênios, termo de parceria, contrato de gestão, contratos de repasse e instrumentos legais congêneres. Os benefícios fiscais encaixam-se na categoria de mecanismos indiretos.

4 Formas de fomento

Aplicam-se às espécies de fomento que analisaremos nesta seção a lei nº 4.320/64 e o decreto nº 93.872/86. Para o exercício de 2013, na esfera federal, aplica-se também a LDO 2013 – lei nº 12.708/12 –, especialmente os dispositivos contidos na Seção I – Das Transferências para o Setor Privado – do Capítulo IV – das Transferências.

A título de ilustração, pois a LDO se restringe ao exercício de 2013, inicia-se a análise a partir das disposições gerais contidas nos arts. 55 e 56:

Art. 55. Sem prejuízo das disposições contidas nos arts. 51 a 54 desta Lei, a transferência de recursos prevista na Lei nº 4.320, de 1964, a entidade privada sem fins lucrativos, nos termos do disposto no § 3º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de

dezembro de 1997, dependerá da justificação pelo órgão concedente de que a entidade complementa de forma adequada os serviços prestados diretamente pelo setor público e ainda de:

I - aplicação de recursos de capital exclusivamente para:

a) aquisição e instalação de equipamentos e obras de adequação física necessárias à instalação dos referidos equipamentos; e

b) aquisição de material permanente;

II - identificação do beneficiário e do valor transferido no respectivo convênio ou instrumento congênere;

III - execução na modalidade de aplicação 50 - transferência a entidade privada sem fins lucrativos;

IV - compromisso da entidade beneficiada de disponibilizar ao cidadão, na sua página na internet ou, na falta desta, em sua sede, consulta ao extrato do convênio ou instrumento congênere, contendo, pelo menos, o objeto, a finalidade e o detalhamento da aplicação dos recursos;

V - apresentação da prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, nos prazos e nas condições fixados na legislação e inexistência de prestação de contas rejeitada;

VI - publicação, pelo Poder respectivo, de normas, a serem observadas na concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes, que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade;

VII - comprovação pela entidade da regularidade do mandato de sua diretoria, além da comprovação da atividade regular nos últimos três anos, por meio da declaração de funcionamento regular da entidade beneficiária, inclusive com inscrição no CNPJ, emitida no exercício de 2013 por três autoridades locais sob as penas da lei;

VIII - cláusula de reversão patrimonial, válida até a depreciação integral do bem ou a amortização do investimento, constituindo garantia real em favor do concedente em montante equivalente aos recursos de capital destinados à entidade, cuja execução ocorrerá caso se verifique desvio de finalidade ou aplicação irregular dos recursos;

IX - manutenção de escrituração contábil regular;

X - apresentação pela entidade de certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e à dívida ativa da União, certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e de regularidade em face do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN;

XI - demonstração, por parte da entidade, de que apresenta capacidade gerencial, operacional e técnica para desenvolver as atividades, informando a quantidade e a qualificação profissional de seu pessoal; e

XII - manifestação prévia e expressa do setor técnico e da assessoria jurídica do órgão concedente sobre a adequação dos convênios e instrumentos congêneres às normas afetas à matéria.

§ 1º A determinação contida no inciso I do caput não se aplica aos recursos alocados para programas habitacionais, conforme previsão em legislação específica, em ações voltadas a viabilizar o acesso à moradia, bem como na elevação de padrões de habitabilidade e de qualidade de vida de famílias de baixa renda que vivem em localidades urbanas e rurais.

§ 2º A exigência constante do inciso III do caput não se aplica quando a transferência dos recursos ocorrer por intermédio de fundos estaduais, distrital e municipais, nos termos da legislação pertinente.

§ 3º A destinação de recursos a entidade privada não será permitida nos casos em que agente político de Poder ou do Ministério Público, tanto quanto dirigente de órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, seja integrante de seu quadro dirigente, ressalvados os casos em que a nomeação decorra de previsão legal ou que sejam beneficiados:

I - o Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS, o Conselho Nacional de Secretarias Municipais da Saúde - CONASEMS e o Conselho Nacional de Secretários de Educação - CONSED, a União Nacional dos Dirigentes de Educação - UNDIME, o Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social - CONGEMAS e o Fórum Nacional de Secretarias de Assistência Social - FONSEAS;

II - as associações de entes federativos, limitada a aplicação dos recursos à capacitação e ao treinamento de seu pessoal; ou

III - os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários.

§ 4º O disposto nos incisos VII, VIII, no que se refere à garantia real, X e XI do caput não se aplica às entidades beneficiárias de que tratam os incisos VII, VIII e X do art. 54.

§ 5º Não se aplica a comprovação exigida no inciso VII do caput ao Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos RIO 2016.

§ 6º As entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP poderão receber recursos oriundos de transferências previstas na Lei nº 4.320, de 1964, por meio dos seguintes instrumentos:

I - termo de parceria, caso em que deverá ser observada a legislação específica pertinente a essas entidades, processo seletivo de ampla divulgação, não se lhes aplicando as condições constantes dos arts. 51, 52 e 54; e

II - convênio ou outro instrumento congêneres, caso em que deverá ser observado o conjunto das disposições legais aplicáveis à transferência de recursos para o setor privado.

§ 7º Para a garantia da segurança dos beneficiários, as exigências constantes dos incisos II, IV e V do caput devem observar as especificidades dos programas de proteção a pessoas ameaçadas executados pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

§ 8º Aplicam-se às transferências para o setor privado, no que couber, as disposições relativas a procedimentos previstos no art. 58.

Art. 56. É facultativa a exigência de contrapartida para as transferências previstas na forma dos arts. 51, 52 e 54 desta Lei, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. Não se exigirá contrapartida nas transferências de recursos às entidades que atuem nas áreas de saúde, educação e assistência social e atendam ao disposto no art. 51 desta Lei.

Inicialmente, o caput do art. 55 anuncia que se trata de transferências de recursos para entidades privadas sem fins lucrativos, definidas pelo § 3º, do art. 12 da lei nº 9.532/97, nos seguintes termos:

Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Após, exige que esses repasses estejam condicionados à justificação pelo órgão concedente de que a entidade complementa de forma adequada os serviços prestados diretamente pelo setor público além de outras exigências que enumera em diversos incisos dos quais alguns serão pinçados, para que se proceda a breve análise. Vê-se claramente nesse dispositivo, referência direta aos princípios da complementaridade, corolário lógico do princípio da subsidiariedade, inerentes à caracterização do fomento.

Adiante, no inciso I, restringe a aplicação de recursos de capital exclusivamente a: aquisição e instalação de equipamentos, obras necessárias à instalação desses equipamentos e aquisição de material permanente. Observa-se, portanto, que a possibilidade de utilização de transferências de capital para as entidades do terceiro setor, no que se refere a obras, limita-se tão somente àquelas necessárias à instalação de equipamentos. A única ressalva a essa limitação consta no § 1º, e refere-se a recursos alocados para programas habitacionais: em ações voltadas a viabilizar o acesso à moradia, na elevação de padrões de habitabilidade e de qualidade de vida de famílias de baixa renda.

Os incisos II, III e IV, visam a transparência e a publicidade, promovem o controle dos recursos públicos, especialmente, o controle social.

Os incisos V, VII, IX, X, XI e XII, dizem respeito à qualificação (habilitação) jurídica, contábil, financeira, gerencial, operacional e técnica da entidade beneficiária, incluída (inciso V) a prestação de contas dos recursos anteriormente recebidos e a inexistência de prestação de contas rejeitada.

Merece menção a regra contida no inciso VI, a saber, publicação pelo Poder respectivo de normas que definam critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias de subvenções, auxílios e contribuições correntes, dentre outros aspectos.

O inciso VIII, por sua vez, prevê que o instrumento utilizado para o repasse contenha cláusula de reversão patrimonial, constituindo garantia real em favor do concedente no montante dos recursos de capital transferidos. A execução dessa garantia ocorrerá caso se verifique desvio de finalidade ou aplicação irregular dos recursos.

Anote-se, ainda, a LDO 2013 prescreve que é facultativa a exigência de contrapartida nos casos de subvenções sociais (art. 51), contribuições correntes (art. 52) e auxílios (art. 54). Contudo, não será exigível contrapartida das entidades do terceiro setor que exerçam atividade continuada nas áreas da saúde, educação e assistência social com atendimento direto ao público e possuam a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.

Tal título pode ser substituído ou dispensado nos termos dos arts. 51 da Lei nº 12.708/2012 – LDO 2013.

De acordo com o art. 56 da LDO 2013:

É facultativa a exigência de contrapartida para as transferências previstas na forma dos arts. 51, 52 e 54 desta Lei, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. Não se exigirá contrapartida nas transferências de recursos às entidades que atuem nas áreas de saúde, educação e assistência social e atendam ao disposto no art. 51 desta Lei.

4.1 Subvenções

As subvenções consistem em transferências correntes de recursos estatais para garantir o pagamento de despesas de custeio das entidades públicas e privadas. Tais repasses financeiros subdividem-se em subvenções econômicas e sociais, com disciplina na lei nº 4.320/64, regulamentada pelo decreto nº 93.872/86.

As subvenções sociais se destinam a instituições públicas ou privadas de assistência social, culturais, médicas ou educacionais, sem finalidade lucrativa. As subvenções econômicas também atendem despesas de custeio, mas para empresas privadas com fins lucrativos ou empresas públicas, desde que autorizadas em lei especial, com fundamento no art. 19, da lei nº 4.320/64 (VIOLIN, 2010, p. 48-49).

Anote-se que as subvenções sociais serão transferidas sempre que a prestação de serviços sociais por entidades sem fins lucrativos seja mais econômica do que a execução direta pelo Poder Público. O cálculo das subvenções deverá se basear em unidades de serviços efetivamente prestados ou disponibilizados, sempre se analisando a eficiência desejada em cada caso, de acordo com os arts. 16 e 17 da lei nº 4.320/64.

Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.

Parágrafo único. O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

Art. 17. Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções.

Dessa forma, o que importa para esta dissertação é a subvenção social destinada exclusivamente a entidades privadas sem fins lucrativos, que somente poderão ser beneficiadas, no âmbito do Governo Federal, caso cumpram os requisitos elencados no § 3º, art. 60, decreto nº 93.872/86, adiante transcritos:

- a) ter sido fundada em ano anterior e organizada até o ano da elaboração da Lei de Orçamento;
- b) não constituir patrimônio de indivíduo;
- c) dispor de patrimônio ou renda regular;
- d) não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços;
- e) ter feito prova de seu regular funcionamento e de regularidade de mandato de sua diretoria;
- f) ter sido considerada em condições de funcionamento satisfatório pelo órgão competente de fiscalização;
- g) ter prestado contas da aplicação de subvenção ou auxílio anteriormente recebido, e não ter a prestação de contas apresentado vício insanável;
- h) não ter sofrido penalidade de suspensão de transferências da União, por determinação ministerial, em virtude de irregularidade verificada em exame de auditoria.

Acrescente-se às sobreditas exigências, outras elencadas na lei de diretrizes orçamentárias, editada anualmente, que estabelece regras sobre a concessão de tais benefícios financeiros. Pontue-se que a lei de diretrizes orçamentárias pode revogar ou derogar disposições do sobredito decreto, apenas, durante o exercício para o qual foi publicada.

Vale registrar a crítica da doutrina sobre a utilização da lei de diretrizes orçamentárias publicada a cada ano, para modificar e até restringir as transferências de recursos públicos para o setor privado. Destarte, faz-se necessária uma legislação que reja, de forma permanente, tais repasses, deixando para serem disciplinados pelas leis de diretrizes orçamentárias aspectos operacionais de sua execução.

É a lição ministrada por Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 274).

Isso decorre, segundo Antônio Augusto Ribeiro e José Rui Rosa, “[...] da não aprovação pelo Congresso Nacional da lei complementar prevista no §9º, do art. 165, da Lei Maior, cujos projetos, em versões semelhantes, tramitam, há mais de uma década, em cada uma das Casas [Legislativas]”. Os citados consultores do Senado recomendam, por essa razão, a apresentação de projeto de lei que torne permanentes todas as regras relativas à transferência de recursos para o setor privado, com os aperfeiçoamentos que se fizerem necessários.

A título de ilustração, expõem-se as determinações contidas no art. 51 da LDO 2013. As subvenções sociais serão repassadas às entidades privadas sem fins lucrativos, que

exercçam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, prestem atendimento direto ao público e tenham certificação de entidade beneficente de assistência social (CEBAS). Essa certificação poderá ser dispensada, desde que a entidade seja selecionada em processo público de ampla divulgação, promovido pelo órgão concedente para execução de ações, programas ou serviços em parceria com a administração pública federal nas seguintes áreas: saúde dos povos indígenas; pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas, combate à pobreza extrema; pessoas com deficiência; prevenção, promoção e atenção às pessoas com HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana, hepatites virais, tuberculose, hanseníase, malária e dengue. Ainda, as despesas com saúde deverão atender também aos requisitos da lei complementar nº 141/2012.

De observar-se que a LDO 2013 restringiu o repasse de subvenções a entidades do terceiro setor, que atuam nas áreas de saúde, educação e assistencial social, excluindo para este ano, a área da cultura (art. 51).

As subvenções sociais se concretizam de forma provisória, por prazo determinado. Caso se mantenham por muito tempo, poderia restar configurado vínculo jurídico permanente aos recursos orçamentários, transformando-se em públicas, nas palavras de Joaquim Falcão (2006, p.160):

Se uma ONG vive apenas do orçamento público, deixa de ser organização não-governamental, por definição. É fantasia ideológica. Um diáfano manto público tentando sem sucesso encobrir interesses privados. Do mesmo modo, fundações que têm a forma jurídica privada, mas são criadas por lei e mantidas pelos governos, não integram o Terceiro Setor. Um diáfano manto privado tentando sem sucesso encobrir maior discricionariedade para a burocracia estatal.

Por fim, com arrimo no diploma legal, a subvenção pode ser conceituada como a transferência corrente destinada ao custeio transitório das operações de entidades privadas sem fins lucrativos que prestem serviços sociais com mais eficiência e economicidade do que a Administração Pública.

4.2 Auxílios

Os auxílios são transferências de capital, que derivam diretamente da Lei de Orçamento, constituindo-se em investimentos ou inversões financeiras para pessoas jurídicas

de direito privado ou público independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, nos termos do art. 12, § 6º, da lei federal nº 4.320/64.

A LDO 2013, no art. 54, estabelece que os auxílios somente poderão ser empregados em entidades privadas sem fins lucrativos que sejam:

- a) de atendimento direto e gratuito ao público, voltadas para a educação especial ou básica e certificação do art. 51;
- b) registradas no Cadastro Nacional de Entidades Ambientistas – CNEA do Ministério do Meio Ambiente e qualificadas para desenvolver atividades de conservação, preservação ambiental, desde que formalizado o instrumento jurídico adequado que garanta a destinação de recursos: oriundos de programas governamentais a cargo do citado Ministério, doados por organismos internacionais ou agências governamentais estrangeiras;
- c) de atendimento direto e gratuito ao público na área de saúde, com a certificação do art. 51, signatárias de contrato de gestão celebrado com a administração pública federal, não qualificadas como organizações sociais nos termos da lei nº 9.637/98;
- d) qualificadas ou registradas e credenciadas como instituições de apoio ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica e tenham contrato de gestão firmado com órgãos públicos;
- e) qualificadas para o desenvolvimento de atividades esportivas e capacitação de atletas de alto rendimento nas modalidades olímpicas e paraolímpicas, com formalização do instrumento jurídico adequado que garanta o uso do espaço esportivo implantado para o desenvolvimento de programas governamentais, restando demonstrado pelo órgão concedente a necessidade de tal destinação e sua imprescindibilidade, oportunidade e importância para o setor público;
- f) de atendimento direto e gratuito ao público na área de assistência social, certificadas nos termos do art. 51 e cujas ações se destinem a: idosos, crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, risco pessoal e social; ou habilitação, reabilitação e integração da pessoa com deficiência;

- g) voltadas diretamente às atividades de coleta e processamento de material reciclável, constituídas sob a forma de associações ou cooperativas, e integradas por pessoas em situação de risco social, na forma prevista em regulamento do Poder Executivo, cabendo ao órgão concedente aprovar as condições para a aplicação dos recursos;
- h) voltadas para o atendimento de pessoas em situação de vulnerabilidade social, risco pessoal e social, violação de direitos ou diretamente alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e geração de trabalho e renda, nos casos em que ficar demonstrado que a entidade privada tem melhores condições que o Poder Público local para o desenvolvimento das ações pretendidas;
- i) colaboradoras na execução dos programas de proteção a pessoas ameaçadas promovidos pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com base na lei nº 9.807/99;
- j) voltadas diretamente às atividades de extrativismo, manejo de florestas de baixo impacto, pesca e agricultura de pequeno porte realizadas por povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares, desde que constituídas sob a forma de associações e cooperativas integradas por pessoas em situação de risco social, na forma prevista em regulamento do Poder Executivo, cabendo ao órgão concedente aprovar as condições para aplicação dos recursos.

Saliente-se que quando a entidade privada sem fins lucrativos atua na área da saúde, educação e assistência social, aplica-se o que dispõe o art. 51, inclusive quanto à certificação de entidade beneficente de assistência social, que é conferida pelo Ministério da respectiva área, nos moldes do art. 21 da lei nº 12.101/2009.

Art. 21. A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios:

I - da Saúde, quanto às entidades da área de saúde;

II - da Educação, quanto às entidades educacionais;

III - do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

Por derradeiro, pode-se definir auxílio como a transferência de capital para entidades sem fins lucrativos, que trabalhem em diversas áreas de interesse público, inclusive na seara do meio ambiente, pesquisa científica e tecnológica, direitos humanos e quaisquer outras definidas nas leis de diretrizes orçamentárias editadas anualmente.

4.3 Contribuições

As contribuições consistem nas transferências correntes ou de capital para pessoas jurídicas de direito público e privado, independentemente de contraprestação direta em bens e serviços.

A alocação de recursos para entidades privadas sem fins lucrativos, a título de contribuições de capital, fica condicionada à autorização em lei especial anterior, sendo este o principal elemento de distinção do auxílio, consoante § 6º do art. 12 da lei nº 4.320/64.

Ressalte-se que para o exercício de 2013, as contribuições correntes serão destinadas a entidades sem fins lucrativos, excluindo-se os entes que laboram nas áreas de educação, saúde e assistência social, os quais podem ser contemplados com subvenção (art. 51). Adicionalmente, segundo o art. 52 da LDO 2013, as referidas entidades sem fins lucrativos devem preencher as seguintes condições:

- a) estejam autorizadas em lei que identifique expressamente a entidade beneficiária (inciso I);
- b) estejam nominalmente identificadas na lei orçamentária de 2013 (inciso II);
- c) sejam selecionadas para execução, em parceria com a administração pública federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual (inciso III).

Anote-se que, para o exercício de 2013, poderá ser repassada contribuição corrente não autorizada nos termos do inciso I. Todavia, tal exceção dependerá de publicação do ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, no qual constará critério de seleção, objeto, prazo do convênio ou instrumento congênere e justificativa para a escolha da entidade beneficiária, de acordo com o art. 52, §1º abaixo reproduzido:

Art. 52, § 1º A transferência de recursos a título de contribuição corrente, não autorizada nos termos do inciso I do caput, dependerá de publicação, para cada

entidade beneficiada, de ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, o qual conterà o critério de seleção, o objeto, o prazo do convênio ou instrumento congêneres e a justificativa para a escolha da entidade.

Finalmente, é oportuno dizer que o art. 53 da LDO 2013 repetiu a disposição do art. 12, § 6º da lei nº 4.320/64, no sentido de que as contribuições de capital estão condicionadas à autorização em lei especial anterior. Dessa forma, não podem ser concedidas, durante este ano de 2013, sem essa condicionante legal.

4.4 Convênios

Anote-se que a palavra convênio tem origem no latim *convenieri*, que significa acordo, convenção. Para Hely Lopes Meirelles (2013, p. 464): “Os convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

No mesmo sentido José dos Santos Carvalho Filho, (2013, p. 224): “Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público”.

A definição de convênio consta no art. 1º, §1º, I do decreto nº 6.170/2007, que reza:

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

Aduz-se pela leitura do dispositivo que os convênios podem ser celebrados entre entidades públicas e entre estas e os organismos privados. Para esta dissertação, apenas tem relevo os convênios celebrados com as entidades do terceiro setor, devendo ser ventilados alguns requisitos, que, diga-se de passagem, estão arrolados no § 1º, do art. 116, da Lei nº 8.666/93.

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

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

A referida Lei que disciplina o processo licitatório sobre os contratos incide, no que couber aos convênios, devendo ser exigido para esses ajustes: (i) aprovação prévia do plano de trabalho apresentado pela organização interessada, constando objeto, metas, etapas, plano de aplicação dos recursos financeiros, cronograma de desembolso, previsão de início e fim do cumprimento do objeto e, sendo o caso, comprovação de que os recursos próprios para complementar a obra ou serviço de engenharia estão assegurados; (ii) as parcelas serão repassadas de acordo com o plano de aplicação, exceto no caso de irregularidades identificadas pelo órgão concedente ou controlador, quando os repasses ficarão retidos até o efetivo saneamento das impropriedades, como ausência de comprovação da regular aplicação da parcela anteriormente recebida, desvio de finalidade, atraso injustificado no cumprimento das etapas e outras, que possam ser identificadas; (iii) os saldos de convênio, enquanto não utilizados, devem ser aplicados no mercado financeiro, na forma da lei, e as receitas financeiras obtidas devem ser computadas como crédito do convênio e aplicadas especificamente no objeto e finalidade do ajuste (§§ 4º e 5º); (iv) no caso de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos remanescentes devem ser devolvidos ao órgão concedente, inclusive aqueles advindos das aplicações financeiras, no prazo de 30 (trinta) dias a partir do evento, sob pena de instauração de tomada de contas especial do responsável pela autoridade competente do órgão titular dos recursos (HIGA, 2010, p. 170).

Averbe-se que o Decreto nº 6.170/2007, em seu art. 2º, inciso II, proíbe que sejam firmados convênios ou contratos de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos que

tenham como dirigentes agentes políticos de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer âmbito governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau.

A contrapartida é um dos elementos do convênio, mas atualmente tem se tornado uma faculdade. Trata-se de ônus econômico a ser arcado pela parte convenente, calculado de acordo com sua capacidade financeira e formalizada por meio de recursos financeiros, bens e serviços mensuráveis.

Segundo Guilherme Henrique Laroche (2008, p. 150-151):

A contrapartida consiste na parcela dos gastos que será arcada pelo convenente, devendo ser estabelecida de acordo com a sua capacidade financeira, possuir um valor economicamente mensurável e ser constituída por recursos financeiros, bens ou serviços. Além disso, deverá ser considerado o Índice de Desenvolvimento Humano desse ente federado.

Em regra, a contrapartida é obrigatória, devendo ser estabelecida em termos percentuais do valor previsto no instrumento de transferência. Assim sendo, o ente federado convenente deverá comprovar que os recursos relativos à contrapartida estão devidamente assegurados, salvo quando o concedente arcar com todos os custos.

Para parte da doutrina a contrapartida constitui cláusula obrigatória e, portanto, o ente beneficiário dos recursos públicos deve demonstrar sua capacidade técnica, financeira e operacional para executar o objeto do convênio.

Vale registrar a discussão sobre a exigência de autorização legislativa para cada convênio, inserta em algumas constituições estaduais e leis orgânicas de municípios. O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado pela inconstitucionalidade de tal disposição sob o argumento de que fere o princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º, da Carta Constitucional de 1988, tendo em vista que a ação administrativa de conveniar revela-se como ato de gestão do Poder Executivo.

De acordo com a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 235), convênio “é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas”. Para a renomada autora, este instrumento, quando celebrado com entes não governamentais sem fins lucrativos, não é adequado para a delegação de serviços públicos, pois se trata de modalidade de fomento, de incentivo estatal ao organismo do terceiro setor que desempenha atividade em benefício da sociedade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.238):

Quanto ao convênio entre entidades públicas e entidades particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento. Caracteriza-se este por ser uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público. Difere do serviço público, porque, neste, o Estado assume como sua uma atividade de atendimento a necessidades coletivas, para exercê-la sob regras total ou parcialmente públicas; no fomento, o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade. O incentivo é dado sob forma de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos, as instituições beneficentes, as escolas particulares, os hospitais particulares etc.

A natureza do convênio vem sendo discutida na doutrina. Portanto, neste momento importa trazer a lume algumas posições doutrinárias, como as de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Edmir Netto de Araújo, no sentido de que o contrato e convênio possuem naturezas jurídicas diversas.

No convênio os interesses são paralelos, a nota fundamental é a cooperação, já nos contratos as partes buscam o lucro, seus interesses são contrários, admitindo dois polos na relação jurídica, embora num destes exista mais de um contratante; nos convênios podem existir vários polos, “havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais polos” (CARVALHO FILHO, p. 224-225).

Hely Lopes Meirelles (2013, p.465) entende que os convênios não adquirem personalidade jurídica própria, ocorre “simples aquiescência dos partícipes para a persecução de objetivos comuns, o que nos leva a considerá-los, tão somente, uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais”.

Na trilha dos publicistas tradicionais, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 225) distingue o convênio da avença contratual. No caso do primeiro, cada partícipe pode voluntariamente denunciar o ajuste:

Os convênios não se formam com personalidade jurídica autônoma e representam, na verdade, o vínculo que aproxima várias entidades com personalidade própria. O vínculo jurídico nessa modalidade de ajuste não tem a rigidez própria das relações contratuais. Como regra, cada pactuante pode denunciar o convênio, retirando-se livremente do pacto, de modo que, se só há dois partícipes, extingue-se o ajuste. Se vários são os partícipes, todos podem decidir-se, também livremente, pela extinção. Nesse caso, se um deles resolve abandonar a cooperação, o convênio pode prosseguir entre os remanescentes.

A acepção atinente à formação de nova personalidade jurídica decorrente do convênio não encontra respaldo no direito pátrio ao contrário do que ocorre em outros países, conforme esclarece Edmir Netto de Araújo (2010, p. 730).

Convênios e consórcios, ao contrário do que ocorre muitas vezes em outros países, não são personalizados, tendo a natureza de acordos não contratuais administrativos ou mistos, cuja execução decorre diretamente de sua existência e validade (declaração de vontade da autoridade competente, na forma legal), que lhes conferem eficácia imediata.

Os convênios são convenções, nas quais as vontades se somam, atuam paralelamente para alcançar interesses e objetivos comuns. Note-se que não existem partes, como no contrato, mas partícipes de convênio. Estado e particulares permanecem na mesma posição de igualdade, sem a prevalência peculiar dos contratos administrativos, pois a operacionalidade se ampara na confiança recíproca, na cooperação e colaboração voluntária das partes (ARAÚJO, 2012, p. 729).

Odete Medauar aponta uma grande dificuldade em se realçar diferenças entre contrato e convênio quanto à existência de obrigações recíprocas, assegurando que no convênio existem também encargos recíprocos. Por conseguinte, para justificar seu posicionamento, cita o exemplo de um convênio entre uma secretaria estadual, que realizará uma obra, e um município, que doará o terreno, para a construção de uma escola. Desse modo, conclui que “a dificuldade de fixar diferenças entre contrato, de um lado, e convênio e consórcio, de outro, parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual” (MEDAUAR, 2012, p. 257).

Anote-se que, mais importante do que se investigar a natureza jurídica do convênio, é evitar que situações jurídicas típicas de contratos sejam encaixadas como convênio, com objetivos óbvios de obtenção de vantagens indevidas, como, por exemplo, olvidar a obrigação de procedimento licitatório.

De outro giro, a doutrina publicista pátria não é unânime quanto à necessidade de se proceder a procedimento licitatório para a celebração de convênios.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 241) pronuncia-se favoravelmente à dispensa do processo de licitação, ao reproduzir excerto de seu livro *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, aduzindo que nos convênios não há viabilidade de competição, pois se trata de mútua colaboração sob variadas formas. Entretanto, muitas vezes, sob a sigla de ajuste, está camuflada verdadeira avença contratual, resultando deveres recíprocos, o que é

rechaçado pelo parágrafo único do art. 2º da lei nº 8.666/93. Não há competitividade no convênio, característica própria do processo de licitação, pois os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum. Portanto, conclui ser inviável a licitação, já que no convênio não se almeja lucro.

Nessa trilha, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 225) afirma:

A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/1993 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.

Entretanto, após a edição do Decreto nº 6.170/2007, com arrimo nos arts. 4º e 5º, restou solucionada a forte polêmica quanto ao estabelecimento de liames jurídicos com o Terceiro Setor determinando a realização de chamamento público, em seus arts. 4º e 5º, para a seleção de projetos ou de organizações não governamentais com a devida publicidade.

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

§ 1º Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.

Art. 5º O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.

Aduz-se que o edital de chamamento público exige publicidade e critérios objetivos para selecionar o ente particular ou seus projetos. Embora não exija licitação, incompatível com a figura do convênio, já aplaina o caminho da aplicação de princípios inerentes ao correto uso dos recursos públicos por entidades do terceiro setor. Esta abordagem é feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 243) que leciona:

Nos termos do art. 4º, a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. O chamamento público deve ser objeto de publicidade, por intermédio de divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios; e deve estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio (art. 5º).

O Acórdão 1332/2008 – Plenário, da lavra do Tribunal de Contas da União é nesse sentido:

9.2. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avalie a oportunidade e a conveniência de:

[...]

9.2.2. orientar os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados;

9.2.3. visando ao melhor cumprimento do disposto no artigo 6º do Decreto n.º 6.170/2007 e a assegurar ações concomitantes de controle, orientar os órgãos e entidades da Administração Pública para que estabeleçam um valor, nos ajustes de maior materialidade, a partir do qual seja obrigatória a verificação "in loco" da execução física dos ajustes firmados com entidades não governamentais;

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados;

Nessa mesma trilha, o pensamento doutrinário de Maria José Lins Barbosa (2011, p. 540) manifestando-se pela utilização de critérios objetivos, pela aplicação do princípio da isonomia para a escolha da entidade conveniada sem necessidade de processo licitatório.

A meu ver, deve haver critérios objetivos para escolha da entidade conveniada. No caso de situação de inexigibilidade de licitação – sendo inviável a competição, como em muitos casos é, tratando-se de convênios – o processo deveria estar instruído com a razão da escolha do executante e a justificativa do preço, tal como previsto no art. 26 da Lei 8.666/93. [...]

Em situações em que há mais de um possível prestador de serviços entendo que deva haver um critério de seleção da entidade conveniada pautado na isonomia. Não significa dizer que deva haver a licitação tal como prevista na Lei nº 8.666/1993, que se aplica apenas “no que couber” aos convênios.

O Acórdão 2651/2012 – Plenário, do Tribunal de Contas da União rechaça os liames jurídicos com organização não governamental desprovida de capacidade técnica e operacional para executar o objeto da avença:

Sumário

RELATÓRIO DE AUDITORIA. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O MINISTÉRIO DO TURISMO E O INSTITUTO BRASILEIRO DE DESENVOLVIMENTO DE INFRAESTRUTURA SUSTENTÁVEL (IBRASI). CAPACIDADE TÉCNICA E OPERACIONAL DA ENTIDADE CONVENENTE INCOMPATÍVEL COM O OBJETO. DESCOMPASSO ENTRE AS FINALIDADES DESCRITAS NO ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO E AS AÇÕES ESPECÍFICAS DE TURISMO PRETENDIDAS PELO AJUSTE. REPASSE ANTECIPADO DE RECURSOS FINANCEIROS SEM QUE TIVESSE SIDO

CONCLUÍDA QUALQUER DAS METAS PREVISTAS NO PLANO DE TRABALHO. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE UM DOS RESPONSÁVEIS. EXCLUSÃO DE OUTRO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. REJEIÇÃO QUANTO AOS DEMAIS. CULPA GRAVE. MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INSUBSISTÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR DETERMINADA PELO ACÓRDÃO Nº 2.066/2011-PLENÁRIO POR PERDA DE OBJETO. CIÊNCIA DA DELIBERAÇÃO AO MINISTÉRIO DO TURISMO, ÀS COMISSÕES TEMÁTICAS DE TURISMO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL E À CASA CIVIL.

1. A celebração de convênio ou outro instrumento congênere com associações, ONGs ou qualquer entidade do terceiro setor deve estar acompanhada de correspondência harmoniosa entre as finalidades da entidade e as políticas públicas vinculadas ao objeto do ajuste.

2. No aspecto material, exige-se comprovação efetiva de experiência da entidade na área específica a que serão destinados recursos financeiros via convênio ou instrumento afim, o que converge atualmente para o disposto no art. 2º do Decreto nº 7.568/2011.

[...]

41. Por fim, penso que o conjunto fático-probatório evidenciado nos autos é bastante claro com relação à reprovabilidade da conduta do Sr. Frederico Silva da Costa, que agiu com culpa grave ao aprovar a celebração de convênio com entidade não possuidora de qualificação técnico-profissional compatível com o objeto, bem como deixou de adotar providências de sua alçada no sentido de evitar repasses financeiros antecipados, sem que nenhuma das metas previstas no plano de trabalho tivesse sido concluída, da ordem 60% do volume financeiro total previsto no instrumento. Por essas razões, entendo que deva ser inabilitado, pelo período de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443/1992.

Outra controvérsia sobre o labor das entidades do terceiro setor diz respeito à obrigatoriedade de licitar, quando do manuseio de recursos públicos oriundos de convênios ou instrumentos congêneres para a aquisição de bens e serviços.

O Decreto nº 6.170/2007, emanado da esfera federal, serve de modelo para que Estados e Municípios editem as suas respectivas legislações, já que devem observar as normas gerais contidas na Lei Federal nº 8.666/93.

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

O art. 11 do sobredito decreto dispõe que deve ser adotado um processo simplificado, a exemplo da cotação prévia de preços no mercado, em obediência aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Outrossim, as entidades privadas sem fins lucrativos devem estar cadastradas no Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parceria – SICONV, em obediência aos ditames normativos do art. 3º do Decreto nº 6.170/2007.

Observe-se que os atos decorrentes de celebração, liberação de recursos, execução e prestação de contas de convênio devem ser registrados no SICONV. Esta medida viabiliza a integração dos órgãos de controle no âmbito federal e se coaduna com o art. 7º, incisos VI e VII, da Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso à informação aplicável às entidades sem fins lucrativos.

Afinal, conclui-se que os convênios são um dos instrumentos mais utilizados para o repasse de recursos públicos para entidades não governamentais e que a transparência é um dos suportes do controle social, o que será visto no capítulo atinente ao controle e à fiscalização do Terceiro Setor.

Cumpra ainda fazer uma observação, no sentido de que esta dissertação está restrita aos convênios, cabendo informar que os contratos de repasse, que já eram previstos no art. 3º do Decreto nº 1.819/96, também se aplicam às entidades privadas sem fins lucrativos, e são definidos como instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União, conforme art. 1º, § 1º, II do decreto nº 6.170/2007.

4.5 Termos de parceria

O termo de parceria é o instituto de fomento tipificado na Lei nº 9.790/99, cuja natureza jurídica guarda similaridade com o convênio, pois se notabiliza pela cooperação entre entes da Administração Pública e entidades de interesse social, qualificadas como OSCIP, com escopo de colaboração em ações de interesse público através de processos seletivos mais maleáveis, prevendo um idealizado controle social.

Art. 9º. Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta lei.

Frise-se que, segundo Luis Eduardo Patrone Regules (2006, p. 162): “Considerar-se-á afronta à legislação federal, a eventual celebração de termo de parceria por organização

privada não detentora do título jurídico previsto na Lei Federal 9.790/1999 (art. 9º)”. Assim, conclui-se que o título de OSCIP é condição de validade do termo de parceria que deve ser disciplinado também por lei nos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Conforme se disse no primeiro capítulo, da mesma maneira que ocorre com o título de utilidade pública, cada esfera de poder da federação deve editar lei específica, com escopo de firmar termos de parceria com OSCIPs.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 575-576):

Com relação aos Estados e Municípios, não tem aplicação obrigatória a Lei 9790. Da mesma forma que os títulos de utilidade pública e organização social, para serem outorgados, dependem de lei de cada ente da federação, também a qualificação de Oscip está sujeita à mesma exigência. União, Estados e Municípios exercem o fomento em suas respectivas áreas de atuação. Cada qual tem competência própria para estabelecer os requisitos para essa finalidade, que não têm que ser iguais aos da lei federal.

Entretanto, nada impede que a OSCIP possa firmar convênio, em vez de termo de parceria, inclusive com outras esferas de governo; aplica-se o art. 116, da lei nº 8.666/93, pois não há qualquer impedimento legal. O referido termo de parceria tem natureza de convênio, destacando-se que, ao revés do que ocorre no contrato, os recursos públicos não passam a ser privados com o adimplemento das obrigações pactuadas, pois não integram o patrimônio da entidade, resultando, daí, o dever de prestar contas.

Maria Sylvia Di Pietro (2013, p. 576) assim se manifesta sobre a matéria:

Não tendo lei sobre a matéria, podem continuar a celebrar convênios com entidades do terceiro setor, com fundamento do artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21-6-93, até porque os termos de parceria, referidos na lei federal, têm a mesma natureza que os convênios: trata-se de acordos de vontades, em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, know how; a verba que o Poder Público repassa à entidade privada não tem a natureza de preço ou remuneração, razão pela qual não passa a integrar o patrimônio da entidade, para que ela utilize a seu bel-prazer, mas, ao contrário, mantém a natureza de dinheiro público; em decorrência disso, a entidade está obrigada a prestar contas de maneira a demonstrar que os recursos foram utilizados para os fins estabelecidos no acordo, sob pena de ilegalidade.

Maria Nazaré Lins Barbosa (2011, p. 560-561) elencou vantagens dos termos de parceria em cotejo com os convênios:

As principais vantagens dos termos de parceria em relação ao tradicional instrumento de convênios podem ser assim sintetizadas: (a) maior transparência, mediante a escolha da entidade parceira mediante concurso de projetos; (b) maior controle social, desde a consulta ao Conselho de Políticas Públicas, previamente à realização do termo; (c) maior transparência, mediante previsão de uma Comissão

de Avaliação composta de membros do Conselho de Políticas Públicas, do órgão parceiro e da OSCIP, durante a execução do projeto; (d) adoção de avaliação com ênfase nos resultados, ao invés de controles meramente formais; (e) exigência de uma auditoria externa para ajustes acima de 600 mil Reais; (f) obrigatoriedade de publicação dos procedimentos e resultados da parceria; (g) responsabilização rigorosa no caso de desvio de recursos públicos.

Identifica-se também certa flexibilidade dos termos de parceria em relação aos convênios, como a previsão de despesas para o custeio do pagamento de pessoal, o reconhecimento de idoneidade de despesas efetivadas entre o interregno temporal da data de término do termo de parceria e a sua renovação. Ademais, a prorrogação do termo de parceria com a OSCIP, sem a necessidade de termo aditivo, caso o objeto da avença ainda não tenha sido cumprido, havendo excedentes financeiros, demonstra menor rigor no procedimento e maior fluidez dos ajustes (BARBOSA, 2011, p. 560).

Faz-se, neste momento, alusão ao dever de essa forma de fomento abrigar as seguintes cláusulas essenciais: (i) objeto identificando o programa de trabalho; (ii) metas e resultados a serem atingidos com o cronograma de execução; (iii) critérios objetivos de avaliação de desempenho através de indicadores de resultados; (iv) previsão de receitas e despesas, inclusive especificando a remuneração e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos advindos do termo de parceria, a seus diretores, empregados e consultores; (v) obrigatoriedade de elaboração de relatório anual, acompanhado de prestação de contas; (vi) publicação pelo órgão público parceiro, na imprensa oficial, do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira, no prazo máximo de quinze dias após a sua assinatura (art. 10, §2º da lei nº 9.790/99).

Além destas disposições legais, anote-se que é condição prévia para celebração do termo de parceria a consulta ao Conselho de Políticas Públicas. Entretanto, o art. 10, §§ 2º e 3º do decreto nº 3.100/99 estabelece que, se não houver o referido conselho, fica dispensada a realização de tal consulta, cabendo ao órgão público parceiro, em última instância, a decisão final sobre a celebração do termo de parceria¹².

¹² Art. 10. Para efeitos da consulta mencionada no art. 10, § 1º, da Lei nº 9.790, de 1999, o modelo a que se refere o parágrafo único do art. 8º deverá ser preenchido e remetido ao Conselho de Política Pública competente.

§ 2º Caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro fica dispensado de realizar a consulta, não podendo haver substituição por outro Conselho.

§ 3º O Conselho de Política Pública terá o prazo de trinta dias, contado a partir da data de recebimento da consulta, para se manifestar sobre o Termo de Parceria, cabendo ao órgão estatal responsável, em última instância, a decisão final sobre a celebração do respectivo Termo de Parceria.

Segundo o Manual Básico de Repasses Públicos ao Terceiro Setor elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2012, p. 80):

Para repasses de verbas federais, por exemplo, é obrigatória a constituição dos Conselhos: de Assistência Social; dos Direitos da Criança e do Adolescente e os de Saúde, todos com atribuição de formular ou propor políticas públicas, supervisionar e avaliar políticas e fiscalizá-las, enfim, controlá-las no seu âmbito temático.

Anote-se que os conselhos de políticas públicas são órgãos colegiados, cuja atribuição é determinada por lei, com objetivos de formular e propor políticas públicas nos diversos setores sociais, como assistência social, saúde e educação, em cada nível de governo, União, Estado, Distrito Federal e Município.

No que diz respeito à escolha da OSCIP, o art. 23 do Decreto nº 3.100/99 determina o concurso de projetos, após esse dispositivo ter sua redação alterada pelo Decreto nº 7.568/2011, deixando de ser uma faculdade. Entretanto, foram elencadas exceções, quais sejam: (a) nas situações de emergência ou calamidade pública que demandem a realização ou manutenção de termo de parceria pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos; (b) para a viabilização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação de risco; (c) no caso em que o projeto, atividade ou serviço já seja realizado há pelo menos cinco anos, com prestações de contas aprovadas.

Quanto à aquisição de bens e serviços, a OSCIP está obrigada editar regulamento próprio, de acordo com o art. 14 da Lei nº 9790/99, aplicando-se também o art. 11, do Decreto nº 6.170/2007. A interpretação harmônica desses dispositivos, que dispõem sobre a matéria, é no sentido de que tal regulamento deverá disciplinar no mínimo a cotação prévia de preços no mercado, e a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

De acordo com o art. 14, da Lei 9.790/1999:

A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

O excerto do Acórdão 414/2012 fundamenta o posicionamento acima esposado:

15. O Acórdão nº 1.777/2005-Plenário, na esteira do acórdão anterior, ratificou o entendimento da não aplicação estrita da Lei nº 8.666/93 às Oscip, mas a necessidade de estabelecimento de regulamento próprio na contratação de obras e serviços - art. 14 da Lei nº 9.790/99:

[...] "49. Portanto, a Corte firmou, em definitivo, o entendimento de que a entidade privada, ao celebrar convênio ou outro instrumento congênere com Administração Pública, deve observar, no que couber, as disposições da Lei de Licitações, em razão do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/93, sem necessidade de, ao aplicar recursos públicos provenientes de convênios celebrados com a administração federal, se submeter ao regramento estabelecido no Estatuto das Licitações e Contratos."

[...] "51. É importante mencionar que, conforme as considerações desenvolvidas no voto proferido pelo Ministro Ubiratan Aguiar no TC 003.361/2002-2, que, conduziu ao Acórdão nº 1.070/2003-P, não infirmadas pelo Acórdão 353/2005-P, a obrigatoriedade de licitação não significa a necessidade de seguir determinado conjunto de procedimentos, mas sim "garantir o cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". É o que ocorre com a Lei nº 9.790/99[...]"

[...] "53. Portanto, no caso das Oscips, foi a Lei nº 9.790/99 que, acertada e legitimamente, determinou que tais entidades não estariam aos ditames da Lei nº 8.666/93, mas sim aos seus regulamentos próprios, que deverão observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência."

16. Nesse sentido, cabe frisar que a atuação das Oscip deve se pautar, segundo dispõe o art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.790/99, pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Além disso, o próprio estatuto social do IGK (fls. 131/144) prevê, nos seus arts. 6º e 87, inciso I, a observância dos mesmos princípios constitucionais.

17. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu livro: "Contratação Direta sem Licitação. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 523" dispõe quanto à aplicabilidade do instituto da licitação às organizações sociais (termo que engloba também as Oscip): "Se não estão sob controle de gestão, é certo que, se utilizarem recursos públicos, atraem junto com a natureza jurídica deste os princípios correlatos à gestão da coisa pública estampados no art. 37, entre os quais a licitação. Para reclamarem a completa liberdade de gestão, idêntica à da iniciativa privada, não que subsistir como esta, ou seja, sem o ingresso de recursos públicos. Pretender gerir recursos do erário-e, portanto, oriundos do cidadão do qual são extraídos compulsoriamente- com preferências pessoais e completa liberdade, somente admite-se no regime imperial, em que o governante é uma extensão do poder divino e dono dos bens que geram a riqueza dos cidadãos. No regime democrático e republicano, não! Por outro lado, é admissível que tais organizações sociais, observando os princípios gerais do uso responsável dos recursos públicos, adotem procedimentos licitatórios simplificados, como as agências executivas ou as ditas entidades integrantes do sistema "S", como o Senai, Senac, Sebrae, etc."

[...]

24. Consta-se, assim, que o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, sedimentou o entendimento que já existia nesta Corte de Contas quanto à necessidade de observância dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e economicidade por entidades privadas sem fins lucrativos (como as Oscip) na contratação de serviços com recursos transferidos pela União. Tais princípios são previstos inclusive na legislação específica das Oscip (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.790/99).

[...]

A instrução da unidade técnica prossegue na exposição das irregularidades e respectivas razões de justificativa.

Irregularidades:

IX - Contratos de repasse nº 282.426-85; 179.657-02; 193.383-84; 212.795-82; 239.373-51; 193.866-27; 239.359-76; 209.212-79 e 183.899-00:

a) Pagamentos a associados do Instituto Genaro Krebs por serviços de consultoria ou assistência técnica, em afronta ao art. 8º, inciso II, da IN/STN nº 01/97, e aos

princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos nos arts. 3º, da Lei nº 8.666/93, 37, caput, da Constituição Federal, 4º, inciso I, da Lei nº 9.790/99, que rege as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), e 6º e 87, inciso I do próprio estatuto social da entidade.

b) Contratação de empresas para execução dos serviços relativos ao objeto sem a realização, no mínimo, de cotação ou pesquisa prévia de preços, ferindo os princípios da impessoalidade e da moralidade, e em desobediência aos arts. 6º e 87, inciso I, do estatuto social do IGK c/c os arts. 11 do Decreto nº 6.170/2007, 4º, inciso I, da Lei nº 9.790/99, 3º, da Lei nº 8.666/93, e 37, caput, da Constituição Federal.

[...]

Pela análise dos autos, resumida no relatório que acompanha este voto, não há dúvida de que os Srs. Cláudio Fernando Lucca da Cunha e Régis Gonçalves cometeram infrações aos preceitos elementares da administração pública, em especial aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, aos quais devem obediência todos que administram recursos públicos, inclusive entidades qualificadas como Oscip. Houve favorecimento na contratação das empresas Projetar Consultoria e Formação Ltda. e In Plantar Consultoria em Desenvolvimento Urbano e Rural Ltda., à revelia dos princípios administrativos da impessoalidade e da moralidade. Não houve pesquisa de preços para contratação dessas empresas, nem justificativas para dispensa ou inexigibilidade de licitação. Além disso, membros do IGK fazem parte dos quadros societários dessas empresas.

[...]

Por fim, concordo com a proposta da unidade técnica de dar ciência à Caixa, conforme orientações da Portaria-Segecex nº 13/2011, quanto à ausência de exposição dos fundamentos de fato e de direito para a aceitação da alteração do proponente do contrato de patrocínio, agravada pela ausência de correlação entre as atividades desenvolvidas pelo novo proponente e o objeto pretendido com o ajuste, o que contraria o princípio da motivação dos atos administrativos; bem como quanto à contratação direta de associados e empresas de propriedade de associados do IGK nos contratos de repasse firmados com essa entidade, sem amparo legal e em desacordo com os princípios da moralidade e da impessoalidade (grifo nosso).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.7. dar ciência à Caixa Econômica Federal, conforme orientações da Portaria-Segecex nº 13/2011, sobre as seguintes impropriedades:

[...]

9.7.2. contratação direta, nos contratos de repasse firmados com o IGK, de associados e empresas pertencentes a associados desse instituto, sem amparo legal e em desacordo com os princípios da moralidade e da impessoalidade;

No que diz respeito à aplicação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada anualmente para cada exercício financeiro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 561) assim se manifesta, reportando-se à LDO 2012: “Além disso, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 12.465, de 12-8-11) impõe também uma série de normas às entidades públicas e privadas beneficiadas com recursos públicos a qualquer título (art. 109)”.

Outrossim, a LDO 2013, o art. 55, §6º, possibilita o repasse às OSCIPs, para este ano, de recursos públicos atinentes às transferências previstas na Lei nº 4.320/64, através de

termo de parceria, com processo seletivo de ampla publicidade, e através de convênio ou instrumento congênere, com aplicação das normas aplicáveis à transferência de recursos para o setor privado, a saber, arts. 51, 52 e 54. Adiante foi reproduzido tal artigo:

Art. 55 [...]

§ 6º As entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP poderão receber recursos oriundos de transferências previstas na Lei nº 4.320, de 1964, por meio dos seguintes instrumentos:

I - termo de parceria, caso em que deverá ser observada a legislação específica pertinente a essas entidades, processo seletivo de ampla divulgação, não se lhes aplicando as condições constantes dos arts. 51, 52 e 54;

II - convênio ou outro instrumento congênere, caso em que deverá ser observado o conjunto das disposições legais aplicáveis à transferência de recursos para o setor privado.

A aplicação conjugada da LDO 2013 e do Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei das OSCIPs, viabiliza a conclusão de que o concurso de projetos será realizado com ampla divulgação, o que reafirma o intento do legislador de que a escolha da entidade parceira seja feita de modo transparente e em obediência aos princípios que informam a Administração Pública.

Os termos de parceria são fiscalizados por uma comissão de avaliação formada por dois representantes do órgão estatal parceiro, um representante da OSCIP, um representante do Conselho de Política Pública, que elaborará relatório conclusivo, conforme art. 11, § 1º da lei nº 9.790/99.

Cumpre salientar que o termo de parceria e o convênio são instrumentos de fomento às entidades privadas sem fins lucrativos, para realização de interesse social em regime de colaboração com o Poder Público, não de substituição, pois o Estado continua sendo o titular dos serviços públicos não exclusivos.

Desta forma, incide o princípio da subsidiariedade, mas que se coaduna com a noção, retratada no capítulo primeiro, de complementaridade e não de substituição do Poder Público.

O termo de parceria, inspirado nos tradicionais convênios, recebe nuances que o particularizam, dentre elas, a remuneração de dirigentes nos moldes da legislação vigente e a ênfase no controle de resultados exercido através de uma nova administração participativa, que deu seus primeiros passos com a reforma do Estado.

4.6 Contratos de gestão

De início, ressalte-se que o contrato de gestão, a ser analisado nesta tese de dissertação, diz respeito àquele firmado com as organizações sociais – OS disciplinadas pela lei nº 9.637/98. Esse diploma legal foi um dos primeiros a iniciar o processo de publicização da iniciativa privada para a prestação de serviços sociais não exclusivos.

O Programa Nacional de Publicização – PNP foi alvo de críticas quanto à expressão publicização, que teve como alvo definir diretrizes e critérios para que entidades privadas assimilassem as atividades anteriormente desenvolvidas por órgãos públicos ou entidades pertencentes à Administração indireta, com extinção desses mesmos órgãos.

Esse o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 358):

O termo publicização atribuído ao Programa parece-nos inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se com o termo privatização, o que, como já vimos, não é verdadeiro. Depois, porque, de fato, nenhuma atividade estará sendo publicizada, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, é o inverso que sucede, posto que pessoas governamentais é que vão dar lugar a entidades de direito privado. O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de desestatização, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública.

Nos casos de extinção de órgãos públicos, serão repassados para a organização social – OS, instalações, bens móveis, imóveis; o serviço que era público passa a ser prestado como atividade privada (DI PIETRO, 2012, p. 274).

Os protagonistas da reforma do Estado no Governo Fernando Henrique Cardoso, para não utilizar a expressão privatizar, resolveram valer-se do termo publicização, denominando de setor público não estatal o espaço ocupado pelas entidades não governamentais que realizam serviços públicos, conforme dito no primeiro capítulo.

De observar-se a clara posição do legislador em flexibilizar as normas do regime jurídico de direito público aplicáveis à Administração Pública, tornando-a mais ágil sob o argumento de que se deve priorizar a eficiência nos contratos de gestão com as organizações sociais.

Registre-se que nos contratos de gestão devem ser observados os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade, que norteiam a Administração Pública, de acordo com art. 7º da Lei nº 9.637/98.

O contrato de gestão é a avença pela qual se estabelece o liame jurídico entre a organização social – OS e a Administração Pública, para fomento e desempenho das atividades nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, quando devem ficar previamente fixados os seguintes pontos (art. 7º, incisos I e II): (i) deveres, obrigações e responsabilidades do Poder Público e da organização social; (ii) apresentação de programa de trabalho; (iii) metas a serem atingidas no cronograma de execução; (iv) critérios objetivos de avaliação e de desempenho.

O fomento se perfaz através de várias situações formalizadas no contrato de gestão, tais como: repasse de bens e recursos públicos necessários ao cumprimento do objeto, cessão de servidores, com encargo econômico do poder público e dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviço entre a Administração Pública e a organização social.

O regime jurídico das organizações sociais recebe um matiz de especialidade, dada a maneira de fomento às organizações sociais. Na lição de Marçal Justen Filho (2009, p. 228): “O regime especial envolve a possibilidade de recebimento de verbas públicas, a utilização de bens públicos e a cessão de servidores públicos”.

Interessa registrar a diferença entre o termo de parceria e o contrato de gestão. O primeiro se coaduna com a ideia de colaboração com o Estado, limitando-se ao fomento de uma atividade privada executada pela organização da sociedade de interesse público - OSCIP, enquanto no segundo, firmado com a organização social – OS, pode haver a delegação de serviço público, embora o Estado não perca a sua titularidade.

Esta a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 284):

Existe alguma semelhança com as organizações sociais, na medida em que ambas são entidades privadas, sem fins lucrativos, que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebem uma qualificação pelo Poder Público: Organização Social – OS, em um caso, e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, em outro. A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão do serviço público, enquanto a Oscip exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado.

Nessa mesma trilha, conclui-se que a organização social não pode laborar como uma concessionária de serviço público ou de utilidade, perseguindo o lucro, mas pode receber a delegação de serviço público, ou seja, os serviços não exclusivos, sem abarcar atividades econômicas, típicas da iniciativa privada.

Esse o pensamento de Marçal Justen Filho (2009, p. 228):

O contrato de gestão pode gerar uma delegação de serviço público, entendida a expressão em sentido amplo. Mas a organização social nunca pode ser assemelhada a uma concessionária de serviço público, que atua buscando o lucro. A organização social não visa ao lucro, ainda que possa obtê-lo como decorrência de sua eficiência.

Debate-se a natureza jurídica do contrato de gestão, que engloba caracteres tanto do contrato administrativo como do convênio. Entretanto, prevalecem de forma tênue as semelhanças com o contrato administrativo, mas o ajuste de gestão prescinde da essência dos contratos, o equilíbrio financeiro.

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 67):

O exame do regime jurídico do contrato de gestão aponta, no entanto, para peculiaridades existentes tanto no contrato administrativo, como no convênio, com uma leve predominância do regime do contrato administrativo, mas não em sua totalidade, o que autoriza-nos a classificar o contrato de gestão como um contrato administrativo degradado. Falta-lhe, na essência, o reconhecido direito ao equilíbrio econômico financeiro do administrado.

Para Marçal Justen Filho (2009, p. 229), o contrato de gestão parece com o convênio, pois não possui interesses contrapostos, mas são “contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns”.

De forma divergente, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 360) entende que o contrato de gestão se amolda à figura de convênio em face dos objetivos e interesses comuns, embora sejam pactos bilaterais.

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

Anote-se que, devido à sua natureza cooperativa, o contrato de gestão se aproxima do termo de parceria e do convênio, conforme ventilado acima.

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 360) acrescenta que o contrato de gestão permite a contratação direta mediante dispensa de licitação.

Avulta, ainda, notar que, em virtude do caráter específico de tais contratos, nos quais há verdadeira cooperação entre as partes no que toca ao interesse público a ser perseguido, descartando-se qualquer aspecto mercantil ou empresarial, a lei prevê hipótese de dispensa de licitação, admitindo, em consequência, a contratação direta com a organização social.

A licitação é um assunto que sempre envolve polêmica. Todavia, o entendimento predominante é de que é dispensável o processo licitatório para a celebração de contrato de gestão com organização social, que deve seguir os princípios da legalidade, da eficiência, da publicidade, da impessoalidade constantes no art. 37, da CF c/c art. 7º, caput da Lei nº 9.637/98.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 256-257):

Deve atentar-se, entretanto para o fato de que são dois os tipos de contratos a que se referem o dispositivo: um deles é o próprio contrato de gestão, que vincula o ente público à organização social; outro é o contrato de prestação de serviços, visando ao cumprimento de atividades ligadas àquele primeiro ajuste. A dispensa de licitação teve por foco esta última modalidade de contratos e a hipótese apresenta motivo de fácil compreensão: vinculando-se o Estado à organização social para os fins não econômicos por ele alvitrados, não haveria mesmo espaço para que licitasse entre terceiros os serviços decorrentes do contrato, visto que tais serviços são justamente aqueles para os quais a organização social é direcionada. Quanto ao contrato de gestão em si, a dispensa de licitação decorre do próprio sistema implantado na lei reguladora e espelha corolário natural desse tipo de negócio jurídico: a uma, porque se cuida de ajuste de caráter social e, a duas, porque retrata regime de parceria, incompatível com o processo de licitação. Assim, a Administração é livre para escolher a organização social com a qual celebrará o contrato.

Tal assertiva encontra respaldo na própria Lei nº 9.637/98, que exalta o caráter social do ajuste, revelando o cunho de parceria, de cooperação em descompasso com o processo de licitação disciplinado na Lei nº 8.666/93.

Cumprir dizer ainda que, além dos contratos de gestão, livres de licitação, também estão dispensados do procedimento licitatório, os contratos de prestação de serviço firmados pela organização social para atividades contempladas no contrato de gestão e no termo de parceria (organizações da sociedade civil de interesse público), embora esse último não esteja expressamente nominado no art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93.

É mais uma lição de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 257):

O Estatuto, no entanto, impõe uma restrição: a dispensa de licitação alcança apenas os contratos de prestação de serviços firmados entre a organização social e o ente público ao qual se vinculou, não alcançando, portanto, contratos firmados com esferas diversas de governo. Assim, se a organização social vinculada ao governo federal deseja contratar prestação de serviços com um Estado ou Município, estarão estes últimos obrigados à realização do processo normal de licitação. É requisito, pois, da dispensa que os contratos de serviços sejam derivados do negócio jurídico principal – contrato de gestão e termo de parceria.

Esclareça-se, por conseguinte, que os sobreditos contratos de prestação de serviços decorrem dos liames jurídicos gerais, contrato de gestão e termo de parceria. Dessa forma, se

a organização social vinculada ao governo federal firmar avença contratual com outro Estado ou Município, deverá ser observado o procedimento licitatório.

Quanto à aquisição de bens e serviços, a organização social – OS deve expedir regulamento próprio, de acordo com o arts. 7º e 17 da Lei nº 9.638/98, com incidência do art. 11, do Decreto nº 6.170/2007, a exemplo da OSCIP. A obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade deve ocorrer sempre que forem utilizados recursos públicos por entidades do terceiro setor mediante processo seletivo como a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Adiante estão transcritos excertos do Acórdão nº 710/2011 do TCU, que corrobora o pensamento acima transcrito:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de prestação de contas do Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), entidade qualificada como Organização Social (OS), referente à execução do contrato de gestão mantido com a União no exercício de 2006;

9.3. determinar ao Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) que adote as seguintes providências, informando e comprovando o resultado ao Tribunal no prazo de 120 dias contados a partir da ciência:

9.3.1. promova alterações em seu regulamento de compras aplicáveis às contratações diretas custeadas pelos recursos públicos federais do contrato de gestão para que se incluam novos procedimentos, prevendo a justificativa de escolha do fornecedor e dos preços praticados, fundados em termos de referência contendo a especificação dos serviços e a previsão dos respectivos custos formulada com base em pesquisas de preço ou comparações com contratações análogas, conforme o caso, com vistas a atender ao disposto no art. 7º da Lei das OS;

9.4. alertar o CGEE quanto a:

9.4.1. celebração de contratos para prestação de serviços de alimentação sem a devida realização do procedimento de seleção de fornecedores, em descumprimento ao item 7 do art. 14 do regulamento próprio, conforme constatado pelo subitem 2.1.1.1 do Relatório CGU 190355;

9.4.2. falta de estabelecimento, nas contratações de prestação de serviços de alimentação, da descrição adequada dos serviços e/ou bens demandados, as quais não contiveram correta especificação de seu objeto, quantidades estimadas, valores cobrados e finalidade das despesas, em descumprimento aos princípios da legalidade e da economicidade, previstos no art. 7º da Lei 9.637/1998, conforme constatado pelo subitem 2.1.1.1 do Relatório CGU 190355;

A fiscalização do contrato de gestão, com enfoque no critério por resultados, é feita por órgão ou entidade supervisora da área pertencente à atividade fomentada, que receberá

relatório da execução do contrato de gestão contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, de acordo com o art. 8º da lei nº 9.637/98.

Cumpra ainda assinalar que foram lançadas muitas críticas às organizações sociais, tendo sido a lei nº 9.637/98, alvo de ação direta de inconstitucionalidade, cuja medida cautelar foi indeferida pelo Supremo Tribunal Federal. Após os votos dos Ministros Carlos Ayres de Britto (Relator) e do Ministro Luiz Fux, indeferindo a maioria de seus pedidos, com acolhimento apenas das argumentações referentes à impossibilidade da restrição da atuação do Ministério Público e do Tribunal de Contas, com base em interpretação do art. 10 do diploma legal em análise, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos.

Adiante, está transcrito excerto do Informativo nº 628 do STF – Supremo Tribunal Federal:

Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas. * Julgamento pendente de conclusão Secretaria de Documentação – SDO Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados – CJCD CJC.

Com fundamento no voto retratado no supracitado Informativo da lavra do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que a ideia que se sedimenta naquela Augusta Corte é no sentido de que as organizações sociais executem seus atos tendo por guias os princípios insculpidos no art. 37, da CF, com escopo de que os serviços prestados sejam eficientes e desprovidos de ilegalidades e favoritismos.

Por derradeiro, a fiscalização e o controle das entidades de interesse social serão objeto de estudo no último capítulo, todavia vale destacar que ausência de eficácia quanto a

esta função administrativa tem se configurado num óbice ao desenvolvimento do Terceiro Setor.

CAPÍTULO III – CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

Neste capítulo, serão analisados os mecanismos de controle e fiscalização de entidades do terceiro setor. Aborda-se o controle da Administração Pública sob o prisma das relações jurídicas mantidas com organizações não governamentais.

Cumprir dizer que será exposto o controle externo do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público na área cível e administrativa. Finalmente, serão tecidas considerações quanto ao controle social e por resultados evidenciados pela reforma do Estado.

1 Conceito

Para dar início ao tema, interessa citar a assertiva de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 797) no sentido de que: “No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos”.

O controle da Administração Pública está voltado para a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas dos atos e negócios jurídicos, e para as políticas administrativas definidas com vistas ao interesse público, tendo por certo que devem ser avaliados os objetivos e metas alcançados, em face da gestão da coisa pública.

Os entes federados, nas três esferas de poder, deverão pautar seus atos de gestão nos princípios que informam a Administração Pública, como legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, impessoalidade, eficiência, utilizando-se de instrumentos eficientes de controle da legitimidade e legalidade das condutas administrativas.

Cumprir registrar que a fiscalização e a revisão são elementos da função de controle. Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2013, p. 798) ministra a seguinte lição:

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Nessa mesma linha doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 941) conceitua o controle da Administração Pública como “o conjunto de mecanismos jurídicos e

administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.”

Assim, pode-se afirmar que a fiscalização consiste na aferição da atividade dos órgãos e agentes administrativos sempre com vistas ao atendimento do interesse coletivo. De outra parte, a revisão traduz-se no poder de autotutela, de corrigir seus próprios atos seja porque feriram o ordenamento jurídico seja para alinhar a execução de políticas públicas ao interesse coletivo (CARVALHO FILHO, 2013, p. 941).

De observar-se que alguns doutrinadores, com base no Decreto nº 200/1967, erigiram o controle a princípio fundamental da Administração Pública, aplicando-se aos demais entes da federação. Tal argumento ampara-se na gestão de interesses coletivos, que implica apresentação de resultados, quanto a metas previamente identificadas, e prestação de contas dos recursos públicos aos órgãos competentes e à sociedade.

José dos Santos Carvalho Filho assim se manifesta (2013, p. 943):

O princípio, conquanto esteja previsto em legislação federal, deve ser observado por todas as demais entidades federativas independentemente de lei, porque a gestão de interesses alheios, como é o caso da Administração, implica naturalmente a prestação de contas de ações e resultados aos titulares dos mesmos interesses, no caso a coletividade.

Assim, não se pode olvidar que um novo conceito de controle já se desenha no cenário jurídico, diante da reforma do Estado, iniciada na década de 80, que enfatizou a verificação dos resultados, com base inclusive em metas previstas na lei de diretrizes orçamentárias, na lei orçamentária anual, e em atenção a uma democracia mais participativa.

Para Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (2008, p. 97):

Resta consignada, portanto, a necessidade de democratização das atividades do Estado, que deve ser efetivada com a participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado. Assim, buscar-se-á identidade entre o desiderato do gestor e dos particulares, entre sujeito e objeto do poder, tendo por finalidade última “prover as condições para o pleno e livre desenvolvimento das capacidades humanas essenciais de todos os membros da sociedade.

Vislumbra-se destarte que o conceito de controle deve abranger a eficiência da gestão de recursos públicos não somente pelas entidades públicas, mas pelas entidades privadas sem fins lucrativos que integram o Terceiro Setor. Este segmento social reclama maior participação popular mediante o exercício de um novo tipo de controle externo, o controle social concretizado através de uma democracia mais participativa.

A ampliação do controle democrático resulta de uma Administração Pública cada vez mais consensual, legitimando-se pela coincidência de interesses e objetivos do Poder Público e dos administrados.

2 Classificação do controle da Administração Pública e do Terceiro Setor

O controle é classificado em várias espécies, divergindo a doutrina quanto à denominação do critério. A classificação mais usual, diz respeito aos seguintes critérios: (i) quanto à natureza do órgão controlador; (ii) quanto à extensão do controle; (iii) quanto ao momento ou à oportunidade (prévio, concomitante e posterior); (iv) quanto à natureza ou aspecto da atividade controlada (CARVALHO FILHO, 2013; DI PIETRO, 2013).

Para a nossa dissertação, a classificação usual amolda-se ao controle e fiscalização do Terceiro Setor. Portanto, faz-se adiante uma análise de como a Administração Pública, o Ministério Público e o Tribunal de Contas podem se utilizar desses mecanismos de controle no que concerne aos convênios, termos de parceria, contratos de gestão e instrumentos legais congêneres, para fiscalizar as entidades do Terceiro Setor, com base na legislação federal.

2.1. Quanto à natureza do órgão controlador

O controle pode ser legislativo, administrativo e judicial. O primeiro é o controle que emana do Poder Legislativo sobre os atos da Administração Pública, com o auxílio dos Tribunais de Contas. O controle judicial é exercido principalmente sobre a legalidade, mas atualmente vem sendo exercido sobre a legitimidade, em algumas situações levadas ao Poder Judiciário, no caso de execução de políticas públicas.

O controle administrativo advém da própria Administração Pública. É o poder que os órgãos internos têm de fiscalizar e rever seus próprios atos, o que se analisa na classificação abaixo.

2.2 Quanto à extensão do controle

O controle pode ser interno e externo. O primeiro se perfaz no âmago da própria Administração Pública e é imanente a cada Poder Executivo, Legislativo e Judiciário; o último se exerce por ente estatal extraorgânico àquela unidade administrativa parceira.

Cumpra registrar a diferença entre sistema de controle interno e controle interno. O primeiro é formado por unidades descentralizadas que devem agir de forma uníssona e coerente em prol da segurança jurídica, como a Secretaria de Controle Interno do Poder Executivo Municipal, que fiscaliza os atos administrativos emanados das demais secretarias municipais. O segundo, o controle interno, é parte integrante do sistema de controle interno, caracteriza-se pela responsabilidade do administrador pela res pública, decorrente do dever-poder que a Administração detém de rever seus próprios atos e a conduta de seus agentes, o poder de autotutela (AGUIRRE DE CASTRO, p. 152-153).

O poder de autotutela, que permite a Administração Pública rever seus próprios atos, insere-se no âmbito do controle interno com respaldo no princípio da legalidade e da predominância do interesse público, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal através das Súmulas nº 346 e nº 473 (DI PIETRO, 2013, p. 800).

STF - Súmula nº 473 - Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

STF - Súmula nº 346 - Administração Pública - Declaração da Nulidade dos Seus Próprios Atos

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Os órgãos de controle interno buscam a verificação da legalidade e a avaliação dos resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos recursos públicos repassados às entidades privadas do terceiro setor, informando ao TCU ilegalidades e irregularidades verificadas, tendo em vista o disposto no artigo 74, II e § 1º da CF/88.

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

[...]

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

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

O controle externo é aquele efetuado por órgão estatal diverso daquele do qual o ato emanou, como por exemplo, o controle do Poder Executivo pelo Judiciário, pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas.

Neste passo, ensina Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (2008, p. 113):

[...] O controle externo pode, ainda, ser exercido pelo próprio particular que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus próprios interesses, mas na defesa dos interesses da coletividade, é chamado de controle social ou popular.

Conclui-se, portanto, que o controle social é também uma forma de controle externo exercido pelo próprio particular, na defesa de seus próprios interesses e de toda comunidade.

2.3 Quanto à oportunidade

No que se refere ao momento em que é manifestado, o controle pode ser: (a) prévio; (b) concomitante; (c) posterior.

a) Controle prévio

O controle prévio é aquele que se faz antes da consumação da conduta administrativa. Tem cunho preventivo, como no caso de emissão de parecer técnico ou jurídico, a depender do caso. José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 946) exemplifica da seguinte maneira: “Se determinada ação administrativa de engenharia depender de aprovação do órgão técnico superior para ser executada, haverá aí controle prévio”.

Outra hipótese típica de controle prévio ocorre no caso de processo seletivo para celebrar convênio. Conforme fora aventado no capítulo II, para os convênios, aplica-se o Decreto nº 6.170/2007, recentemente alterado pelo Decreto nº 7.568/11, determinando a realização do chamamento público.

Na hipótese de termo de parceria, a OSCIP é selecionada através de concurso de projetos, conforme nova alteração produzida pelo Decreto nº 3.100/99.

A importância do processo seletivo, como chamamento público ou concurso de projeto, subjaz, principalmente, na urgência de aferir-se a capacidade operacional, técnica e financeira das entidades do terceiro setor, para executarem o objeto do convênio, termo de parceria ou instrumento legal congêneres.

Sobre o tema, assim, manifesta-se Andrea Nunes (2006, p. 83):

Esse tipo de cautela é uma espécie de controle preventivo que evita muitos problemas no controle posterior. Não é raro que, em vista de projetos onde haja um grande volume de recursos a serem repassados, até mesmo entidades em regular atividade aventurem-se a apresentar projetos além de suas capacidades ou fora de suas finalidades estatutárias apenas para captar os recursos e depois, de forma improvisada, tentar cumprir o que não têm condições de executar. O gestor público deve estar atento a tais situações e, sempre que ocorrerem, deve procurar verificar qual o ramo de atividade da entidade previsto em seus estatutos e, sempre que se tratar de um projeto de grandes proporções, verificar se a entidade tem condições de cumprir o que se projetou, se possui pessoal qualificado, instalações físicas adequadas, equipamentos etc.

No âmbito do controle prévio, a Administração Pública deve pesquisar se há compatibilidade entre os fins estatutários da entidade de interesse social e o objeto da avença administrativa a ser executada. Para atestar a habilitação técnica e financeira do organismo não governamental devem ser apresentados documentos como: estatuto, plano de trabalho ou de aplicação de recursos, demonstrações contábeis do último exercício social, etc. Devem ser verificadas as instalações físicas, avaliados os recursos humanos e demais condições necessárias para a plena e regular execução do que se projeta na ação de fomento.

Nesse sentido, o acórdão do TCU nº 1562/2009 determina:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT que:

9.1.1. inclua nos pareceres técnicos e financeiros, elaborados na fase de celebração de convênios, justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem, que considerem os seguintes aspectos:

9.1.1.1. necessidade de apoio ao projeto e possíveis benefícios a serem obtidos pela sua implantação, de acordo com os critérios objetivos fixados para escolha dos beneficiários dos recursos;

9.1.1.2. compatibilidade da proposição com o objeto do programa e/ou ação governamental;

9.1.1.3. avaliação dos requisitos técnicos, financeiros e operacionais de habilitação das possíveis entidades convenientes, que demonstre a capacidade da entidade conveniada para consecução do objeto;

[...]

9.1.2. inclua nos pareceres técnicos e financeiros, elaborados na fase de prestação de contas de convênios, avaliações expressas, acompanhadas de anexos que as sustentem, quanto à:

9.1.2.1. execução física do objeto do convênio, no que tange à compatibilidade entre o que foi efetivamente realizado e as especificações do Plano de Trabalho, as exigências contidas na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008, bem como aquelas que venham a ser fixadas em normativo interno editado pelo órgão;

[...]

9.1.6. somente formalize convênios na medida em que disponha de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os Planos de Trabalho, acompanhar e orientar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria, especialmente a IN/STN nº 01/97, a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29/05/2008, e o Decreto nº 6.170/2007, respectivamente.

9.2. recomendar à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT que:

9.2.1. edite normativo próprio visando estabelecer, com base na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 e nos princípios da transparência, da isonomia, da impessoalidade e da publicidade dos atos administrativos que regem a Administração, os seguintes aspectos:

9.2.1.1. critérios objetivos para seleção dos beneficiários dos recursos, em todas as ações operacionalizadas mediante transferências voluntárias, em atendimento ao art. 4º, § 2º e art. 5º, inciso II, do citado normativo;

9.2.1.2. critérios objetivos para avaliação das condições técnicas, operacionais e estruturais das entidades proponentes;

Ainda, na condição de controle prévio, vislumbra-se a exigência de cadastramento no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, de acordo com o art. 3º, caput, do Decreto nº 6.170/2007.

Art. 3º O cadastramento da entidade privada sem fins lucrativos no SICONV, no que se refere à comprovação do requisito constante do inciso VI do § 2º do art. 3º, deverá ser aprovado pelo órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela matéria objeto do convênio ou contrato de repasse que se pretenda celebrar.

Anote-se que o Portal dos Convênios, a nível federal, foi uma medida em prol do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, já que viabiliza o registro histórico da entidade privada que postula o recebimento de recursos públicos junto a União.

b) Controle concomitante

O controle concomitante, para ser eficaz, agrega acompanhamento e fiscalização da execução do convênio, termo de parceria ou instrumento legal congênere pelos órgãos competentes.

É importante, que se fixem objetivamente índices de avaliação de desempenho, com escopo de verificar os fins sociais atingidos. Assim, as cláusulas dos instrumentos jurídicos não devem ser abertas, mas abrigar fins específicos, possíveis de constatação.

Na seara do controle concomitante, a Administração Pública deve acompanhar cada etapa de execução do objeto, liberando as parcelas com fundamento no plano de trabalho ou de aplicação de recursos, após a constatação da regular aplicação dos recursos da parcela anterior, as denominadas prestações de contas parciais, nos moldes do art. 116, § 3º, da lei nº 8.666/93.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

Durante a execução de convênios, contratos de repasse, termos de parceria ou instrumentos legais congêneres, caso seja constatada informação incorreta em qualquer documento apresentado, deve o respectivo acordo administrativo ser imediatamente denunciado pelo órgão concedente, consoante ditames do art. 3º, § 3º do Decreto nº 6.170/2007.

O controle concomitante pode acarretar a suspensão das parcelas subsequentes do instrumento legal, com fundamento na inobservância dos planos de trabalho anteriormente aprovados. Por isso, esses instrumentos de trabalho devem conter todas as informações necessárias ao acompanhamento da execução do objeto.

Sobre o tema Andrea Nunes se manifesta (2006, p. 85):

Como se vê do exposto, o controle concomitante servirá, entre outras coisas, até mesmo para interrupção do repasse das verbas quando verificada alguma irregularidade no decorrer da execução do projeto. O repassador de recursos, além da observância da Lei 8.666/93, deve estar atento ainda à Instrução Normativa 001/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, que estabelece diversos requisitos

para aprovação do plano de trabalho ou plano de atendimento apresentado pelas entidades que almejam receber recursos públicos. O Tribunal de Contas da União já decidiu, inclusive, que os planos de trabalho e de atendimento não podem ser elaborados de forma sucinta, deles devendo constar todas as informações suficientes para a execução do projeto, atividade ou evento de duração certa (Decisão do TCU 706/1994-Plenário).

Nessa mesma trilha, Janaína Shoenmaker (2011, p. 157) leciona que os recursos advindos do convênio podem ser sobrestados até a verificação da regular observância do plano de aplicação de recursos:

[...] Para recebimento de cada parcela, a entidade deverá demonstrar as mesmas condições da celebração da parceria, o cumprimento da contrapartida e atender as exigências de contratação junto a terceiros, adiante expostas. Para o TCU, os recursos deverão ficar bloqueados até a comprovação da regular execução do plano de trabalho, e a liberação de parcelas previstas no cronograma deverá ser precedida de fiscalização.

A importância do controle concomitante reside na identificação antecipada do risco de dano ao erário, possibilitando a formalização de um procedimento administrativo no âmbito do controle interno da Administração pública, a tomada de contas especial, que viabiliza a devolução dos recursos públicos incorretamente utilizados.

c) Controle posterior

O controle posterior ocorre após o término das avenças administrativas como convênios, termos de parceria e contratos de gestão, existindo especificidades legais quanto à prestação de contas de cada um desses instrumentos legais. A exigência de prestação de contas se aloja nesta categoria, devendo o órgão concedente de bens e recursos públicos emitir parecer final.

Registre-se finalmente que a lei nº 9.790/99, que disciplina a OSCIP, determina que para a prestação de contas dos termos de parceria, são necessários os seguintes documentos: (i) relatório sobre o cumprimento do objeto, comparando as metas ajustadas e os resultados alcançados; (ii) demonstrativo integral da receita e despesa realizada na execução; (iii) parecer e relatório de auditoria independente, no casos em que o montante de recursos for maior ou igual a R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais); (iv) extrato da execução física e financeira do termo de parceria (art. 12 do decreto nº 3.100/99).

A entidade do terceiro setor está obrigada a apresentar prestação de contas. No caso de não apresentação ou se restarem irregulares as contas prestadas, o órgão concedente dos recursos públicos deve instaurar a tomada de contas especial -TCE, para buscar a devolução dos valores em desacordo com a finalidade pública avençada, podendo incorrer o responsável

pela irregularidade em improbidade administrativa, o que será ventilado em tópico relativo ao Ministério Público.

2.4 Quanto à natureza

O controle pode ser de legalidade e de mérito. O primeiro tem por objetivo a conformação do ato praticado ao ordenamento jurídico vigente, devendo ser exercido pelos três poderes no âmbito de suas funções.

Outrossim, o controle de legalidade reclama o esquadramento das condições de validade do ato ou negócio administrativo, podendo acarretar a declaração de sua nulidade.

O controle de mérito ou de legitimidade floresce na senda da eficiência, do resultado e da conveniência do ato ou negócio administrativo perpetrado, sendo exercido preponderantemente pelo Poder Executivo. Todavia, o Poder Judiciário tem exercido este controle de forma conjugada com o controle da legalidade, no caso de insuficiência de políticas públicas.

Veja a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 945):

A respeito desse tema, tem surgido alguma polêmica acerca da possibilidade de controle judicial sobre as denominadas políticas públicas. É que, em regra, tais políticas caracterizam-se como atividade administrativa, de forma que somente à Administração caberá instruí-las e executá-las. No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração.

Revela-se importante dizer que a aferição do controle de legitimidade interage diretamente com interesse público primário gestado pela sociedade civil, servindo o interesse público secundário de instrumento para o alcance dos interesses gerais defendidos pela comunidade.

Esse o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 560):

A legitimidade, como se assentou, refere-se diretamente aos interesses da sociedade, mas os interesses públicos secundários do Estado também devem ser considerados e protegidos como interesses públicos, que realmente o são; não, porém, de modo autônomo, mas na suficiente medida em que sejam instrumentais para a manutenção ou a realização dos interesses públicos primários da sociedade.

De observar-se que hodiernamente e de acordo com a reforma do Estado que propõe uma Administração gerencial, com matizes de consensualidade, fincada no controle de

resultados, aduz-se que há uma aproximação entre controle da legalidade e de legitimidade, na lição de Rodrigo Pironte Aguirre de Castro (2008, p. 114):

Os controles de legalidade e legitimidade se aproximam, no direito administrativo moderno, a partir do momento em que se reconhece que o ato emanado – a despeito de sua legalidade –, não atinge os objetivos do Estado, ou seja, a promoção do interesse público.

O controle da legitimidade vem sendo exercido conjuntamente com o da legalidade, haja vista a tendência atual no sentido de atingir o interesse público primário, amparado em uma crescente democracia participativa.

Destarte, tem-se que qualquer ato administrativo, convênio, termo de parceria, contrato de gestão ou instrumento legal congênere que envolva recursos públicos, deve abrigar o interesse geral da sociedade, devidamente aferido pela constatação de resultados.

3 Controle externo do Tribunal de Contas

Importa trazer à baila o controle e fiscalização do Tribunal de Contas sobre os entes do Terceiro Setor; partindo desse eixo, analisa-se primeiramente sua competência constitucional.

Em seguida, considerando a necessidade de intensificar a fiscalização das Cortes de Contas sobre esses organismos sociais na esfera federal, focaliza-se o dever de prestar contas, direta ou indiretamente, das entidades do terceiro setor ao Tribunal de Contas.

De início, aduz-se que o controle externo, de competência do Congresso Nacional, é realizado com o auxílio do Tribunal de Contas que emitirá parecer prévio não vinculativo sobre as contas do governo.

Para Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (2008, p. 137): “A disposição constitucional é clara e restringe à atuação da Corte de Contas a emissão de parecer prévio sobre as contas e não vincula a aprovação das contas ao entendimento do Tribunal de Contas”.

Todavia, como se pode abstrair da leitura do art. 71, a Constituição Federal fortaleceu os poderes do Tribunal de Contas, incumbindo-lhe, dentre outras competências, as seguintes: (i) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; (ii) apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, concessões de aposentadorias, reformas e pensões; (iii) realizar inspeções e auditorias de natureza contábil,

financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas das três esferas de Poder; (iv) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social é partícipe a União; (v) fiscalizar a aplicação de recursos oriundos de convênios celebrados entre os entes federados e a União, com escopo de acompanhar os fins ajustados; (vi) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade das contas ou despesas, as penalidades enunciadas em lei, dentre elas, multa proporcional ao dano causado ao erário; (vii) determinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (AGUIRRE DE CASTRO, 2008, p. 138-140).

Após, ter feito breve digressão sobre as competências constitucionais do Tribunal de Contas, importa realçar para nosso estudo a questão relativa ao controle direto e indireto dos Tribunais de Contas sobre as entidades de terceiro setor.

Existem atualmente três correntes sobre a prestação de contas do Terceiro Setor ao Tribunal de Contas da União: (a) competência direta; (b) incompetência direta (competência indireta) e (c) posicionamento intermediário à competência indireta.

Destaque-se brevemente os argumentos jurídicos de cada corrente:

a) Competência direta

A primeira propõe a fiscalização direta do Tribunal de Contas da União sobre o Terceiro Setor, recebendo as prestações de contas das entidades não governamentais, com base na interpretação conjugada do art. 70, parágrafo único c/c com o art. 71, inciso II, da CF, que dispõem:

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

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

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

[...]

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

A base da interpretação dos sobreditos artigos se concentra no dever de prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que tenha sob sua guarda ou gerência dinheiro, bem ou valor público, com fundamento na competência constitucional do Tribunal de Contas da União de julgar todas as contas dos agentes responsáveis pelo correto emprego dos recursos públicos.

Afonso Gomes Aguiar e Márcio Paiva Aguiar posicionam-se favoravelmente ao controle direto do Tribunal de Contas da União:

O inciso II do art. 70 deve ser interpretado em harmonia com o parágrafo único do artigo 70, segundo o qual deverá prestar 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, assumia obrigações de natureza pecuniária. Logo, onde houver movimentação de bens ou recursos da União, haverá contas a serem julgadas pelo TCU e o processo de julgamento será o estabelecido na Lei Orgânica do Tribunal [...] (AGUIAR; AGUIAR, 2008, p.42, apud SHOENMAKER, 2011).

Janaína Shoenmaker (2011, p. 108) acolhe o entendimento do controle direto das entidades não governamentais pelo TCU:

Defendemos o entendimento do controle direto do TCU sobre as ONGs receptoras de recursos públicos por melhor representar o Estado garantidor do exercício da governança, da boa gestão dos recursos públicos e não dispensar os instrumentos disponíveis para tanto. Não se vislumbra, ademais, qualquer fundamento jurídico à interpretação restritiva da expressão “responsáveis” pela gestão de recursos públicos, a justificar a exclusão de entidades do terceiro setor de seu conceito, de modo a limitar a atuação dos Tribunais de Contas sobre elas.

b) Incompetência direta (competência indireta)

De outra parte, registre-se o entendimento do TCU, manifestado no Acórdão nº 1842/2008 – Plenário, de que é incompetente para receber, diretamente, as contas anuais de entidades do terceiro setor sob o fundamento de que o conceito de responsável adotado pela CF/88 é muito “amplo e irrestrito”. Em resumo, o TCU propôs “redefinição conceitual das contas anuais apresentadas ao Tribunal para julgamento”, distinguindo o processo de prestação de contas em sentido lato e em sentido estrito. Esse último seria o do responsável submetido a julgamento, porque assim definido por esse Tribunal com fundamento em seu poder regulamentar, advindo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU, utilizado para dispensar a apresentação de contas pelas OS (SHOENMAKER, 2011, p. 112).

Adiante, excerto do Acórdão nº 1842/2008 – Plenário:

O conceito constante da Constituição Federal e da LOTCU é muito amplo e compreende uma perspectiva multidimensional da gestão pública - gestão da

despesa, da receita, do patrimônio, das dívidas, entre outras - pois considera qualquer administrador ou responsável como sujeito a julgamento pelo TCU, muito além, portanto, da simples figura do ordenador de despesas, conforme visão fundamentada no Decreto-lei nº 200/1967.

Portanto, responsável é qualquer pessoa que administre, ou seja, responsável por bens, dinheiros ou valores públicos. Já responsável submetido a julgamento é aquele que o TCU, dado seu poder regulamentar advindo da LOTCU, decidir que lhe deve apresentar contas para essa finalidade. A própria LOTCU, no entanto, também permite a dispensa de apresentação de contas para fins de julgamento, dispositivo já utilizado para o caso dos responsáveis pelas entidades de fiscalização do exercício profissional, conforme a própria IN nº 47/04, e para o caso das organizações sociais, conforme Decisão Normativa nº 85/2007.

Em atenção ao acórdão transcrito acima, o TCU com fundamento no poder regulamentar oriundo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTCU), que já dispensou a apresentação de contas pelas organizações sociais – OS, elabora nova definição de contas apresentadas para fins de julgamento, diversificando o processo de prestação em sentido lato e em sentido estrito. Assim, traz a lume a possibilidade de uma interpretação restritiva das contas a serem julgadas pelo Tribunal de Contas.

O supracitado Acórdão ainda propõe “o aprimoramento na estrutura de responsabilização pela gestão e o estímulo à atuação coordenada da rede de controle”. Quanto ao aprimoramento na estrutura de responsabilização, apresenta argumento de que “um menor número de processos de contas anuais para julgamento, além de diminuir os impactos negativos do diferimento e sobrestamento de processos, teria como consequência relevante a ampliação das possibilidades de responsabilização, já que os administradores que não tiverem suas contas ordinárias julgadas pelo TCU continuam sujeitos à imposição de multa ou débito por irregularidades praticadas nas suas gestões”. Quanto ao estímulo à atuação coordenada da rede de controle, enaltece a ampliação da autonomia do controle interno, enumerando condutas que o controle interno poderá tomar a seu critério: (i) avaliar a gestão de responsáveis não arrolados nos processos de contas, sujeitando-os à tomada de contas especial em caso de dano ao erário; (ii) na ausência de dano ao erário, incluí-los nos processos de contas ordinários; (iii) realização de auditorias.

Anote-se que há outras posições difundidas pelo TCU de que não é obrigatória a prestação de contas das Organizações Sociais, mas não exclui sua jurisdição sobre as mesmas, a exemplo do Acórdão nº 4522/2008, da lavra do sobredito tribunal.

14. Nesse contexto, no caso das Organizações Sociais, o Tribunal, no uso do poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, decidiu pela não obrigatoriedade de prestação de contas, tendo em vista que os órgãos governamentais contratantes (supervisores) dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las. No entanto, os

relatórios de gestão dos supervisores das OS, deverão conter informações sobre o acompanhamento e a avaliação das entidades que celebram contrato de gestão, conforme disposto no item 19 da parte 2 do anexo II da DN/TCU 85/2007.

15. É importante ressaltar que o fato de o órgão ou entidade ter sido dispensado da apresentação de contas não significa que foi excluído da jurisdição do Tribunal, eis que a condição de jurisdicionado decorre de mandamento constitucional (arts. 70, parágrafo único, e 71).

Anote-se, ainda, posição de parte da doutrina na direção de que os Tribunais de Contas têm competência para apreciar indiretamente as contas das entidades do terceiro setor, ou seja, após parecer conclusivo emitido pelo órgão concedente de recursos públicos ou pelo órgão de controle interno.

Essa a posição externada por Andrea Nunes (2006, p. 96):

A prestação de contas ao Tribunal de Contas é devida na forma do inciso II acima transcrito, mas não pode ser apreciada por aquela corte sem antes passar pelo Controle Interno do órgão competente e pelo ordenador da despesa. A supressão de instâncias de controle pode ensejar a anulação de atribuições e competências. Aliás, José Afonso da Silva lembra que a prestação de contas é um princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (art. 34, VII, d).

A omissão do dever de prestar contas resulta em tomada de contas, que é uma medida de exceção objetivando apurar a responsabilidade daqueles que deram causa a perda, extravio, ou outra irregularidade que resulte em dano ao Erário.

Na mesma trilha, consta do Manual Básico de Repasses Públicos ao Terceiro Setor, de dezembro de 2012:

De acordo com o art. 113, da Lei nº 8.666/93, o controle das despesas decorrentes de convênios será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da atualizada legislação pertinente. Todavia, os órgãos interessados da Administração são os responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto, devendo ser apresentado elucidativo parecer conclusivo, sobre a prestação de contas da conveniada, que se encontra detalhado no item 10.4 deste Manual.

Cabe ainda ressaltar que o Administrador Público conveniente deverá providenciar a remessa de cópias de documentos ao TCESP solicitados nas Instruções vigentes (Vide item 11 deste Manual), nos momentos ali definidos e manter arquivo de documentos comprobatórios continuamente atualizados para atendimento de qualquer requisição ou exame in loco, seja em suas dependências ou junto à entidade conveniada.

O sobredito entendimento de parte da doutrina de que os Tribunais de Contas têm competência para apreciar indiretamente as contas das entidades do terceiro setor, isto é, após a emissão de relatório conclusivo do órgão repassador ou de controle interno, arrima-se na interpretação de que o julgamento das contas consignado no art. 71, II, da Carta Maior de 1988, circunscreve-se às seguintes situações: (a) ilegalidade apurada pelo órgão parceiro ou

de controle interno; (b) prestação de informações dos órgãos do sistema de controle interno; (c) ausência de prestação de contas (SHOENMAKER, p. 114, 2011).

Nesse sentido, apesar de o Tribunal de Contas não receber diretamente as contas anuais das entidades do terceiro setor, ele mantém, por clara e inequívoca disposição constitucional (art. 71, incisos II, in fine e VIII), jurisdição sobre esses entes, sempre que detectados ilegalidade ou dano ao erário público. O controle externo tomará ciência dessas irregularidades pelos seguintes mecanismos: (i) contas anuais do órgão parceiro; (ii) irregularidade apurada pelo órgão parceiro ou pelo controle interno (art. 74, § 1º); (iii) controle social (art. 74, § 2º). A partir desse ponto, pode o controle externo lançar mão de todo o instrumental jurídico que possui para apurar responsabilidades, aplicar sanções e defender o interesse público, a exemplo da tomada de contas especial.

No que concerne à tomada de contas especial, Guilherme Henrique de La Rocque Almeida (2008, p. 201) leciona:

A tomada de contas especial, também conhecida por TCE, é o procedimento administrativo que, diante de indícios da prática de atos ilegais, ilegítimos ou que causaram dano ao erário, busca esclarecer os fatos, identificar os responsáveis e a quantificar o dano ao erário.

Dito de outra forma, uma tomada de contas especial é um processo devidamente formalizado, com rito próprio, que é instaurado visando apurar responsabilidades pela ocorrência de danos à administração pública federal e obter o respectivo ressarcimento.

c) Do posicionamento intermediário à competência indireta

Explicita-se, enfim, a título de registro, a posição intermediária que vigorou por certo tempo até 2008, no sentido de que somente as Organizações Sociais poderiam apresentar diretamente a prestação de contas, com base na Decisão Plenária nº 592/98, considerando que referidas organizações sociais, pela sua estrutura, poderiam ser consideradas extensões do Poder Público.

14. Destarte, não vislumbro razão para que as Organizações Sociais furtem-se ao controle exercido por este Tribunal. Os argumentos ofertados no Relatório em comento servem ao propósito de reforçar a premissa de que o controle a ser desempenhado pelas entidades supervisoras da OS, por força do disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.637/98, não exclui o controle a cargo deste Tribunal, que detém competência constitucional para tanto, principalmente a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que estabeleceu explicitamente, no parágrafo único do art. 70, que a prestação de contas é devida por "...qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária".

15. Portanto, tenho por oportunas as conclusões a que chegou o Grupo de Trabalho instituído pela Ordem de Serviço nº 16/97, no sentido de adequar as prescrições da IN TCU nº 12/96 às da Lei nº 9.637/98, permitindo, com isso, a atuação do TCU no controle finalístico das chamadas Organizações Sociais, baseada em parâmetros objetivos constantes do contrato de gestão.

16. No entanto, é de observar que as peças elencadas no art. 22 da instrução normativa sob enfoque abrangem elementos que, no caso das Organizações Sociais, mostram-se desnecessários. Outrossim, despicienda me parece a expressão "se devida ao Tribunal", contida no caput do referido art. 22, tendo em vista restar incontestado o dever de prestar contas a que se submetem as Organizações Sociais, bem assim as chamadas Agências Executivas que, embora não contempladas no presente estudo, passaram a integrar a esfera de pessoas jurídicas da Administração Pública após a edição do Decreto nº 2.487/98. Ante o exposto, submeto a este Plenário o Projeto de Instrução Normativa em anexo.

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

8.1 firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, dos arts. 6o e 7o, c/c o art. 5o, inciso VI, da Lei nº 8.443/92 e arts. 8o, §§ 2o e 3o, e 9o da Lei nº 9.637/98;

8.2 aprovar o Projeto de Instrução Normativa em anexo;

8.3 dar conhecimento desta Decisão, mediante cópia, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam: a) à Secretaria Federal de Controle para fins de adoção de providências quanto ao cumprimento do art. 9o da Lei nº 8.443/92 e do art. 22 da IN TCU nº 12/96; b) ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado MARE para a adoção das providências cabíveis;

8.4 determine o arquivamento dos presentes autos.

Averbe-se, por oportuno, que as leis federais referentes às organizações sociais – OS e organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs não prescreveram a prestação de contas direta ao Tribunal de Contas, mas a ciência deste órgão para as providências cabíveis.

Em que pese à importância fundamental do sistema de controle interno, inclusive minimizando sobremaneira a demanda aos Tribunais de Contas, relembre-se que o controle interno deve auxiliar o controle externo em seu grave mister constitucional e não substituí-lo.

O controle interno ainda não está totalmente organizado. Nas palavras de Rodrigo Pironte Aguirre de Castro (2005, p. 142): “O que existe é uma relação de atribuições do controle interno e não uma forma exata de organização do controle”.

Realçando ainda o tema, o sobredito autor se pronuncia em outra passagem: “Destaca-se, desta feita, o papel fundamental do controle interno de antever-se ao controle externo na atividade de controle e fiscalização da Administração Pública, no sentido de depurar ao máximo o controle, diminuindo desta maneira a demanda dos Tribunais de Contas

que – na maioria dos casos – não controlam apenas um único ente e sim uma centenas deles” (AGUIRRE DE CASTRO, 2008, p. 143-144).

Como se ressaltou anteriormente, os responsáveis pelo controle interno estão obrigados a denunciar ilegalidades; assim também, podem denunciar qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos moldes do art. 74, § 2º da Constituição Federal, restando também constitucionalmente reconhecido o controle social da Administração Pública.

Entende-se que as entidades do terceiro setor, que administrem dinheiro público, através de convênios, termos de parceria, contratos de gestão ou instrumentos legais congêneres devem ter suas contas julgadas pelos Tribunais de Contas diretamente ou através de relatórios de gestão produzidos pelo órgão interessado que tem a obrigação de demonstrar a legalidade e a regularidade da despesa e execução, com base no art. 113, da Lei nº 8.666/93.

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

Além disso, os Tribunais de Contas devem se articular de modo eficaz com o sistema de controle interno da Administração Pública, com o escopo de exercer um efetivo controle dos recursos públicos, o que de fato não vem ocorrendo. Portanto, é necessário diante da reforma do Estado e da visível evolução para uma democracia mais participativa, que se criem modelos efetivos de controle de gestão, com escopo de se reduzir o grave problema da corrupção, que assola os países da América Latina, dentre eles, o Brasil.

4 Controle do Ministério Público

Neste tópico, será ressaltada a função do Ministério Público, na qualidade de órgão de controle e fiscalização das entidades não governamentais, especialmente fundações e associações, tomando-se por parâmetro suas atribuições legais cravadas na Carta Magna de 1988.

Todo o labor ministerial objetiva a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, o próprio texto constitucional elencou as funções no art. 129, da CF.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclui-se que o Ministério Público está constitucionalmente aparelhado para exercer suas funções, sendo a ação penal pública instrumento processual privativo do Ministério Público. Entretanto, esta dissertação focaliza a fiscalização e controle do Terceiro Setor na seara administrativa e cível, restando o labor na área penal excluído deste estudo.

Quanto às fundações privadas, o controle do Ministério Público é finalístico, com base nos comandos normativos estampados no Código Civil, arts. 62 a 69, e no Código de Processo Civil, arts. 1199 a 1204, verificando o cumprimento dos objetivos estatutários, com análise contábil e da gerência de seus dirigentes.

Na seara administrativa, o Parquet emite parecer para alteração de estatuto de fundação privada, requisita documentos necessários à efetiva fiscalização, inclusive demonstrações contábeis para aferir a prestação de contas de cada exercício social e expedir autorização para alienações de bens imóveis.

Andrea Nunes (2006, p. 117) manifesta seu entendimento:

O entendimento da Suprema Corte de que o velamento envolve atuação administrativa permite deduzir que, embora não haja previsão em Lei, o Curador de Fundações pode, por exemplo, aprovar prestações de contas, expedir autorização para alienações de bens imóveis, etc.

No velamento das fundações privadas, o Parquet pode agir judicialmente, intentando ações civis públicas de extinção de fundação, de prestação de contas, de destituição de dirigente, de nulidade de atos registrares e demais ações judiciais pertinentes.

Saliente-se, ainda, certa polêmica sobre a fiscalização do Ministério Público nas fundações públicas de direito privado, ou seja, aquelas instituídas ou mantidas pelo Poder Público, sob o argumento de que fazem parte da Administração Indireta. Esclareça-se que o controle aqui tratado é o finalístico, o mesmo que o Ministério Público realiza quanto às fundações privadas.

Alguns autores entendem que o controle finalístico das fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, não deveria ser feito diretamente pelo Ministério Público, sob pena de incorrer em duplicidade de controles, já que, como integram a administração indireta, sofrem esse tipo de supervisão pela Administração. Contudo, incide em parte sobre essa espécie de fundação as regras do Código Civil.

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 531-532) corrobora esse posicionamento:

No caso de fundações governamentais, é dispensável essa fiscalização, independentemente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta. Haveria, em consequência, duplicidade de controle para os mesmos fins. Esse é o motivo pelo qual em várias leis orgânicas estaduais do Ministério Público há a expressa menção de que a Curadoria de Fundações não tem atribuições para fiscalizar fundações governamentais. Observe-se, por oportuno, que mesmo os entes fundacionais de direito privado não recebem integral incidência das normas do Código Civil, e isso em face da peculiaridade de integrarem a administração indireta do Estado. Uma das que não incidem é exatamente a que se refere ao velamento das fundações do Ministério Público – norma inspirada na necessidade de controle das entidades criadas sob injunção da vontade de particulares.

Anote-se que há posicionamentos doutrinários no sentido de que o controle do Ministério Público na defesa do patrimônio público, com arrimo em suas atribuições legais, tem assento constitucional, portanto compatível com o controle finalístico exercido pela Administração Pública Direta e Indireta. Este, o posicionamento de José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 237):

Portanto, as fundações de direito público ou fundações estatais, por estarem atreladas indelevelmente ao Poder Público, sujeitam-se sempre ao poder da tutela da Administração, tornando-se a princípio dispensável outro sistema de controle. Entretanto, somos da opinião de que nada impede que a supervisão ministerial conviva com o exercício da competência constitucional do Ministério Público de velar pela consecução das finalidades da fundação pública de natureza jurídica de direito privado. Não há, creio, incompatibilidade substancial entre os dois controles. É exatamente importante que o Ministério Público acompanhe a gestão

implementando mecanismos de controle e fiscalização tão necessários e com certeza indispensáveis para estas entidades.

No âmbito da divisão interna de funções do Ministério Público, entende-se que tais fundações públicas de direito privado fazem parte da Administração Pública Indireta, sendo fiscalizadas pelo Curador do Patrimônio Público e não pelo Curador das Fundações privadas, que exerce o controle finalístico dos entes fundacionais que fazem parte do Terceiro Setor.

A ação civil pública pode ser manejada tanto pelo Ministério Público quanto por terceiros legitimados, nos termos do art. 5º da lei nº 7.347/85. O patrimônio público e social e demais interesses difusos e coletivos são os fundamentos legais para a ação civil pública como instrumento de controle e fiscalização das entidades que integram o Terceiro Setor.

Corroborando esse entendimento, Andrea Nunes (2006, p. 126):

[...] a defesa do Patrimônio Público é a mais justificável razão para que o Ministério Público venha a instaurar Inquérito Civil e Ações Cíveis Públicas relacionadas com entidades de Interesse Social. Entretanto, as referidas entidades também são instrumentos para a consecução dos serviços de relevância pública. Assim, submetem-se à fiscalização do Ministério Público quanto ao efetivo respeito à Constituição no desempenho desse mister. As entidades de Interesse Social também lidam com outros interesses difusos e coletivos, como a Infância e Juventude, Proteção ao Deficiente Físico etc.

O Decreto-lei nº 41/66 também traz subsídios legais, que embasam o trabalho do Ministério Público, viabilizando a propositura de ação de dissolução judicial de associações, ação de intervenção judicial, ação de responsabilidade civil de dirigente, ação de destituição de dirigente e ação de prestação de contas, especialmente para associações assistenciais que recebam auxílio ou subvenção do Poder Público, com utilização do rito prescrito para ação civil pública.

Art. 1º Toda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei.

Art. 2º A sociedade será dissolvida se:

- I - Deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina;
- II - Aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais;
- III - Ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores.

Art. 3º Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.

Parágrafo único. O processo da dissolução e da liquidação reger-se-á pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 4º A sanção prevista neste Decreto-lei não exclui a aplicação de quaisquer outras, porventura cabíveis, contra os responsáveis pelas irregularidades ocorridas.

Como o Decreto-lei nº 41/66 foi recepcionado pela Constituição Federal e diante das novas regras do Código Civil, conclui-se que sobredito decreto incide tanto sobre as sociedades civis quanto sobre as associações fomentadas com subvenções públicas e contribuições periódicas de populares.

De outra parte, o raciocínio jurídico é de que, se o referido decreto prescreve legalmente a possibilidade de o Ministério Público pleitear, em juízo, a dissolução da entidade de interesse social, também permite a fiscalização prévia e necessária para tal pleito, como, por exemplo, exigir a prestação de contas e a intervenção judicial.

Adiante, estão transcritos excertos da lavra de José Eduardo Sabo Paes (2010, p. 564-565):

Dessa forma, o referido Decreto-lei trata, em verdade, tanto das sociedades civis quanto das associações, ou seja, entidades sem fins econômicos, carentes de recursos a ensejar a concessão de subvenções públicas e outros incentivos, além de doações ou da contribuição periódica de populares para o desenvolvimento de suas atividades sociais. [...]

Nesse contexto, ao destinar ao Ministério Público a qualidade (*legitimatío ad causam*) para promover a extinção das pessoas jurídicas referidas pelo Decreto-Lei nº 41/1966 (art. 3º), que recebam subvenções ou auxílio do poder público ou que se mantenham, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares (art. 1º), implicitamente imputa ao Parquet o ônus de sua fiscalização e à entidade o dever de prestar contas dos recursos recebidos. E não há competência sem meios para executá-la.

Com base em tais argumentos jurídicos, diversos Ministérios Públicos Estaduais, dentre eles, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, através da Promotoria de Fundações e Entidades de Interesse Social, e o Ministério Público do Estado de Sergipe, por conduto da 5ª Promotoria do Cidadão, com funções afetas ao controle e fiscalização do Terceiro Setor, propuseram várias ações civis públicas de prestações de contas em face de entidades do terceiro setor e de dissolução judicial, com o objetivo de efetivar o controle desses entes associativos.

Registre-se o questionamento quanto ao rito da ação de dissolução judicial, tendo em vista que, por força do art. 1218, inciso VII, do atual Código de Processo Civil, o art. 670, do CPC de 1939, continua em vigor, dispondo: “A sociedade civil com personalidade jurídica,

que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”.

O art. 1218 do atual Código de Processo Civil determina que os procedimentos do antigo Código de 1939, somente permanecem em vigência enquanto não substituídos por leis especiais; portanto, sendo a Lei da Ação Civil Pública – LACP uma lei especial, os pleitos de dissolução judicial podem ser formulados através desta ação, que estabelece o rito ordinário.

Adiante se reproduz o posicionamento de Andrea Nunes (2006, p. 129):

Uma questão importante a ressaltar é a escolha do rito adequado para a dissolução de tais sociedades: o Código de 1939, nos artigos citados acima, estabelece um rito próprio para a sua dissolução, o que, aparentemente, excluiria a ação civil pública como instrumento para a sua consecução, uma vez que a mesma possui rito ordinário. É importante observar, entretanto, que o art. 1.218 do atual Código de Processo Civil estabelece que os procedimentos do Código antigo somente continuam em vigor enquanto não incorporados por leis especiais. Ora, sendo a Lei de Ação Civil Pública uma lei especial, totalmente aplicável à dissolução de entidade de Interesse Social, derogada se encontra a condição que sustentava a vigência do Código de 1939 quanto ao procedimento a ser adotado para a dissolução de tais entidades. Prevalece, pois, a adequabilidade da ação civil pública, posto que se trata de um instrumento mais moderno, eficaz e apto a fazer face à dimensão pública que reveste o caráter da referida ação. Ademais, ainda que admitamos a possibilidade de dissolução das referidas sociedades segundo o rito determinado pelo antigo Código, tal ato não afastaria a possibilidade de dissolução dessas entidades mediante o instrumento da ação civil pública, quando a hipótese fática se enquadrar nos imperativos constitucionais que reclamam o uso do referido instrumento (art. 129, II e III, da Constituição Federal), uma vez que se trata de dissolução de entidade gestora de patrimônio público e/ou social, prestadora de serviços de relevância pública. A previsão de determinado rito para alcançar um objeto jurídico não elimina a adoção de um rito diferente, desde que amparado por meio processual adequado. Além disso, o Código de 1939 jamais teria o condão de sobrepujar uma regra constitucional.

Anote-se que além das ações civis públicas de prestações de contas, de afastamento de dirigente e de dissolução judicial, o Ministério Público também pode propor ação civil pública de cassação de título de utilidade pública, da Certificação de Beneficência de Assistência Social – CEBAS ou de perda da qualificação de organização social – OS e de organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP, consoante se aludiu no primeiro capítulo.

A 5ª Promotoria do Cidadão com função especializada em controle e fiscalização do Terceiro Setor, órgão do Ministério Público do Estado de Sergipe, propôs ação civil pública de cassação de título de utilidade pública com base na lei estadual nº 5495/2004, uma vez que determinada associação, através de convênio firmado com uma Secretaria Estadual, utilizou recursos públicos, para remunerar indiretamente dirigentes da entidade. Comprovada tal falha, a parte reconheceu o pleito do Ministério Público, em juízo, sendo determinado,

judicialmente, o cancelamento do referido título de utilidade pública estadual, comunicando-se à Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe.

Em matéria de controle e fiscalização das Organizações Sociais, cabe à entidade supervisora signatária do contrato de gestão proceder à fiscalização, informando ao Tribunal de Contas da União a ocorrência de irregularidades. Além disso, podem ser feitas representações junto ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da OS, com escopo de que pleiteiem judicialmente a indisponibilidade de bens da entidade e o sequestro de bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, em caso de enriquecimento ilícito ou de dano ao patrimônio público, de acordo com os arts. 9º e 10, da Lei nº 9.637/98.

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

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

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

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

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

De forma similar, os arts. 12 e 13 da lei federal nº 9.970/99, que disciplinam as organizações da sociedade de interesse público – OSCIPs, determinaram a ciência de irregularidades ou ilegalidades ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, considerados órgãos de controle externo, assim também, o pedido de indisponibilidade de bens, que também pode ser formulado pela Advocacia Geral da União, a exemplo do que ocorre com as organizações sociais – OS.

O Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo preparatório e inquérito civil – peças de informações de caráter facultativo –, no bojo dos quais podem ser

requisitadas demonstrações contábeis para fins de perícia contábil e inspeções in loco pelo setor de serviço social, para emissão de relatório social.

Registre-se a grande relevância do termo de ajustamento de conduta, título executivo extrajudicial, que soluciona várias questões sem a necessidade de ações judiciais, com fundamento no art. 5º, § 6º da LACP, que reza: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2004, p. 19), assim, conceitua o termo de ajustamento de conduta:

Nesse diapasão, podemos conceituar o termo de ajuste de conduta como instituto jurídico que soluciona conflitos metaindividuais, firmado por algum ou alguns dos órgãos públicos legitimados para ajuizar ação civil pública e pelo investigado (empregador), no qual se estatui, de forma voluntária, o modo, lugar e prazo em que o inquirido deve adequar sua conduta aos preceitos normativos, mediante cominação, sem que para tanto, a priori, necessite de provocação do Poder Judiciário, com vistas à natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

Digno de nota, ainda, são os termos de ajustamento de conduta celebrados com entidades de interesse social para afastamento de diretoria, com objetivo de que a organização não governamental seja gerida provisoriamente por uma comissão especial até a realização de novas eleições, em face de terem sido detectadas irregularidades. É a chamada intervenção branca, em substituição à ação judicial.

Na 5ª Promotoria do Cidadão com funções de controle e fiscalização do Terceiro Setor foram firmados vários ajustamentos de conduta para eliminar irregularidades praticadas pela diretoria, como no caso da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE de Aracaju/SE, que sofreu intervenção administrativa de 2010 a 2012, quando a diretoria fora substituída por uma comissão de intervenção ou administração provisória.

O arcabouço jurídico pátrio acolhe a ação de improbidade administrativa, como mecanismo de controle das entidades de interesse social pelo Ministério Público, especialmente quando manejam recursos públicos.

A ética e a probidade administrativa devem enlaçar os vínculos jurídicos entabulados com as organizações não governamentais. Paul Ricoeur ressalta a “perspectiva ética”, “a perspectiva da vida boa” com e para outros nas “instituições justas”. A noção de instituição trazida pelo citado filósofo diz respeito à “estrutura do viver-junto de uma comunidade histórica – povo, nação, religião, etc.”. Tal acepção adequa-se às entidades privadas sem fins

lucrativos, particularmente às associações, que consistem na reunião de pessoas para a realização de um fim comum, denotando a ideia de coletividade, de grupo de pessoas que deve agir sob o manto da ética, da legalidade, da justiça e da norma moral.

Para Constança Marcondes Cesar (1998, p. 125-126):

[...] o problema da justiça se torna o de estabelecer procedimentos equitativos, de modo a assegurar a todos o respeito como pessoas. Passa-se, deste modo, do sentido de justiça aos princípios de justiça; se, no plano individual, a justiça é a garantia da liberdade, no interpessoal traduz-se como respeito e no plano coletivo como norma, que assegura o bem-viver juntos.

Com o objetivo de que se mantenham no mundo jurídico apenas instituições justas e idôneas, urge sejam reveladas e reforçadas as formas de controle e fiscalização feitas pelos órgãos de controle, em especial pelo Ministério Público, visando coibir os desvios porventura cometidos por dirigentes de entidades não governamentais ou por agentes externos mancomunados com eles.

A probidade é uma virtude que as instituições obrigam-se a expressar, com o escopo de serem justas. Tratando-se de uma virtude inerente ao sujeito individual seu espectro deve ser ampliado para adequar a conduta do dirigente e demais responsáveis pelas entidades não governamentais, nos moldes das disposições legais contidas na lei nº 8.429/92.

O art. 1º da lei nº 8.429/92 reza:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A leitura do referido artigo orienta no sentido de que as entidades do terceiro setor são passíveis de enquadramento legal na Lei de Improbidade Administrativa – LIA, especialmente aquelas que tenham percebido subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício da Administração Direta ou Indireta, abrangendo empresas assimiladas pela Administração Indireta, repaginadas como entes públicos para efeito desta lei.

Registre-se que, na ocorrência de atos de improbidade, se os repasses de dinheiro público às entidades de interesse social forem superiores a 50% da sua receita anual ou de seu patrimônio, aplica-se o caput do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa, e o pedido de ressarcimento visará à recomposição da res pública e do patrimônio do ente social atingidos pela conduta lesiva e ímproba. No caso do parágrafo único, ocorre o contrário, o custeio público é inferior a 50% da receita anual ou do patrimônio. Sendo assim, o pleito de ressarcimento limitar-se-á à repercussão da conduta ilícita no erário lesado.

Andrea Nunes (2006, p. 157) reitera esse posicionamento explicando:

No caso de malversação de subvenções por dirigentes de entidades e outras hipóteses tratadas no parágrafo único, parece-nos evidente que não é o patrimônio da entidade social gestora dos recursos que a lei visa reconstituir, mas o do ente público repassador do numerário. Assim, deverá a sentença condenatória imputar ao agente público a sanção de ressarcimento da verba desviada ao órgão público repassador dos recursos, como medida de efetiva proteção ao patrimônio público, e não ao patrimônio de entidade privada eventualmente beneficiária de recursos públicos. Não faria sentido ser diferente, se quis o legislador proteger “a repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Devido à ampliação do conceito de agente público, os dirigentes de entidades não governamentais estão adstritos ao comando da lei, em suas diversas figuras típicas como enriquecimento ilícito, atos de improbidade lesivos ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública, de acordo com os arts. 2º e 3º da lei nº 8.429/92.

Anote-se que uma das ocorrências mais comuns na esfera pública não estatal é a ausência de prestação de contas, um dos deveres de dirigentes de entidades de interesse social, mormente quando do manejo dos recursos públicos. Esta conduta caracteriza improbidade administrativa do responsável, enquadrando-se no art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Observe-se, por oportuno, que as modalidades de ilícitos referentes à prática de improbidade administrativa, para alguns autores, exigem a configuração de dolo, traduzido na desonestidade, má-fé e falta de probidade no trato da coisa pública. Assim, os tipos legais referentes a enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da Administração Pública reclamam a ciência da ação ilícita pelo ímprobo. Entretanto, no caso de dano ao

Erário, a conduta comissiva ou omissiva eivada de ilicitude não exige o dolo, basta o não cumprimento do dever de ofício.

Marino Pazzaglini Filho (2011, p. 4) corrobora esse posicionamento:

Assim, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

E essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo).

Apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art. 10) poderá ser suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a atenção e a diligência reclamadas pela função pública por ele exercida.

O controle externo das entidades do terceiro setor pelo Ministério Público concretiza-se portanto por questões levadas a juízo, para controle da legalidade, da legitimidade e da probidade administrativa, atinentes às avenças administrativas, que devem se pautar no mais puro interesse público sustentado nos pilares da coletividade.

Vislumbra-se que a Administração Pública não dispõe de recursos humanos e materiais para ter sob seu estrito controle a devida gestão dos recursos públicos. Apesar do funcionamento do controle interno ser extremamente fundamental, urge sejam reforçados os meios de execução do controle externo para atingir a eficácia na fiscalização, evitando-se controles meramente formais diante da ampliação das funções constitucionais do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

5 Controle social do Terceiro Setor

Revela-se urgente, em matéria de controle do Terceiro Setor, a abordagem de temas relevantes trazidos à baila com a reforma do Estado iniciada nos anos 90. A crise da legitimidade da democracia representativa que se esvazia paulatinamente para dar lugar a uma democracia participativa.

Apresentam-se alguns instrumentos legais que sedimentam um canal de comunicação entre a sociedade civil e o governo, construindo, assim, uma administração gerencial calcada na consensualidade.

Anote-se que a noção de Administração consensual se estabelece com a evolução do modelo burocrático voltado para o ato administrativo unilateral em direção a um modelo mais democrático que abriga diversas espécies de acordos e parcerias, convênios, termos de parceria, contratos de gestão, inclusive com entidades do terceiro setor.

Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 228) assim se manifesta sobre o tema:

Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um módulo consensual da Administração Pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

Assim, a crise da legitimidade vem sendo enfrentada através do mecanismo do diálogo, da negociação, da cooperação com a sociedade, para fins de alcançar o legítimo interesse público primário colhido diretamente nas bases sociais mediante a participação popular.

O controle social se intensifica no paradigma do Estado de Direito Social e Democrático, por conduto de inúmeros instrumentos como: responsabilidade na gestão fiscal, orçamento participativo, audiências públicas, conselhos gestores de políticas públicas, plebiscito, referendo e outros.

Reserva-se aos conselhos de políticas públicas, compostos por representantes de entes governamentais e não governamentais e que administram fundos financeiros, um papel importantíssimo de fiscalização, quando do repasse de verbas públicas para as organizações não governamentais, a exemplo dos conselhos federais, estaduais e municipais de assistência social, saúde e educação.

Todavia, tais conselhos de políticas públicas não têm conseguido cumprir sua missão de controlar socialmente o espaço público não estatal, em face da forte proximidade com o governo e de interesses político-partidários.

Corroborando desse entendimento Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 409):

Os conselhos representam, sem dúvida, uma alternativa viável nas condições modernas para contribuir na construção do espaço público. Para isso, porém, devem enfrentar os desafios que lhes são colocados, após análises de suas experiências mais recentes, entre os quais se destacam: o estímulo de sua criação pelo próprio governo e não uma construção da prática democrática; inexistência de uma forma institucional-legal que garanta o status público a ações que efetivamente desempenham um papel público, além de outros destacados na literatura sobre o

tema: interesses político-partidários ou conquista de alguma vantagem em proveito próprio.

Na questão do orçamento participativo, Jussara Maria Moreno Jacintho (2000, p. 63) relata a importância da participação popular: “Apropriar-se de um tema essencialmente técnico e governamental é uma das conquistas que a sociedade civil tem que almejar, sob pena de não o fazendo se estar sempre discutindo esterilmente sobre as sonhadas modificações sociais.”

Para a sobredita autora (2000, p. 63) existem vários mecanismos constitucionais que vão delineando uma democracia mais participativa:

Como aparato aclamado em sede constitucional para ampliação do campo de atuação da cidadania, temos o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa, todos mecanismos de consagração da democracia semidireta. Assim, ao lado da movimentação partidária, a nova ordem jurídica vislumbrou a possibilidade de inserção da sociedade nos seus processos consultivos e deliberativos, também aplicáveis à orçamentação pública.

Assim, restou demonstrado a existência de instrumentos constitucionais para a formalização do controle popular também conhecido como controle social, que é ainda essencialmente difuso, necessitando de maior efetividade, nas palavras de Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 402): “O controle social da administração pública, também comumente nomeado participação popular, em que pesem a suas contribuições mais recentes, ainda carece de melhores contornos no direito público brasileiro”.

Nessa passagem, importa citar a denominada *accountability*, que exsurge como forma de controle efetuado pela sociedade. O significado desta palavra, tão relevante para os americanos, vai além da transparência e atinge a necessidade de manter a reputação ilibada das entidades do terceiro setor. Um modelo de responsabilidade moral, que repousa sobretudo no agir ético.

O termo *accountability* refere-se tanto a pessoas como instituições e deita raízes na ideia de mandato, ou seja, de representante e de representado. O representante ou mandatário deve ser dotado de habilidade técnica para desenvolver as atividades e o mandante tem o direito de exigir prestação de contas.

Aplicar o termo *accountability* para o terceiro setor significa dizer que a entidade deve ser idônea, ter estrutura física, capacidade técnica e operacional, para se desincumbir do encargo social a que se submeteu mediante os instrumentos legais congêneres. Ademais, deve ser transparente na sua administração e prestar contas a seus membros e à sociedade.

Para Simone de Castro Tavares Coelho (2005, p. 172):

Quando uma organização do terceiro setor é tida como accountable, isso significa que ela é idônea, que presta contas aos seus membros ou à comunidade a que serve e que está estreitamente vinculada aos interesses destes, preservando sua reputação e idoneidade. Para que uma instituição seja accountable, ela deve estar “aberta” à fiscalização em todos os aspectos gerenciais. Deve mostrar integridade, perfeito entendimento e completa adesão à missão da organização. Deve ser responsável por suas ações e inações, por suas decisões e suas consequências. Deve responder plenamente à sociedade e a seus membros, fornecendo justificativas e explicações. Essa é uma postura que vai além da obediência a regras formais. A lei pode prover um caminho padrão de procedimentos, mas não necessariamente um caminho ético.

Simone de Castro Tavares Coelho (2005, p. 175), citando Catherine MacDonald, indica alguns fatores que prejudicam a accountability das entidades do Terceiro Setor, quais sejam:

A inexistência de uma estrutura administrativa apta e capacitada para a realização de controle de qualidade e financeiro adequado.

A resistência em abrir-se à avaliação externa, o que muitas vezes enfraquece sua imagem junto à opinião pública.

A não-divulgação de problemas e dificuldades gerenciais, pelo mesmo motivo acima.

O estudo do termo accountability, importado dos americanos, é crucial enquanto modelo a ser seguido por entidades do terceiro setor, cujo direito ainda não alcançou autonomia, servindo-se de um a legislação esparsa e compartimentada.

O controle social se espelha em dois pontos básicos: transparência da administração pública e da entidade do terceiro setor, além do acesso à informação suficientemente clara. O § 3º, do art. 11 da lei nº 9.790/99, reza que: “Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação”.

Andrea Nunes (2006, p. 191), assim, se manifesta sobre o controle social:

Dois pressupostos básicos da efetividade do controle social são a transparência da gestão e o acesso à informação. Sem essas condicionantes não pode haver controle: por transparência da gestão entende-se a divulgação, em linguagem clara e acessível, dos atos de gestão, relatórios, resultados dos exercícios financeiros, acesso às demonstrações contábeis e financeiras etc. O acesso à informação é complemento da transparência.

Cumprido salientar que a lei nº 12.527/11 disciplina o acesso a informações, impondo às entidades do terceiro setor o fornecimento de informações referentes à parcela de recursos públicos sob sua administração, mas sem prejuízo das prestações de contas.

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

Outro exemplo de estímulo à transparência e ao direito de informação, facilitando o controle social, é o art. 13 do Decreto nº 6.170/2007, que ordena o registro da celebração, liberação de recursos, acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios, contratos de repasses e termos de parcerias no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, aberto ao público via internet.

Art. 13. A celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria serão registrados no SICONV, que será aberto ao público, via rede mundial de computadores - Internet, por meio de página específica denominada Portal dos Convênios.

Percebe-se que transparência e informação são importantes ferramentas no controle social. Contudo, há ainda um longo caminho a ser percorrido para a eficácia deste tão relevante controle popular, enfatizado pelo Estado de Direito Social e Democrático.

6 Controle de resultados

A Administração Pública pauta-se também pelo princípio da eficiência. O próprio sistema de controle interno deve aquilatar a eficiência e os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal e das entidades de direito privado, quando da utilização de recursos públicos, conforme restou dito no tópico atinente ao controle interno, nos moldes assentados pelos arts. 37 e 74 da CF.

A reforma gerencial, como se disse no primeiro capítulo, buscou a eficiência através de novos mecanismos de controle de gestão, a exemplo do controle por resultados, mas sem olvidar o critério da legalidade. Hodiernamente, critérios formais de legalidade interagem com o critério da legitimidade cunhado nos recônditos do princípio da soberania popular que, por sua vez, anuncia o verdadeiro interesse público.

Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 59) corrobora o pensamento acima assinalado:

Prestigiar a eficiência e o controle de resultados significa dar cumprimento aos ditames constitucionais, principalmente aos preceitos inseridos no caput do art. 37 e no inciso II do art. 74. E resta claro que a observância desses comandos não poderia justificar a não observância de outros comandos constitucionais, principalmente aqueles referentes à legalidade e ao controle de legalidade, igualmente previstos no caput do art. 37 e no inciso II do art. 74 da Carta Magna.

Ao longo desses últimos anos, os mecanismos usados para o controle dos repasses de verbas públicas mediante convênios ou instrumentos legais congêneres residem na mera aferição da regularidade formal das despesas realizadas, olvidando-se os aspectos materiais das mesmas, manifestados pelos resultados obtidos e pela qualidade do serviço oferecido.

Adiante, reproduz-se manifestação de Simone de Castro Tavares Coelho (2005, p. 166) sobre a prática de análise de convênio:

No Brasil, os mecanismos utilizados para o controle do repasse de verbas ou mesmo do cumprimento de convênios sempre foram orçamentários. Com frequência, a prestação de contas não passava de um exercício de ficção, além de não informar a qualidade do serviço oferecido.

Após a edição das leis federais nº 9.637/98 e nº 9.790/99, que disciplinam as organizações sociais – OS e as organizações da sociedade de interesse público – OSCIPs, foram enaltecidos os mecanismos de avaliação dos resultados nos contratos de gestão e nos termos de parcerias por meio de indicadores e métodos de avaliação do desempenho que devem estar discriminados nas disposições das avenças administrativas para o sucesso de uma administração por resultados.

Nesse sentido, Evelyn Levy (1999, p. 398):

A definição conjunta – por contratantes e contratados – de tarefas, indicadores, medidas de desempenho, organização e controle apropriado de recursos, sistemas de monitoramento, incentivos e sanções é condição reconhecida como necessária para o êxito de uma gestão fundamentada no controle por resultados.

Ressalte-se, mais uma vez, que a forma de controle de resultados deve estar previamente discriminada nas disposições contratuais dos instrumentos legais celebrados com o Poder Público. Outrossim, deve-se realçar que o modelo de controle do sistema burocrático, caracterizado pelo aspecto preventivo, formalista e processual, não deve ser totalmente descartado, mas adicionado ao controle de resultados para que obtenha êxito.

Vanice Lírio do Valle (2008, p. 57-58) pronunciou-se nesse sentido:

O tema, todavia, expõe uma dicotomia mais aparente do que real. É certo que na teorização da Reforma do Estado, o Plano Diretor alude aos excessos formais e aos anacronismos do modelo burocrático tradicional; não é menos certo, todavia, que

nesse mesmo documento se faz a referência de que “... à avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada”.

Resta assim claro que, em que pese à crítica ácida à burocracia tradicional, o que se propugna não é o descarte de suas características, mas a soma de novos traços.

No plano específico das OS e OSCIP, fato é que as próprias leis reguladoras não desconsideram – em absoluto – ao processo, erigindo, ao contrário, o programa de trabalho como elemento essencial, seja do contrato de gestão, seja do termo de parceria. É certo que aqui se está utilizando uma concepção de processo mais ampla do que aquela tradicionalmente associada ao modelo burocrático de gestão; alude-se aqui ao processo como um instrumento de tradução da racionalidade e previsibilidade orientadora da conduta da Administração.

O Tribunal de Contas da União tem prolatado acórdãos ordenando às entidades da Administração Pública que disponham em seus negócios jurídico-administrativos com o Poder Público a identificação de metas objetivas e indicadores para avaliação dos resultados.

Os acórdãos 1562/2009 e 1672/2011 ratificam a posição do Tribunal de Contas da União nesse sentido:

Acórdão 1562/2009 – Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.2. recomendar à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT que:

9.2.1. edite normativo próprio visando estabelecer, com base na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 e nos princípios da transparência, da isonomia, da impessoalidade e da publicidade dos atos administrativos que regem a Administração, os seguintes aspectos:

[...]

9.2.1.4. documentos que deverão ser produzidos pela conveniente para a devida comprovação do alcance das metas estabelecidas e os instrumentos e indicadores que deverão ser utilizados para a avaliação dos resultados efetivamente alcançados, com exigência, nas prestações de contas, de relatório sintético informando o grau de satisfação dos participantes e/ou beneficiários de cada evento, a ser utilizado como critério de avaliação e de comparação entre futuras propostas apresentadas por convenientes;

Acórdão 1672/2011 – Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator e com base nos arts. 42, §1º, e 43, I, da Lei 8.443/1992, e nos arts. 245, §1º, e 250, incisos II e III, do Regimento Interno, em:

9.1. recomendar à Secretaria Nacional de Segurança Pública - Senasp e à Secretaria Executiva do Pronasci do Ministério da Justiça que:

[...]

9.1.3. estimulem a participação dos Gabinetes de Gestão Integrada Municipal, por meio de orientação dos partícipes, no planejamento estratégico integrado e coordenação das ações do Pronasci Mulheres da Paz e Proteja, em consonância com o documento denominado Memorial Descritivo do GGIM;

9.1.4. incluam, nos futuros termos de convênios ou outros instrumentos congêneres que tenham por objetivo instituir ou ampliar os Gabinetes de Gestão Integrada Municipal - GGIM, cláusulas que condicionem o repasse de recursos aos entes federados ao fornecimento de informação, pelo período mínimo de três anos após a aprovação dos convênios ou instrumentos congêneres, sobre o alcance dos resultados esperados decorrentes da implantação do GGIM, por meio de indicadores de avaliação dos resultados dos convênios, a exemplo dos Indicadores Informativos, dos Indicadores de Metas e dos Indicadores de Impactos sobre o funcionamento do GGIM, nos termos definidos no consenso do III Fórum dos GGIM, realizado no exercício de 2010;

Observe-se, por oportuno, a existência de vínculo entre o controle por resultado e o controle social que se baseia na transparência e na informação. O controle por resultado amplia as possibilidades de accountability, por tornar mais claros os objetivos a serem alcançados mediante parcerias com entidades do Terceiro Setor que procuram atingir metas harmonizadas com políticas públicas anteriormente definidas pela sociedade através dos instrumentos jurídicos de participação popular. Todavia, é preciso evoluir quanto aos processos de avaliação do que é bom desempenho.

Evelyn Levy (1999, p. 399) demonstra o liame entre controle social e por resultado:

Ranson e Stewart (1994) igualmente procuraram explicitar o nexo entre os dois tipos de controle – o social e o de resultados ou de desempenho –, mostrando que na definição de indicadores de desempenho (ou cláusulas contratuais) devem estar presentes as diferentes concepções sobre a política pública existentes na sociedade. Para esses autores, os indicadores devem estar ligados aos atores responsáveis pelo desempenho, e não pode haver limites que excluam cidadãos. Segundo eles, o desempenho no domínio público tem diferentes dimensões e nenhuma pode ser considerada irrelevante. Assim, os processos de avaliação de desempenho têm um papel a cumprir no campo da accountability, mas precisam evoluir do campo da mensuração para processos que levem ao julgamento político do que é bom desempenho.

Relembre-se que o acesso à informação abrange, entre outros, os direitos de obter dados referentes ao acompanhamento de resultados dos programas e projetos dos órgãos e entidades públicas, metas e indicadores propostos, assim também, o produto de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, de acordo com o art. 7º, inciso VII, alíneas “a” e “b” da lei nº 12.527/2011.

Afinal, manifestamo-nos pela urgência com que sejam aperfeiçoados e modernizados os mecanismos de fiscalização, para se aferir os resultados acordados nos convênios, termos de parceria, contratos de gestão e instrumentos legais congêneres. Destarte, importa dizer que se deve alinhar eficiência e controle por resultados através do acompanhamento concomitante do desenlace dos objetos ajustados dentro dos mais lícitos critérios legais.

Neste capítulo, foram estudadas as formas de controle e fiscalização de entidades do terceiro setor e mecanismos utilizados para o controle da Administração Pública no caso de celebração de convênio, termo de parceria e contrato de gestão com organizações não governamentais, tudo, com fundamento na legislação federal.

Ademais, foram trabalhados aspectos do controle externo do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público na área cível e administrativa, tendo sido feitas considerações sobre os controles sociais e por resultados, evidenciados pela reforma do Estado.

CONCLUSÃO

As diversas Constituições dos Estados Sociais de Direito, espelhadas nas democracias de massas, sacramentaram e enaltecem os direitos fundamentais do cidadão, essenciais ao respeito e à valorização da dignidade da pessoa humana.

A reforma administrativa tem duas causas principais: os déficits fiscais identificados na maior parte dos Estados e a pouca qualidade dos serviços públicos, que não atendem a seus beneficiários, os cidadãos.

A crise de legitimidade do Estado desponta como crise da democracia representativa, pois já não consegue abstrair das massas o real interesse público, que legitima os sistemas democráticos.

O enfoque, em cada um dos aspectos mais importantes da reforma estatal, refere-se à modernização da governabilidade. Sobressaem os temas político e econômico, sem deixar de lado a reforma administrativa do serviço público, para neutralizar falhas e torná-lo digno do cidadão.

O modelo de Administração pública a ser transcendido, o burocrático, fixa-se no processo, ou seja, em especificar procedimentos rígidos para as inúmeras ações administrativas como: contratação de pessoal, compras de bens e serviços, etc. Fundamenta-se em controles preventivos, formais, e, portanto, ineficientes para penalizar condutas ilícitas. Em síntese, esse modelo de Administração, visando à defesa do patrimônio público, volta toda a sua atenção para os procedimentos legais, menosprezando a definição de indicadores de resultado e objetivos claros a serem alcançados pela Administração Pública.

A superação dessa crise de legitimidade estatal pode se dar mediante a participação dos cidadãos, resultando no surgimento de uma democracia associativa, que viabilize um canal de comunicação e negociação entre Estado e sociedade para a satisfação do verdadeiro interesse público. Exatamente, é essa democracia associativa que propicia o espaço público não estatal, abrigando os entes sociais constituídos sob a forma de fundações e associações.

O desenvolvimento do Terceiro Setor decorreu de políticas reformistas do Estado do Bem-Estar, que tiveram por escopo uma Administração Pública gerencial e consensual, colocando-se como um dos modelos a ser seguido, para o alcance de resultados balizados pela eficiência colmatada no diálogo, cooperação, colaboração e descentralização.

As entidades do terceiro setor intensificam a democracia participativa, passando os cidadãos de meros expectadores, limitados ao momento do voto nas eleições, a agentes efetivos que lutam pelo acesso da comunidade a serviços sociais básicos, dos quais são exemplos: educação, saúde, assistência social, habitação.

De fato, matizes mais modernos foram dados aos princípios da subsidiariedade, legalidade, eficiência, economicidade, alojados no ordenamento jurídico vigente.

O discurso neoliberal-gerencial hegemônico que defende o Estado minimizado, tão-somente regulador das relações sociais, deve ser contemporizado, dando lugar a um posicionamento que se ajuste à concepção de Estado, na qualidade de provedor, sem grandes e efetivas reduções. Assim, o Poder Público não deve ser substituído pelas organizações não governamentais, uma vez que é o titular dos serviços sociais não exclusivos.

O espaço público não estatal, identificado como a própria sociedade civil organizada, situado entre Estado e mercado, é o cenário das entidades de interesse social, que objetivam complementar as atividades do Estado na prestação de serviços não exclusivos. Entretanto na condição de colaboradoras, sem a conotação de substituição, realizando ao lado do Estado atividades de extrema importância social, com observância do princípio da eficiência.

As instituições do Estado têm por escopo tornar efetivos os direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Esta conotação dada ao Estado Social e Democrático de Direito é inerente ao princípio da subsidiariedade mediante o equilíbrio na relação entre indivíduos, corpos intermédios (entidades do terceiro setor) e o Estado, em virtude do pluralismo de poder, que tipifica a sociedade contemporânea.

A nítida aproximação do setor público com o setor privado contribuiu para o surgimento de entidades compostas de um Conselho de Administração formado por representantes do Poder Público, a exemplo das associações e fundações, qualificadas como organizações sociais – OS, regidas pela lei nº 9.637/98, que celebram contratos de gestão, com previsão legal de cessão de servidores públicos, de bens e de recursos financeiros federais e estaduais, sendo consideradas quase governamentais.

Saliente-se a edição da lei nº 9.790/99, que disciplina a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organização da sociedade de interesse público – OSCIP. Tal estatuto legal viabiliza o termo de parceria, com características semelhantes ao convênio, mas com legislação própria para cada esfera governamental, que visa à execução de serviços públicos em colaboração com o Estado.

Além das qualificações de OS e OSCIP, esse processo de redução das distâncias entre Estado e sociedade também revitalizou outra antiga forma de fomento, denominado honorífico, quais sejam, os títulos de utilidade pública federal, estadual, municipal e a Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social – CEBAS, no âmbito federal.

É relevante o conceito de Terceiro Setor para identificação das entidades de interesse social que dele fazem parte, pois contribui para o estabelecimento de critérios objetivos.

Nesta dissertação, identificaram-se quais entidades participam do Terceiro Setor, aduzindo-se que o critério do interesse público é o que define se um ente privado sem fins lucrativos integra essa terceira facção social.

Relembre-se que as entidades de benefício mútuo, os sindicatos, as cooperativas, não fazem parte do Terceiro Setor, porque visam interesses privados de seus membros. Já os movimentos sociais não estão legalmente constituídos, portanto, impedidos de travarem relações jurídicas com o Poder Público, não compondo o Terceiro Setor.

Registre-se que foram contempladas nesta dissertação as principais formas de fomento público como subvenção social, auxílio, contribuições, fundamentando-se especialmente na doutrina espanhola e brasileira, com foco na legislação federal.

Ressalte-se que o fomento enquanto função administrativa foi enfatizado pela reforma do Estado, promovendo a implantação de uma administração gerencial fincada no controle de resultados, que possibilita a realização de serviços sociais não exclusivos por entidades privadas sem fins lucrativos mediante convênios, contratos de gestão, termos de parceria e instrumentos legais congêneres.

A reforma do Estado reclama um processo dinâmico para o desenvolvimento e a adaptação de novos mecanismos de controle voltados à satisfação dos usuários e ao alcance da eficiência.

Contudo, ainda não foram construídos estratégias legais e de controle eficazes para a avaliação de desempenho dos repasses de recursos públicos, com a utilização de índices objetivos para a mensuração dos resultados e, inclusive, com a responsabilização dos agentes que representam as entidades fomentadas.

As críticas feitas atingem o controle das parcerias público-privadas, que se deve realizar de maneira prévia, concomitante e posterior aos convênios, contratos de gestão (OS), termos de parceria (OSCIP) e instrumentos legais congêneres, pelos órgãos de controle

interno e externo, que ainda não estão devidamente aparelhados e articulados para cumprir o grave mister de fiscalizar o uso de recursos públicos pelo terceiro setor, ante as notícias frequentes veiculadas pela imprensa de malversação de recursos públicos por entidades não governamentais.

Os conselhos de políticas públicas não estão cumprindo seu papel de fiscalizar e de viabilizar o controle social. Somente com a eficiência da fiscalização pelos órgãos de controle internos e externos dos bens e recursos públicos repassados às entidades do terceiro setor, a sociedade poderá exercer o denominado controle popular ou social.

O controle social pauta-se pela transparência e por prestações de contas impecáveis dos entes sociais. Igualmente, abrange a constatação de resultados traduzidos em concretos benefícios à população brasileira.

A presente dissertação teve por objetivo divulgar a necessidade de reformulação da função administrativa de controle das formas de parceria entre o Estado e Terceiro Setor, que recebe grande quantidade de recursos estatais, haja vista a importância que esse segmento social vem galgando na área econômica e na definição de políticas sociais.

De observar-se que a pedra de toque da fiscalização é exatamente o acompanhamento in loco da execução do objeto pactuado nos liames administrativos desenhados no âmago da Administração Pública, com ampla publicidade das prestações de contas parciais e finais de recursos públicos em linguagem clara, cumprindo-se a Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso à informação.

Averbe-se que não há de se ter tanta cautela quanto à sobreposição e duplicidade de controles, mas quanto à eficácia da fiscalização, enfatizando-se uma maior articulação entre órgãos de controle interno e externo, a exemplo das Controladorias Gerais da Administração Pública, nos três níveis de governo, com os Ministérios Públicos e os Tribunais de Contas.

Todavia, faz-se um breve registro, no sentido de que a fiscalização não seja feita pelo órgão concedente dos bens ou recursos públicos, mas por um ente governamental extraorgânico àquela unidade administrativa parceira.

Destarte, sugerimos sejam tomadas medidas imediatas pelos órgãos de controle interno e externo, realçando o controle de gestão e da correta utilização do dinheiro público, com foco na verificação de resultados mensuráveis pela sociedade.

O controle e fiscalização devem ser principalmente prévios, concomitantes e posteriores à execução dos objetos pactuados em convênios, termos de parceria, contratos de gestão e instrumentos legais congêneres, sob pena de se estancar o desenvolvimento do Terceiro Setor.

Por fim, sugerimos sejam remarcados os contornos legais do controle popular ou social, que se fundamenta na transparência das informações e das prestações de contas, promulgando-se um estatuto do Terceiro Setor com destaque para os mecanismos de efetivo e transparente controle e fiscalização dos organismos sociais.

Esse posicionamento resulta do exame do tema, da pesquisa da literatura e jurisprudência, do labor na 5ª Promotoria do Cidadão e corrobora o pensamento inicial de que é preciso aprimorar o controle do uso de verbas públicas pelo Terceiro Setor, com intuito de que esse segmento cumpra seu papel na esfera social e econômica, fortalecendo a democracia participativa.

Esperamos ter aberto uma via para futuros trabalhos que sinalizem alternativas para a eficiência do controle e fiscalização de recursos públicos utilizados por entidades do terceiro setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ubiratan; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers; OLIVEIRA DA SILVA, Pedro Tadeu. Convênios e Tomada de Contas Especiais. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo Pironti. Sistema de Controle Interno. Uma Perspectiva do Modelo de Gestão Pública Gerencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. Controle das Transferências Financeiras da União. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALONSO, Antonia Nieto. Fundaciones: su capacidade: especial consideración a la realización de actividades mercantiles y industriales. La Coruña, España: Fundación Pedro Bororiei de la Meza, 1996.

ALVES, Francisco de Assis. Fundações, organizações sociais, agências executiva. São Paulo: LTr, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. Sobre El Concepto de Fomento. In: Revista de Administración Pública, nº 54, set/dez, 1967, p. 43-85. Disponível em <www.cepc.gob.es>. Acesso 04 de abril de 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BITTAR, Eduardo C.B. Curso de Ética Jurídica – Ética Geral e Profissional, 8. Ed. São Paulo: Saraiva 2011.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. De Senectude (O Tempo da Memória), Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 maio 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996. Disponível em

<www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 7788, de 15 de agosto de 2012. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 41, de 18 de novembro de 1966. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em <www.stn.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 91, de 28 de agosto de 1935. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 9.452, de 20 de março de 1997. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 9.537, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 9.867, de 10 de novembro de 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 12.708, de 17 de agosto de 2012. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 30 de maio de 2008, editada em conjunto pelos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Fazenda e do Controle da Transparência. Disponível em <www.convenios.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. STF Informativo 628, 23 a 27 de maio de 2011. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 592/1998, DOU de 02.09.1998. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 549/2003, DOU de 02.06.2003. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 2066/2006, DOU de 13.11.2006. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 4288/2008, DOU de 21.11.2008. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 1331/2008, DOU de 11.07.2008. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 1842/2008, DOU de 29.08.2008. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 1562/2009, DOU de 15.07.2009. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 710/2011, DOU de 15.02.2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 1406/2011, DOU de 11.03.2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 1672/2011, DOU de 01.07.2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 2141/2011, DOU de 17.08.2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 10426/2011, DOU de 06.12.2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 414/2012, DOU de 31.01.2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 5616, DOU de 18.09.2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BRASIL. TCU. Acórdão 2651/2012, DOU de 03.10.2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28 de maio de 2013.

BULGARELLI, Waldirio. As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. As Sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. Das Fundações: subsídios para interpretação e reforma da legislação portuguesa. Lisboa: Ática, 1961.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CARNELUTTI, Teoria geral do direito. Coimbra: A. Amado Editor, 1942.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CESAR, Constança Marcondes. Paul Ricoeur: ensaios (org.). São Paulo: Paulus, 1998. - (Ensaio filosóficos)

CHAVES NETO, Joel Rodrigues. A Contabilidade aplicada ao Terceiro Setor. Gazeta Contábil. a. X, n. 47, nov./dez. 2001, Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal.

COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e

Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15. ed. Rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito Fundacional. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública; concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de derecho administrativo. Bueno Aires: Ediciones Depalma, 1990. v. II.

FALCÃO, JOAQUIM. Democracia, direito e terceiro setor. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006;

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa, Editora Atlas, 2012.

FERNANDES, R.C. Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina. 2. ed. Rio de Janeiro: Dumará, 1994.

FERREIRA, Luís Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1 Art. 12 ao 21, p.320 apud PAES, José Eduardo Sabo, Fundações, associações e entidades de interesses social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.254.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. São Paulo: Lumens Juris, 2002.

GÓMEZ, Manuel Herrera. La especificidad organizativa del tercer sector: tipos y dinámicas. UAB, Disponível em: www.bib.uab.es.

GRAU, Nuria Cunill. Repensando o público através da sociedade. Rio de Janeiro: Revan: Brasília, DF: NAP, 1988.

GRAZZIOLI. Airton, RAFAEL. Edson José. Fundações Privadas: doutrina e prática. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003:.

HIGA, Alberto Shinji. Terceiro setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. A ADI 1.923-DF e os limites do fomento público ao terceiro setor à luz da Constituição da República. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2848, 19 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18937>>. Acesso em 01 de junho de 2013.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. A participação popular e o processo orçamentário.

Leme/SP: LED, 2000.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno; SILVA, LUCAS, Gonçalves da; DURÃO, Pedro. Lei orgânica do município de Aracaju comentada—Apontamentos, Correspondências, Decisões atualizadas. Aracaju: Criação, 2012.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de Una Teoria Del Fomento en El Derecho Administrativo. In: Revista de Estudios Políticos, nº 48, nov/dez, 1949, p. 41-54. Disponível em <www.cepc.es>. Acesso em 17 jun. 2010.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de Direito Administrativo, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRAMER, R.M. Voluntary Agencies in the Welfare State. Berkeley: University of California Press, 1981 apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

LEVY, Evelyn. Controle social e controle de resultados – um balanço dos argumentos e da experiência recente. In: O público não estatal na reforma do Estado/Luiz Carlos Bresser Pereira, Nuria Cunnil Grau Wilhelm, organizadores – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

LÍRIO DO VALLE, Vanice. Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs. In: Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, ano 2, nº 4. Belo Horizonte: Fórum, jul/dez, 2008, p. 47-64.

LOPEZ, Francisco e NIETO Y MALLO. La ordenacion legal de las fundaciones. Madrid: La Ley Temas, 2006.

Luna, Cabra de GARCIA, Lorenzo. La constelación de las entidades no lucrativas: el tercer sector. In ob. col. El sector no lucrativo em España. Madrid, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004

MAÑAS, Piñar; LUIS; José REAL PEREZ, Alicia. Notas sobre el régimen jurídico de las fundaciones en les Derechos europeos. CAS, n. 4, España.

MÂNICA, Fernando Borges. Terceiro Setor e Imunidade Tributária: teoria e prática. Fórum, 2005.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibição administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. São Paulo: A defesa dos interesses difusos em juízo. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

McDONALD, Catherine. Government, Funded Nonprofits and Accountability. Nonprofit

Management & Leadership. São Francisco: 8 (1), 1997 apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno: 16ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Célia Cunha. O fomento da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MENESCAL, Koury. História e gênese das organizações não governamentais. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (org.). Organizações não governamentais: solução ou problema. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.p.24, 26, 28, 32, apud VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.145.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.72.

_____. Manual de Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma do Marco legal do Terceiro Setor no Brasil. Revista Interesse Público (RIP), ANO 1, N. 01, 1999, pp. 31-46, São Paulo/Sapucaia do Sul, Ed. Notadez.

MONTAÑO, Carlos. Terceiro Setor e Questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social, 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 14.ed.São Paulo:Atlas,2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Andréa. Terceiro Setor: controle e fiscalização. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. (Coord). Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesses social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y de apoio al precio político. Disponível em : Revista de Administración Pública, nº14, mayo/agosto, 1954, p.11-121. Disponível em <www.cepc.gob.es>. Acesso. em 16 de maio de 2013.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I: parte geral.15.ed. Madrid; Barcelona: marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2004 apud HIGA, Alberto Shinji. Terceiro setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.66.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Cunill Nuria. Entre o Estado e o mercado: o público não estatal. In: O público não estatal na reforma do Estado/ Luiz Carlos Bresser Pereira, Nuria Cunill Grau, organizadores – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro Setor e Direitos Humanos. In: Aspectos jurídicos do terceiro setor/ Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto, coordenadores, et al. 2.ed. São Paulo: Editora MP, 2008

REGULES, Luis Eduardo Patrone Regules. Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIPs. São Paulo: Editora Método, 2006.

RICOEUR, Paul, Si mesmo como o outro. Campinas: Papirus Editora, 1991.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SALAMON, Lester. Government and the Voluntary Sector in an Era of Retrenchment: the American Experience. Washington, D.C.: The Urban Institute Press, 1985 apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

_____ ; GIDRON, Benjamim & KRAMER, Ralph. Government and the Third Sector: Emerging Relationships in Welfare State. San Francisco: Jossey-Bass, 1992 apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

_____ ; GUTOWSKI, Michael & PITTMAN, Karen. The Pittsburgh. Nonprofit Sector in a Time of Government Retrenchment. Washington, D.C.: The Urban Institute Press, 1984 apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

_____. Cidadania e justiça, a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro, Campus, 1979 apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, 3. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: Sociedade e Estado em transformação/Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Wilhelm, Lourdes Sola, organizadores – São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SERGIPE. Lei do Estado de Sergipe nº 5.495, 23 de dezembro de 2004. Disponível www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp. Acesso em 28 de maio de 2013.

SERGIPE. Lei do Estado de Sergipe nº 5.217, 15 de dezembro de 2003. Disponível

www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp. Acesso em 28 de maio de 2013.

SERGIPE. Lei do Estado de Sergipe nº 5.850, 16 de março de 2006. Disponível www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp. Acesso em 28 de maio de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. Repasses Públicos ao Terceiro Setor. Manual Básico. <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/repasses-publicos-ao-terceiro-setor-dez-2012.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2013.

SHOENMAKER, Janaina. Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da, SILVA, Ana Maria Viegas da. Terceiro Setor: gestão das entidades sociais (ONG-Oscip-OS). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Termo de Ajuste de Conduta. São Paulo: LTR. 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. Del Rey, 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. O Terceiro Setor: prática de atividade econômica pelas ONGs: In: Aspectos jurídicos do terceiro setor/ Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto, coordenadores, et al. 2.ed. São Paulo: Editora MP, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. A forma jurídica das entidades do Terceiro Setor. In: Aspectos jurídicos do terceiro setor/ Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto, coordenadores, et al. 2. ed. São Paulo: Editora MP, 2008.

TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: O público não estatal na reforma do Estado/Luiz Carlos Bresser Pereira, Nuria Cunill Grau Wilhelm, organizadores – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.