

**RODRIGO PAGANI DE SOUZA**

**CONTROLE ESTATAL DAS TRANSFERÊNCIAS DE  
RECURSOS PÚBLICOS PARA O TERCEIRO SETOR**

**TESE DE DOUTORADO**

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR SEBASTIÃO BOTTO DE  
BARROS TOJAL**

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO – 2009**

# **CONTROLE ESTATAL DAS TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS PÚBLICOS PARA O TERCEIRO SETOR**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Candidato: Rodrigo Pagani de Souza

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
Departamento de Direito do Estado

São Paulo, dezembro de 2009

**Banca Examinadora:**

---

---

---

---

---

## RESUMO

Em um contexto de crescimento do volume de transferências de recursos públicos para entidades do terceiro setor e, ainda, de aumento do número de parcerias do Estado com tais entidades, cresce também a importância do controle estatal sobre as suas políticas de fomento e sobre a aplicação dos recursos transferidos. Paralelamente, a mídia, os órgãos estatais de controle e a academia jurídica manifestam preocupações com a corrupção na destinação desses recursos e com a ineficiência no seu emprego. Todos ainda enfrentam o desafio de fortalecer o terceiro setor, simultaneamente ao fortalecimento do controle do fomento estatal. A legislação federal brasileira, contudo, ainda não trata do assunto com o devido cuidado. Há um descompasso entre a importância do tema para o país, de um lado, e a insuficiência da legislação que o rege, de outro. Com este pano de fundo, esta tese descreve, primeiramente, qual é o direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos da União para o terceiro setor. Em segundo lugar, aponta alguns dos principais problemas deste direito. Finalmente, sugere soluções para o seu aperfeiçoamento. Como ponto de partida para essas três vertentes de investigação, a tese trabalha com a hipótese de que tal controle é disciplinado por uma complexa teia de textos normativos que necessita ser reformada. O resultado das investigações é a confirmação desta hipótese, à medida que são reunidas evidências de que o quadro normativo geral é demasiado complexo, lacônico, excessivamente talhado pela via infralegal, descompassado com a Constituição Federal e ainda ineficaz – a despeito de suas últimas reformas –, demandando, sim, uma reforma legislativa. Com inspiração em projetos e anteprojetos de lei, assim como nas experiências espanhola e estadunidense pertinentes ao assunto e, ainda, levando em conta o diagnóstico de problemas efetuado, a tese defende seis medidas para reforma da legislação brasileira. Sustenta que tais medidas podem contribuir para a solução de parcela importante dos problemas da legislação vigente, tornando o controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor mais democrático e consentâneo com os princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade, motivação e eficiência.

Palavras-chave: terceiro setor, entidades privadas sem fins lucrativos, controles externo e interno da administração pública, recursos públicos, parcerias, fomento, transferências, subvenções.

## **ABSTRACT**

In a context of growth in the volume of government transfers to nonprofit organizations, as well as in the number of partnerships between the state and these entities, there is also a growing need for the state to control its own funding policies and the use of the transferred resources. Simultaneously, the media, the state controlling agencies and the legal academia manifest their concern with the corruption involved in the destination of those resources and the inefficiency in its application. They also face the challenge of strengthening the nonprofit sector while curbing illegal behavior and strengthening state control of government stimulus initiatives. The federal legislation, however, still does not cope with the matter in a cautious way. There is a mismatch between the importance of the subject to the country, on one hand, and the limitations of the legislation that should govern it, on the other hand. Against this backdrop, this thesis describes, first, what is the current law governing federal control of its own funding of nonprofit organizations. Second, it points out some of the key problems of the existing legislation. Finally, it suggests solutions for its improvement. As a starting point for these three lines of investigation, it works with the hypothesis that the state control over grants to nonprofits is regulated by a complex net of legal norms which needs to be reformed. The result of the investigations confirms this hypothesis, as the thesis assembles evidences of an existing legal framework extraordinarily complex, laconic, excessively tailored through regulations in lieu of statutes, not totally aligned with the Federal Constitution and inefficient in spite of its latest reforms – all these characteristics demanding, unequivocally, a statutory reform. Taking into account the diagnosis made and with an inspiration in bills and other legislative proposals in Congress, as well as in the Spanish and American experiences in the matter, the thesis pinpoints a number of six initiatives for the reform of the Brazilian legislation. It sustains that these initiatives should contribute to the solution of an important part of the flaws of the existing legislation, turning the state control of governmental transfers to nonprofits more democratic and tuned with constitutional principles governing the public administration, such as equality, publicity, reasoning and efficiency.

Key words: third sector, nonprofit organizations, external and internal control of the public administration, public resources, partnerships, stimulus, transfers, grants, subventions.

## RÉSUMÉ

Dans un contexte de croissance du volume d'acheminement de ressources publiques à des entités du troisième secteur (associations à but non lucratif), et en plus un croissant nombre de partenariat entre l'état et les dites entités, augmente aussi l'importance du contrôle de l'état sur ses politiques d'appui et d'application de recours transférés. Parallèlement, le média, les organismes d'état de contrôle et l'Académie Juridique manifestent leur préoccupation au sujet de la corruption lors de la destination des ressources transférées et du manque d'efficacité quand à l'emploi. Tous encore font face au défi de fortifier le troisième secteur, simultanément à l'affermissement du contrôle d'appui de l'état. La législation fédérale brésilienne, cependant, ne traite pas encore ce sujet de la façon qu'il mérite. Il y a un désaccord entre l'importance du sujet pour le pays, d'une part, et l'insuffisance de législation pour qui le contrôle d'autre part. Après les énoncés ci-dessus, cette thèse fait la description, premièrement, de l'état du droit en vigueur en matière de contrôle sur les transferts des ressources publiques de l'Union pour le troisième secteur. En second lieu, elle signale certains des principaux problèmes de ce chapitre du droit. Finalement, elle propose des solutions pour son perfectionnement. Comme point de partie pour ces trois lignes de recherche, la thèse travaille avec l'hypothèse que son contrôle est régi par un complexe réseau des textes normatifs qui doivent passer par une réforme. Le résultat des recherches est la confirmation de cette hypothèse. À fur et à mesure que les évidences sont réunies on constate un cadre normatif trop complexe, laconique, excessivement taillé sur les règlements, en désaccord avec la Constitution Fédérale et encore inefficace en dépit des derniers changements, demandant, certainement une réforme législative. S'inspirant sur les projets et avant-projets de loi, ainsi que les expériences espagnoles et nord-américaines à ce sujet, et, aussi, tenant compte du diagnostic des problèmes réalisés, la thèse défend six points pour actualiser la législation brésilienne. Elle soutient que ces mesures peuvent contribuer à la solution d'une partie importante des problèmes de la législation en vigueur, en transformant le contrôle de l'état sur les transferts de ressources publiques au troisième secteur plus démocratique et conforme aux principes constitutionnels d'impersonnalité, publicité, motivation et efficacité.

Mots clé: troisième secteur, associations à but non lucratif, contrôles externe et interne de l'administration publique, ressources publiques, partenariat, appui, subvention.

## AGRADECIMENTOS

Registro aqui a minha gratidão a pessoas que me apoiaram durante o período de elaboração desta tese.

Ao professor Sebastião Botto de Barros Tojal, por ter acreditado em meu trabalho, desta vez no Doutorado, e me orientado, pacientemente, nos momentos de necessidade.

Ao professor Carlos Ari Sundfeld, por ter me apoiado com o diálogo e com sua habitual generosidade sempre que solicitado.

Aos professores Susan Rose-Ackerman, Henry Hansmann, Jerry Mashaw, John Simon e Jill Manny, com os quais tive a oportunidade e a satisfação de dialogar sobre o direito norte-americano das entidades sem fins lucrativos, em diferentes ocasiões.

Às colegas Natasha Salinas e Janaina Schoenmaker, que gentilmente se dispuseram a conversar, em distintas ocasiões, sobre temas relacionados ao terceiro setor, dando-me valiosas sugestões de leitura.

Aos professores e colegas Jacintho Arruda Câmara, Vera Monteiro, Henrique Motta Pinto, Rodrigo Campos, Guilherme Jurksaitis e Liandro Domingos, pelo apoio que me deram ao longo desses anos.

A todos os colegas e professores de pós-graduação, no Brasil e nos Estados Unidos, com os quais aprendi e aprendo tanto.

Aos meus pais, Isabel e Giovani, e ao meu irmão André, pelo incentivo aos meus estudos e carinho sempre presentes.

À Cristina, minha amada, interlocutora de todas as horas, que viveu comigo os desafios da elaboração desta tese, por toda compreensão e apoio.

Registro, enfim, que, embora afoturnado pela oportunidade de elaboração do trabalho e pelo apoio de tantas pessoas, só a mim cabe a responsabilidade pelos seus desacertos.

## SUMÁRIO

Resumo.....	iv
<i>Abstract</i> .....	v
<i>Résumé</i> .....	vi
<b>Introdução</b> .....	1
<b>Parte 1. O DIREITO VIGENTE</b> .....	6
<b>Capítulo 1. Terceiro setor: direito e realidade</b> .....	8
1. A expressão “terceiro setor” e outras correlatas.....	8
2. O terceiro setor no Brasil: complexidade e diversidade.....	15
3. O fomento estatal ao terceiro setor.....	22
4. O controle da administração pública fomentadora.....	24
5. O controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor.....	27
5.1. Controle <i>do quê</i> .....	27
5.2. Controle <i>por quem?</i> .....	30
5.3. Controle <i>como e com quais finalidades?</i> .....	33
5.4. Em síntese.....	35
6. O direito vigente em matéria de controle do fomento estatal ao terceiro setor.....	36
Conclusão.....	40
<b>Capítulo 2. O fomento estatal ao terceiro setor e a técnica da subvenção</b> .....	42
Introdução.....	42
1. O fomento estatal: conceito e relevância atual.....	43
2. A paulatina submissão do fomento estatal ao império do direito.....	49
3. O fomento estatal <i>ao terceiro setor</i> também se “juridifica”.....	51
4. Duas disciplinas normativas: a da <i>atividade de interesse público</i> e a do <i>fomento estatal</i> .....	52
5. O fomento estatal e sua submissão a múltiplos ramos do direito.....	55
5.1. O fomento estatal e o Direito Constitucional.....	56
5.2. O fomento estatal e o Direito Orçamentário.....	60
5.3. O fomento estatal e o Direito Tributário.....	61
5.4. O fomento estatal e o Direito Financeiro.....	65
5.5. O fomento estatal e o Direito Administrativo.....	66
6. A transferência de recursos públicos para o terceiro setor.....	67
6.1. Conceito de subvenção.....	68
a) Recursos do erário público.....	69
b) Transferência.....	70
c) A fundo perdido.....	71
d) Em favor de particulares.....	72
e) Com a finalidade de fomento de atividade de interesse público.....	73
6.2. Conceito de transferência de recursos públicos.....	79
Conclusão.....	79
<b>Capítulo 3. Regimes Especiais de Controle</b> .....	81
Introdução.....	81
1. O controle prévio.....	85

1.1.	Proibições relativas à destinação de recursos.....	85
1.2.	Planejamento geral.....	86
1.3.	Credenciamento.....	88
1.4.	Processo de seleção.....	94
1.5.	Planejamento da execução de parceria.....	97
1.6.	Contrato de parceria.....	101
2.	O controle concomitante.....	104
2.1.	Proibições relativas à aplicação de recursos.....	104
2.2.	Processo de contratação de fornecedores.....	106
2.3.	Acompanhamento da execução.....	109
3.	O controle posterior.....	115
3.1.	Prestação de contas.....	115
3.2.	Infrações e sanções administrativas.....	120
	Conclusão.....	122
<b>Capítulo 4. Regime Orçamentário-Financeiro.....</b>		<b>126</b>
	Introdução.....	126
1.	Formas de destinação de recursos ao setor privado.....	128
2.	O setor privado legitimado a receber transferências.....	131
3.	Requisitos para transferências a entidades privadas sem fins lucrativos.....	131
4.	Requisitos fixados nas LDO federais.....	132
4.1.	Objetos vedados.....	133
4.2.	Transferência a título de subvenção social.....	134
4.3.	Transferência a título de auxílio.....	137
4.4.	Transferência a título de contribuição corrente.....	138
4.5.	Transferência a título de contribuição de capital.....	139
4.6.	Outros requisitos.....	140
4.7.	A importância dos sistemas informatizados de gestão.....	144
	Conclusão.....	147
<b>Capítulo 5. Regime do Controle Interno.....</b>		<b>150</b>
	Introdução.....	150
1.	Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.....	152
1.1.	Visão geral: objetivos, ferramentas e estrutura.....	152
1.2.	O controle na prática.....	158
2.	Síntese.....	166
	Conclusão.....	167
<b>Capítulo 6. Regime do Controle Externo.....</b>		<b>169</b>
	Introdução.....	169
1.	Visão geral: objetivos, ferramentas e estrutura.....	169
2.	O controle na prática.....	178
2.1.	As “CPIs das ONGs”.....	178
2.2.	A jurisprudência do TCU em matéria de transferências.....	191
a)	Transferências a Entidades Conveniadas.....	193
b)	Transferências às OSCIP.....	200
c)	Transferências intergovernamentais.....	206
d)	Transferências a ONGs.....	210
e)	Transferências em geral.....	217
3.	Síntese.....	220
3.1.	Publicidade às transferências.....	220

3.2.	Influência na produção normativa sobre processo de seleção de entidades parceiras.....	221
3.3.	Influência na produção normativa sobre seleção de fornecedores.....	223
3.4.	Aperfeiçoamento do controle estatal.....	224
3.5.	Auditorias focalizadas em transferências a ONGs.....	226
	Conclusão.....	227
<b>Parte 2.</b>	<b>OS PRINCIPAIS DESAFIOS.....</b>	<b>230</b>
<b>Capítulo 7.</b>	<b>Problemas fundamentais do vigente sistema de controle estatal.....</b>	<b>232</b>
	Introdução.....	232
1.	Lacônica disciplina <i>legal</i> da matéria e instabilidade jurídica.....	232
2.	Alcance ainda restrito das inovações importantes do final dos anos 90.....	235
3.	Redundância perniciosa de regimes jurídicos.....	246
4.	Indefinição de paradigma: controle de meios ou controle de resultados?.....	249
	Conclusão.....	252
<b>Capítulo 8.</b>	<b>Problemas relativos ao controle prévio.....</b>	<b>253</b>
	Introdução.....	253
1.	Planejamento.....	254
1.1.	Déficit democrático no planejamento do fomento estatal.....	254
2.	Credenciamento.....	262
2.1.	Redundâncias.....	262
a)	Títulos de Utilidade Pública e Entidade Beneficente de Assistência Social.....	262
b)	Títulos de OS e OSCIP.....	265
2.2.	Discrecionabilidade na outorga.....	270
2.3.	Lacônica disciplina.....	273
3.	Processo de seleção.....	284
3.1.	Menoscabo ao princípio da igualdade.....	284
3.2.	Clientelismo na elaboração da lei orçamentária anual.....	294
4.	Contratualização.....	298
4.1.	Tratamento único para parcerias público-públicas e público-privadas.....	298
a)	O convênio ou os convênios.....	298
b)	O excessivo viés de parceria intergovernamental do convênio.....	304
c)	Conseqüências perniciosas do viés de parceria intergovernamental do convênio.....	307
4.2.	Excessiva fragmentação do regime de parcerias público-privadas.....	312
	Conclusão.....	318
<b>Capítulo 9.</b>	<b>Problemas relativos ao controle concomitante.....</b>	<b>319</b>
	Introdução.....	319
1.	Processo de contratação de fornecedores.....	319
1.1.	A impropriedade da licitação.....	319
2.	Acompanhamento da execução do objeto.....	330
2.1.	Lacônica disciplina legal da matéria.....	330
2.2.	Acompanhamento falho ou inexistente.....	332
	Conclusão.....	333
<b>Capítulo 10.</b>	<b>Problemas relativos ao controle posterior.....</b>	<b>335</b>
	Introdução.....	335
1.	Lacônica disciplina legal da prestação de contas final.....	336
2.	Controle falho ou a destempo da prestação de contas.....	338
3.	Prestação de contas dos resultados alcançados ou dos meios empregados?.....	340

Conclusão.....	344
<b>Parte 3. AS REFORMAS PROPOSTAS.....</b>	<b>346</b>
<b>Capítulo 11. Soluções em projetos e anteprojetos de lei.....</b>	<b>348</b>
Introdução.....	348
1. Panorama.....	348
1.1. Projetos de lei.....	348
1.2. Anteprojetos de lei.....	352
2. Análise.....	357
2.1. Um conceito jurídico de terceiro setor.....	357
a) Projetos de lei.....	357
b) Anteprojetos de lei.....	358
2.2. Cadastros nacionais.....	363
a) Projetos de lei.....	363
b) Anteprojetos de lei.....	365
2.3. Credenciamento de entidades.....	368
a) Projetos de lei.....	368
b) Anteprojetos de lei.....	371
2.4. Processo de seleção.....	371
a) Projetos de lei.....	371
b) Anteprojetos de lei.....	374
2.5. Contrato de parceria.....	378
a) Projetos de lei.....	378
b) Anteprojetos de lei.....	378
2.6. Prestação de contas.....	382
a) Projetos de lei.....	382
b) Anteprojetos de lei.....	385
Conclusão.....	388
<b>Capítulo 12. Soluções no direito estrangeiro.....</b>	<b>390</b>
Introdução.....	390
1. O direito estadunidense.....	391
1.1. Tipos de entidades privadas sem fins lucrativos.....	392
1.2. Legislação.....	394
1.3. Regulação.....	399
1.4. Análise.....	403
a) Diferenças com relação ao caso brasileiro.....	403
b) Semelhanças com relação ao caso brasileiro.....	407
2. O direito espanhol.....	412
2.1. Legislação.....	412
a) Registro de associações.....	418
b) Declaração de associações como de utilidade pública.....	420
c) Objeto da <i>Lei Geral de Subvenções</i> .....	422
d) Etapa inicial: planejamento e concessão.....	426
e) Etapa intermediária: gestão, prestação de contas, liberação e controle financeiro.....	431
f) Etapa final: reintegração de valores e sancionamento de infratores.....	440
g) Transparência das medidas de fomento.....	443
2.2. Análise.....	446
a) Comparação com o caso brasileiro: problemas fundamentais.....	449

b) Comparação com o caso brasileiro: controle prévio.....	450
c) Comparação com o caso brasileiro: controle concomitante.....	452
d) Comparação com o caso brasileiro: controle posterior.....	454
Conclusão.....	455
<b>Capítulo 13. Soluções propostas: por uma reforma da legislação de controle.....</b>	<b>457</b>
Introdução.....	457
1. Pontos centrais da reforma proposta.....	458
2. Detalhamento e justificativa de cada solução proposta.....	462
2.1. Planejamento mediante consulta pública.....	462
2.2. Credenciamento objetivo e diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas.....	465
2.3. Processo de seleção universal e lastreado em publicidade, igualdade e motivação.....	468
2.4. Regime mínimo e universal de contratação administrativa.....	471
2.5. Ênfase no controle estatal de resultados.....	475
2.6. Ampliação da transparência e do controle social.....	480
3. Conclusão.....	485
3.1. Soluções para problemas fundamentais.....	485
3.2. Soluções para problemas de controle prévio.....	487
3.3. Soluções para problemas de controle concomitante e posterior.....	488
<b>Conclusões.....</b>	<b>489</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>504</b>

## SUMÁRIO DE TABELAS E QUADROS

Quadro 4.1:	Tipos de transferência segundo a LRF.....	130
Tabela 1.1	Fomento estatal ao terceiro setor e controle do fomento estatal ao terceiro setor: finalidades e técnicas.....	34
Tabela 1.2:	Regimes jurídicos de controle do fomento estatal ao terceiro setor.....	38
Tabela 2.1:	Finalidades do fomento estatal ao terceiro setor, segundo técnicas de fomento, de acordo com o direito brasileiro.....	74
Tabela 3.1:	Os Regimes Especiais e as técnicas de controle das subvenções ao terceiro setor.....	83
Tabela 4.1:	Leis de Diretrizes Orçamentárias federais examinadas.....	127
Tabela 4.2:	Leis de Diretrizes Orçamentárias federais: objetos que não podem ser socorridos com recursos orçamentários.....	133
Tabela 4.3:	Requisitos para a destinação de subvenções sociais nas LDO federais.....	137
Tabela 4.4:	Requisitos para a destinação de auxílios nas LDO federais.....	138
Tabela 4.5:	Requisitos para a destinação de contribuições correntes nas LDO federais.....	139
Tabela 4.6:	Requisitos para a destinação de contribuições de capital nas LDO federais.....	140
Tabela 4.7:	Outros requisitos gerais para as subvenções sociais, auxílios e contribuições nas LDO federais.....	141
Tabela 4.8:	Disponibilização de dados sobre contratos e convênios no SIAFI, SIASG e SICONV, segundo as LDO federais.....	146
Tabela 4.9:	A Internet e a transparência da destinação de recursos federais ao setor privado	147
Tabela 5.1:	Valor total, em Reais, das transferências feitas pelo governo federal a entidades sem fins lucrativos, por ano.....	163
Tabela 6.1:	Acórdãos citados do TCU sobre controle das transferências financeiras da União.....	192
Tabela 7.1	Problemas fundamentais relativos ao controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor.....	232
Tabela 8.1:	Problemas relativos ao controle prévio das transferências de recursos públicos para o terceiro setor.....	254
Tabela 8.2:	Lacunas nas leis que disciplinam o credenciamento de entidades privadas sem fins lucrativos.....	276
Tabela 8.3:	Os regimes jurídicos das parcerias.....	302
Tabela 9.1:	Problemas relativos ao controle concomitante às transferências de recursos públicos para o terceiro setor.....	319
Tabela 10.1:	Problemas relativos ao controle posterior às transferências de recursos públicos para o terceiro setor.....	335
Tabela 11.1:	Proposições no Congresso Nacional para reforma da legislação do terceiro setor.....	351
Tabela 11.2:	Anteprojeto de lei sobre reforma da legislação do terceiro setor.....	354
Tabela 13.1:	Sugestões de aprimoramento do direito vigente.....	459

## INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro transfere recursos públicos, crescentemente, a entidades privadas sem fins lucrativos que atuam em seu território. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),<sup>1</sup> existiam aproximadamente 338,2 mil fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil em 2005.<sup>2</sup> O número de entidades do gênero – chamadas “FASFIL” no levantamento feito pelos institutos brasileiros – teve crescimento significativo no interregno de 1996 a 2005: foi da ordem de 215,1% entre 1996 e 2005, saltando do patamar das 107,3 mil entidades em 1996 para o das 338,2 mil entidades em 2005.<sup>3</sup> Parcela significativa dessas entidades recebe algum tipo de recurso público do Estado, seja sob a forma de transferências – subvenções sociais, auxílios ou contribuições, na terminologia da legislação orçamentária –, seja sob outras forma indiretas, como isenções tributárias.<sup>4</sup> Doadores privados, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, também se beneficiam financeiramente do fomento estatal às entidades privadas sem fins lucrativos, pois o Estado lhes concede que suas doações privadas sejam revertidas em seu benefício sob a forma de deduções ou benefícios tributários.

Ao mesmo tempo em que esta transferência de recursos públicos ao setor privado sem fins lucrativos torna-se paulatinamente mais significativa, setores da mídia, dos órgãos de controle e da academia jurídica manifestam preocupação com a corrupção na destinação desses recursos e com a ineficiência no seu emprego. Desde a última reforma legislativa atinente ao fomento estatal ao terceiro setor, ao final da década de 90 do século XX, que teve como marcos as Leis das Organizações Sociais (OS) e das Organizações da Sociedade Civil de

---

<sup>1</sup> Cf. BRASIL, IBGE, *As Associações Privadas e Fundações Sem Fins Lucrativos no Brasil 2005*, Rio de Janeiro, IBGE, 2008 (doravante denominado *FASFIL 2005*). A *FASFIL 2005* está disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/fasfil.pdf> (acesso em 17.12.2008).

<sup>2</sup> O exato número era: 338.162 fundações privadas e associações sem fins lucrativos. Cf. *ibid.*, p. 21 (“Tabela 3 – Número de Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”).

<sup>3</sup> Os números exatos deste crescimento foram: de 107.332 entidades em 1996 para as 338.162 entidades, como mencionado, em 2005. Cf. *ibid.*, p. 46 (“Tabela 21 – Evolução das entidades constantes no Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, em números absolutos e percentual de variação – Brasil – 1996/2004”).

<sup>4</sup> Dados do Portal da Transparência, mantido pelo do governo federal na Internet, revelam que, no ano de 2008, mais de 3,4 bilhões de reais foram transferidos pela União para entidades sem fins lucrativos (cf. <http://www.portaldatransparencia.gov.br>; acesso em 1º.07.2009). A respeito do volume anual de transferências desde 2004, extraído do citado Portal, cf. **capítulo 5** desta tese.

Interesse Público (OSCIP)<sup>5</sup>, houve ao menos duas comissões parlamentares de inquérito (CPIs) instauradas no Congresso Nacional e focadas na apuração de fatos diretamente relacionados a organizações não-governamentais (ONGs), diversos projetos de lei apresentados para a introdução de alterações na legislação setorial<sup>6</sup>, duas auditorias do Tribunal de Contas da União (TCU) focadas em ajustes celebrados entre o Poder Público e entidades do terceiro setor<sup>7</sup> e, recentemente, significativa elaboração normativa por parte do Poder Executivo federal, seja pela via de atos normativos infralegais, seja pela via de medida provisória.<sup>8</sup> Todo este interesse pelo terceiro setor e, em especial, por problemas atinentes ao controle estatal das transferências de recursos públicos para a iniciativa privada sem fins lucrativos, esteve fomentado por denúncias ou suspeitas de corrupção e desvios de recursos transferidos noticiadas pela mídia.

Tal contexto – no qual cresce a subvenção pública ao terceiro setor, de um lado, e surgem notícias de irregularidade e corrupção, de outro – demanda reflexão sobre o direito brasileiro em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para a iniciativa privada sem fins lucrativos.

Com vistas a contribuir para esta reflexão, a presente tese pretende enfrentar três questões fundamentais. Primeiramente, quais são os principais aspectos do direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para entidades do terceiro setor na esfera federal? Em segundo lugar, quais os seus principais problemas? Finalmente, como este direito pode ser aperfeiçoado com vistas ao enfrentamento dos problemas diagnosticados?

Como ponto de partida para o enfrentamento destas três indagações, a hipótese com a qual se trabalha é a de que, em matéria de controle estatal das transferências de recursos ao terceiro setor, há um direito constituído por uma complexa teia de textos normativos, excessivamente fragmentados, que resultam em normas repletas de lacunas e insuficiências,

---

<sup>5</sup> Leis 9.637, de 15 de maio de 1998 e 9.790, de 23 de março de 1999, respectivamente. Sobre o conteúdo dessas leis e sua comparação com o direito anterior, *cf.* **capítulo 3**.

<sup>6</sup> Foram a CPIs realizadas,  *grosso modo*, em 2001/2002 e 2008/2009. A respeito dessas CPIs, *cf.* **capítulo 6**.

<sup>7</sup> Sobre tais auditorias, *cf.* **capítulo 6**.

<sup>8</sup> Sobre esta elaboração normativa por parte do Poder Executivo, *cf.* **capítulo 3**.

compondo um quadro normativo que necessita ser reformado. Parte-se da suspeita, noutras palavras, de que problemas no próprio direito que disciplina o controle dessas transferências contribuem, em certa medida, para o contexto de irregularidades crescentemente evidenciado. E acredita-se que tais problemas jurídicos mereçam diagnóstico preciso e que as normas vigentes podem ser aprimoradas em busca de soluções. A hipótese é cabalmente confirmada ao longo do trabalho, por uma série de evidências nele reunidas e sistematizadas.

O trabalho está dividido em três partes, cada qual dedicada a responder a uma das três questões que o movem. Num primeiro momento procura-se identificar e descrever aspectos relevantes do direito vigente em matéria de controle, por parte do Estado brasileiro, sobre as transferências de recursos públicos para entidades privadas sem fins lucrativos. A busca pela compreensão deste direito não prescinde do apontamento de alguns dados relevantes sobre a realidade que o circunda. Tudo isso se faz na **parte 1**.

Nela, o **capítulo 1** estrutura-se ao redor da noção de *terceiro setor*, procurando reunir dados estatísticos a respeito das entidades que o compõem no Brasil e apontar em linhas gerais o tratamento jurídico que lhe é dado no país. No mesmo capítulo delimita-se, ademais, o objeto da tese, situando o *controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor* como uma vertente do controle da administração pública fomentadora. O **capítulo 2** explora mais detidamente a noção de administração pública fomentadora, esclarecendo que uma de suas técnicas é a *subvenção ou transferência de recursos públicos*, muito empregada para fins de fomento a entidades privadas sem fins lucrativos. Passa-se a enfrentar diretamente, nos demais capítulos desta primeira parte, o desafio de descrever aspectos do direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. O **capítulo 3** cuida de explorar os diversos sistemas normativos que se voltam ao assunto – seis ao todo –, apelidados, para os fins desta tese, de **Regimes Especiais de Controle**. São os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública, das Entidades Benéficas de Assistência Social, das Fundações de Apoio, das Entidades Conveniadas, das OS e das OSCIP**. Na seqüência, os **capítulos 4, 5 e 6** cuidam de explorar outros três sistemas normativos que também servem ao controle estatal das transferências em questão, embora não tenham nisto o seu foco. Formam o bloco dos **Regimes Gerais de Controle**,

assim apelidados para os fins desta tese. São os **Regimes Orçamentário-Financeiro, de Controle Interno e de Controle Externo**. Com isto finaliza-se a apresentação de um quadro geral descritivo de aspectos relevantes do direito brasileiro pertinente ao tema do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor.

Nesta primeira parte do trabalho, mais importantes do que a fotografia do direito positivo – *o que ele é* – são as impressões que fotografia permite acerca do que *ele não é*, assim como do que *ele poderia ser*. Deveras, este panorama descritivo já contém as sementes do que se desenvolverá nas partes subseqüentes da tese, quando se apontam os problemas do direito em vigor e se buscam soluções. Afinal, a tese ambiciona, para além de alguma descrição do que o direito efetivamente é – árdua por si só, dado o cipoal normativo que o caracteriza –, contribuir para uma reflexão sobre o que ele poderia ser. E fica claro, a partir do grande esforço necessário para se mencionar apenas aspectos relevantes do direito aplicável à matéria, que se faz útil um diagnóstico de alguns de seus principais problemas. Este diagnóstico é feito na **parte 2** do trabalho.

É nesta segunda parte da tese que se busca enfrentar a questão: afinal, se o direito vigente parece problemático, quais são exatamente estes problemas? Parte-se da constatação de que existem problemas fundamentais, que perpassam toda a atividade de controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, e problemas mais pontuais, que dizem respeito apenas a aspectos e momentos específicos do exercício do controle. Assim, os problemas fundamentais são identificados e descritos no **capítulo 7**, reservando-se para os **capítulos 8, 9 e 10** o tratamento dos problemas mais pontuais, atinentes, respectivamente, ao controle estatal incidente *antes* dos ajustes de transferência de recursos públicos, *concomitantemente* à execução desses ajustes e *após* esta execução. Fica comprovada, ao cabo desta segunda parte, a hipótese inicialmente levantada, de que existem problemas no próprio direito que rege o controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor, que dão margem, por sua insuficiência, a desvios na aplicação de recursos.

Segue-se o derradeiro passo do caminho percorrido pela tese, consubstanciado na **parte 3**, em que se apresentam e se discutem soluções para os problemas previamente

identificados. Procura-se, afinal, responder à questão: como aprimorar um direito que enfrenta os problemas identificados? Neste sentido são levantadas e discutidas, no **capítulo 11**, soluções apresentadas em proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, assim como em anteprojetos de lei existentes que tangenciam aspectos do controle estatal sobre as transferências de recursos ao terceiro setor. No **capítulo 12** passa-se a descrever e examinar soluções existentes nos direitos estadunidense e espanhol, cuja análise é útil seja pela pujança do terceiro setor nos Estados Unidos da América, seja pelo cuidadoso tratamento das subvenções públicas na Espanha.<sup>9</sup> No **capítulo 13**, enfim, com base em toda a investigação realizada ao longo do trabalho – que produziu um retrato do direito vigente no Brasil, de alguns de seus problemas e de possíveis alternativas para o seu enfrentamento –, apresenta-se uma proposta de reforma do direito em vigor, baseada em seis tópicos: *i*) planejamento da constituição de vínculos de fomento e parceria mediante consulta pública, *ii*) credenciamento objetivo e diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas, *iii*) processo de seleção universal e lastreado em publicidade, igualdade e motivação, *iv*) regime mínimo e universal de contratação administrativa, *v*) ênfase no controle estatal de resultados e *vi*) ampliação da transparência e do controle social. Dita proposta, em sua maior parte, vem apoiar as proposições constantes do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, de 2009, para a disciplina dos vínculos de colaboração entre Estado e terceiro setor.<sup>10</sup> Ao final apresentam-se **conclusões** que sintetizam as principais constatações feitas e proposições defendidas ao longo da tese.

---

<sup>9</sup> As citações da legislação e da doutrina estrangeiras neste capítulo, como, de resto, em toda a tese, é feita em vernáculo, mediante tradução livre deste autor.

<sup>10</sup> A respeito desse anteprojeto de lei, *cf.* **capítulo 11**.

## **PARTE 1 – O DIREITO VIGENTE**

## **PARTE 1**

### **O DIREITO VIGENTE**

Esta **primeira parte** segue dedicada, fundamentalmente, à apresentação de um panorama do direito vigente acerca do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. O panorama normativo é, contudo, antecedido da apresentação de uma visão panorâmica da realidade do terceiro setor no Brasil e, ainda, da delimitação do objeto do trabalho.

Neste sentido, o **capítulo 1** explora a noção de terceiro setor e a sua configuração na realidade brasileira, apontando, ainda, em linhas gerais, o tratamento jurídico que lhe é dado no país. Delimita, ainda, o objeto da tese, situando o dito *controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor* como uma vertente do controle da administração pública fomentadora. O **capítulo 2** explora a noção de administração pública fomentadora e esclarece que uma de suas técnicas é a *subvenção ou transferência de recursos públicos*. Os **capítulos 3, 4, 5 e 6** já enfrentam diretamente o desafio de descrever as aspectos relevantes do direito pertinente à matéria. Assim, no **capítulo 3** cuida-se dos seis **Regimes Especiais de Controle – das Entidades de Utilidade Pública, das Beneficentes de Assistência Social, das Fundações de Apoio, das Conveniadas, das OS e das OSCIP**. Nos demais capítulos são tratados os **Regimes Gerais de Controle – o Regime Orçamentário-Financeiro no capítulo 4, o do Controle Interno no capítulo 5 e o do Controle Externo no capítulo 6**. Constrói-se, assim, um panorama descritivo do direito positivo, que servirá de pano de fundo para as etapas subsequentes do trabalho.

## CAPÍTULO 1

### TERCEIRO SETOR: DIREITO E REALIDADE

1. A expressão “terceiro setor” e outras correlatas: significados. 2. O terceiro setor no Brasil: complexidade e diversidade. 3. O fomento estatal ao terceiro setor. 4. O controle da administração pública fomentadora. 5. O controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. 5.1. Controle *do quê*. 5.2. Controle *por quem*? 5.3. Controle *como* e *com quais finalidades*? 5.4. Em síntese. 6. O direito vigente em matéria de controle do fomento estatal ao terceiro setor. Conclusão.

#### 1. A expressão “terceiro setor” e outras correlatas

A expressão “terceiro setor” designa o conjunto de entidades que não fazem parte nem do mercado (“primeiro setor”) nem do Estado (“segundo setor”), mas de uma terceira seara da vida em sociedade. Nesta seara, os agentes realizam atividades de interesse público, sem, no entanto, almejarem o lucro como o fazem os agentes de mercado, e sem, tampouco, integrarem o aparelho do Estado como ocorre com os órgãos e entidades governamentais. O uso da expressão disseminou-se no Brasil e no mundo, a ponto de tornar-se lugar comum na literatura das ciências políticas e sociais e rivalizar com outras denominações empregadas para designar o mesmo fenômeno.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Um panorama das expressões encontradas na literatura, especialmente a norte-americana (mas não só), para designar este universo de organizações e atividades – “terceiro setor”, “setor sem fins lucrativos”, “setor do voluntariado”, “setor das organizações não-governamentais (ONGs)”, “setor independente”, “setor das entidades das isentas de tributação”, “setor das instituições filantrópicas ou de caridade”, “dos comuns” e “das organizações não-proprietárias” –, pode ser encontrado no livro de Peter FRUMKIN, *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*, pp. 10-16. Nele, o professor da *Kennedy School of Government* da Universidade de Harvard aponta os períodos históricos em que cada uma dessas expressões esteve em evidência, as principais razões que motivaram o seu emprego, bem como as virtudes e imperfeições de cada qual. Constata, em suma, que o processo de busca de um único termo para designar esta esfera de atividades tem sido longo e conflituoso, que cada um dos termos já disseminados tem a sua própria bagagem histórica e política e que o debate terminológico continua ainda hoje. Na sua avaliação, isto se deve, nalguma medida, à diversidade de atividades a serem cobertas, seja qual for o termo escolhido. Sugere que conhecer este debate é importante, de todo modo, pois ele serve para ilustrar o escopo do setor, mesmo que “...a defesa definitiva de qualquer termo em particular seja impossível”. Cf. *ibid.*, p. 10.

No Brasil, o terceiro setor costuma ser identificado, mais precisamente, como *o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, não estatais, sem fins lucrativos e voltadas à persecução de finalidades de interesse público*. É este também o significado com que a expressão segue empregada nesta tese.

Um aspecto marcante das entidades do terceiro setor, no sentido assinalado, reside na circunstância de que são entidades que se dedicam a finalidades de interesse público. Atuam, em suma, em prol de interesses públicos. Este aspecto costuma ser realçado para o fim de distingui-las das ditas “entidades de benefício mútuo”, que, embora não estatais, privadas e sem fins lucrativos, têm por missão a promoção de interesses de um grupo exclusivo de associados – como é o caso, geralmente, dos clubes recreativos. Dessa forma, apartam-se, de um lado, as “entidades de benefício mútuo”, cuja clientela restringe-se aos seus associados e, de outro, as “entidades de benefício público”, ou do terceiro setor, que têm como clientela o público em geral.

A diferenciação não está isenta de dificuldades, já que nem sempre é fácil a distinção entre a entidade que atua em benefício de seus associados e aquela que tem clientela incerta. Como alertou Joaquim FALCÃO, por mais que seja de benefício público, uma entidade faz sempre seleção de sua clientela. E com o passar do tempo, “... no dia-a-dia operacional, a clientela vai ficando cada vez menos incerta e cada dia mais selecionada. A entidade de benefício público, por motivos operacionais, tende a se assemelhar mais e mais à entidade de benefício mútuo.”<sup>2</sup> A distinção, portanto, não é infalível. Todavia, em que pesem as possíveis dificuldades na sua aplicação prática, tem sido adotada para circunscrever o universo do terceiro setor ao das entidades consideradas de benefício público.

Também é freqüente no Brasil o uso a expressão “organizações não-governamentais”, ou ONGs. O uso da expressão difundiu-se mundialmente a partir dos anos 70 do século passado e, ainda hoje, permanece popular em diversos países. Peter FRUMKIN especula a razão desta popularidade mundial do termo, especialmente em países em desenvolvimento:

---

<sup>2</sup> *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 171.

“O que é interessante sobre o termo ‘não-governamental’ é o fato de que ele define estas organizações independentes em oposição ao governo, em vez de em oposição às empresas de negócio. Uma possível explicação para a popularidade do termo internacionalmente é o poder e a dominação que o estado usufrui em vários países em desenvolvimento e a relativa ausência de uma oposição organizada. O setor é então definido como aquele que não é parte do estado, em vez de como aquele que não está orientado para fins lucrativos. Esta escolha também reflete, implicitamente, o papel opositor de organizações não-governamentais locais, as quais realmente desafiam governos e exigem-lhes que prestem contas.”<sup>3</sup>

Independentemente deste seu viés de definir-se por oposição ao governo, a expressão ONG, tal como usualmente empregada, assemelha-se à de terceiro setor na medida em que tanto uma quanto a outra servem para designar entidades que partilham os traços de não pertencerem à estrutura governamental, serem organizações privadas, não terem finalidade lucrativa e terem por missão alguma atividade de interesse público. Sem embargo, as ONGs não raro são vistas como mero subconjunto do terceiro setor – não o seu todo. É assim que as vê, por exemplo, Simone de Castro Tavares COELHO, para quem as ONGs corresponderiam a uma fração do terceiro setor constituída por organizações criadas recentemente e dedicadas a atividade de interesse público estreitamente ligada a algum aspecto da cidadania; corresponderiam, em suma, àquela fração constituída por organizações mais modernas e dedicadas à promoção da cidadania.<sup>4</sup>

A distinção entre as ONGs e o restante do terceiro setor também pode ser encarada como uma expressão da classificação entre entidades “assistencialistas”, de um lado, e entidades “político-mobilizadoras”, de outro, que seriam as ONGs. Os diferenciais entre “assistencialistas” e “político-mobilizadoras” seriam muitos, todos bem sintetizados por

---

<sup>3</sup> *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*, pp. 11-12.

<sup>4</sup> Com efeito, em sua obra *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, fruto de tese de doutoramento defendida na USP sob a orientação de Ruth Cardoso, Simone de Castro Tavares COELHO identifica esta peculiaridade do universo das ONGs no Brasil. Sustenta que “ONGs” é uma denominação que expressa certa “carga de valores positivos ligados à cidadania” (*ibid.*, p. 64) e observa, ainda, que “...quando pesquisadores e ativistas utilizam o termo ‘organização não-governamental’ estão se referindo a *uma parte ou subconjunto* dessas entidades [as do terceiro setor] – aquelas mais modernas, voltadas para defesa da cidadania.” *Ibid.*, p. 65. Aponta, para ilustrar essa diferenciação, que várias entidades da Região Metropolitana de São Paulo, dedicadas à educação infantil e investigadas em sua pesquisa, não se identificaram como ONGs, embora apresentassem todos os traços característicos de entidades do terceiro setor. *Cf. ibid.*, p. 67.

Joaquim FALCÃO.<sup>5</sup> É suficiente destacar aqui, apenas como ilustração, três dos diferenciais apontados pelo jurista: *i*) as “assistencialistas” são “mais antigas, criadas, sobretudo, até a década de 70”; *ii*) “não pretendem representar politicamente seus públicos-alvo”; e *iii*) “atuam nos seguimentos clássicos da assistência social, como creches, asilos, hospitais e esportes, ou no setor de artes e cultura, através de fundações”. Já as “político-mobilizadoras” são: *i*) “mais jovens, surgem basicamente a partir dos anos 70, na luta pela redemocratização e pelos direitos humanos”; *ii*) pretendem, sim, “representar politicamente e defender os direitos de seus públicos-alvo perante governos”; e *iii*) “atuam com meios e em áreas mais politizadas, como assessoria e consultoria, defesa de direitos e de minorias, combate à desigualdade socioeconômica, mobilização comunitária e ecologia”.<sup>6</sup> É na categoria das “político-mobilizadoras” que parece enquadrar-se o universo das ONGs.

De qualquer forma, é preciso reconhecer que resta um tanto nebulosa a linha demarcatória do subconjunto das ONGs dentro do conjunto mais amplo do terceiro setor. Por vezes, as expressões são empregadas de maneira intercambiável, sem preocupação com eventuais distinções de alcance, como se ONGs e terceiro setor fossem a mesma coisa.

Vale observar que também é comum, no Brasil, o uso da expressão “instituições filantrópicas” ou “benéficas”, também para designar universo semelhante, mas não idêntico, ao das entidades do terceiro setor. A expressão realça a essência da missão dessas entidades, que seria a de servir, com compaixão ou desinteressadamente, ao próximo. Seu uso, porém, é inconveniente para designar todo o universo de entidades do terceiro setor, não apenas pela dificuldade de surpreender-se na realidade concreta esta carga psicológica de compaixão ou desinteresse que a filantropia quer designar, mas, sobretudo, pelo fato de o direito brasileiro já ter reservado expressões como “entidade com fins filantrópicos”, “instituições filantrópicas” ou “entidade benéfica de assistência social” para a designação de um universo mais restrito de entidades, que não esgota a variedade de organizações do

---

<sup>5</sup> Sobre a lista completa de traços diferenciais, cf. *Democracia, direito e terceiro setor*, pp. 166-168.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 167.

terceiro setor.<sup>7</sup> Tudo isso torna o universo subjacente à expressão “instituições filantrópicas” e outras variantes algo difícil de se delimitar, talvez uma mera fração do terceiro setor também.

Ainda é comum no Brasil o uso da expressão “entidades privadas sem fins lucrativos”. A expressão traz a dificuldade de reportar-se a um universo muito grande de entidades, bastante variadas entre si. Tem alcance mais amplo que a expressão terceiro setor, pois refere indistintamente as entidades de benefício mútuo e as de benefício público. Reúne sob a mesma designação entidades paraestatais, como o são várias autarquias profissionais no país, com entidades verdadeiramente da iniciativa privada, sem fins lucrativos. De resto, a dificuldade de precisar-se a abrangência da expressão não é sentida só no Brasil; nos Estados Unidos é difícil precisar-se o alcance, também, de sua correspondente na língua inglesa, “*nonprofit organizations*”<sup>8</sup>

O que se pode concluir deste breve passeio pela terminologia utilizada para a designação do setor que não representa o mercado, tampouco o Estado, mas um universo singular, é que o debate terminológico com vistas a melhor designá-lo persiste ainda hoje no mundo e, também, no Brasil. Diante deste cenário de multiplicidade de nomenclaturas e significados, torna-se importante reconhecer qual a acepção ou significado de cada expressão no contexto em que é empregada. O uso de todas as denominações, em princípio, é possível, desde que esclarecido o seu significado – sobretudo nos discursos que almejam alto coeficiente de precisão.

---

<sup>7</sup> Trata-se do universo das *organizações de assistência social*, assim denominadas na Lei de Organização da Assistência Social (Lei 8.742/93, também referida como LOAS). Cada uma dessas organizações pode pleitear, ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), a sua certificação como “Entidade Beneficente de Assistência Social”, que até pouco tempo era chamado de certificado de “Entidade de Fins Filantrópicos”.

<sup>8</sup> Marion R. FREMONT-SMITH, que é professora de *Harvard* e uma das maiores especialistas no direito norte-americano das *nonprofit organizations*, afirma que a nomenclatura jurídica empregada para referir-se às diversas organizações sem fins lucrativos é confusa e torna-se ainda mais confusa pelas variadas tentativas de se descrever todo o seu universo. Observa que, em reconhecimento à circunstância de que tais organizações constituem parte da economia americana não controlada seja pelo mercado, seja pelo governo, por vezes elas são referidas nos Estados Unidos como “terceiro setor”, “setor independente”, “setor filantrópico” ou da “sociedade civil”. Mas reconhece que, em países que não os Estados Unidos ou o Reino Unido, a denominação “organizações sem fins lucrativos ou ONG” é comumente empregada. Cf. *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulation*, p. 4.

O uso da expressão terceiro setor nesta tese segue uma tendência recente de estudos científicos no país, inclusive na área jurídica, que a utilizam. É feita com o sentido já assinalado. Mas isto se faz com consciência de algumas das dificuldades que pode gerar (como a de diferenciação perante entidades de benefício mútuo). Além disso, tem-se consciência de que não se trata de expressão definida pela legislação brasileira (ao menos, não se tem notícia de seu emprego nalguma lei do país).

O que se pode observar no ordenamento jurídico brasileiro são raras alusões à expressão “não-governamentais”.<sup>9</sup> Prevalece, nele, o uso da expressão “entidades privadas sem fins lucrativos”, a qual congrega, como visto, não apenas entidades caracterizáveis como do terceiro setor ou de benefício público, mas também as conceituáveis como de benefício mútuo. O direito brasileiro confere, em certa medida, tratamento uniforme a todas elas.

Há quem critique este tratamento relativamente uniforme.<sup>10</sup> Os debates que conduziram à reforma da legislação setorial nos anos 90 parecem ter sido influenciados por críticas do gênero e marcados pela preocupação de conferir-se maior acesso a transferências de recursos estatais a entidades de benefício público. É o que se nota a partir das leis resultantes da reforma, que instituíram as qualificações de OSCIP e OS e miraram, justamente, as entidades de benefício público, em detrimento das demais. Ambas as leis acenaram para estas entidades com a previsão de que, uma vez qualificadas, poderiam celebrar parcerias com o

---

<sup>9</sup> Tais como a do art. 227, § 1º., da Constituição Federal, que, ao instituir o direito à proteção especial da criança e do adolescente, prevê o correlato dever da família, da sociedade e do Estado de assegurá-lo, conferindo a este último, em especial, a atribuição de promover “...programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de *entidades não governamentais...*” (itálico acrescentado). A Lei 8.742/93 também constitui exceção, quando, no seu art. 26, que trata do incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza, dispõe que tal incentivo será baseado em articulação entre diferentes áreas governamentais e “...em sistema de cooperação entre organismos governamentais, *não governamentais* e da sociedade civil” (itálico acrescentado).

<sup>10</sup> É o caso, por exemplo, de Simone COELHO, que defende a necessidade de tratamento legal que diferencie entre as entidades de benefício público e as de benefício mútuo (cf. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, pp. 64; 82-83; 92-93; e 98). Numa de suas passagens mais sintomáticas neste sentido, a autora, tendo comparado as legislações brasileira e norte-americana sobre o terceiro setor, conclui: “Em ambos [os países, Brasil e Estados Unidos] são colocadas no mesmo saco realidades bem diferentes. Uma primeira providência concreta seria separar as entidades que têm como meta o bem público daquelas que visam a atender os interesses de seus associados, instituidores ou controladores.” *Ibid.*, p. 98. Vale o registro, todavia, de que há no direito norte-americano o *Revised Model Nonprofit Corporation Act*, chancelado pela *American Bar Association* em 1987 e utilizado como modelo para a legislação de diversos estados-membros da federação. Tal lei-modelo subdivide as corporações sem fins lucrativos em três tipos: as *de benefício público*, as *de benefício mútuo* e as *religiosas*. A cada tipo confere certo grau de tratamento jurídico especial. A respeito do tema, cf. o **capítulo 12** desta tese.

Estado e receber recursos em transferência. Ainda que não tenham se valido da expressão terceiro setor, as duas leis tiveram como alvo o terceiro setor, procurando direcionar-lhe medidas de fomento estatal.<sup>11</sup>

Mas ainda que o direito brasileiro tenha passado, a partir daquela reforma, a articular-se um pouco mais em torno da idéia de terceiro setor (sem empregar a expressão explicitamente, é verdade), permanece como eixo referencial das normas em vigor, acima de tudo, a alusão a “entidades privadas sem fins lucrativos”. Parece estar em curso, isto sim, uma mudança lenta e gradual, em que o terceiro setor, constituído pelas entidades de benefício público, vai pouco a pouco recebendo um tratamento jurídico especial.

O importante neste processo (e o mais difícil) é realizar algum esforço para que sejam bem identificadas as regras e os princípios jurídicos cuja aplicabilidade convém estender-se a todo o setor privado sem fins lucrativos, de um lado, e as regras e princípios que serviriam apenas ao novo foco legislativo – o terceiro setor –, de outro. Por exemplo: proibir a distribuição de superávit entre fundadores, associados, dirigentes ou empregados de uma associação ou fundação é regra que merece aplicação a toda e qualquer entidade privada sem fins lucrativos, não devendo restringir-se apenas ao terceiro setor; por outro lado, criar-se uma credencial apenas para as entidades do terceiro setor, que sirva para canalizar-lhes parcela mais expressiva do fomento estatal, já é medida de alcance restrito (o terceiro setor), que tem a sua justificativa. Enfim, há de se pensar quais normas convém aplicar ao setor privado sem fins lucrativos em geral e quais, por outro lado, conviria aplicar apenas ao terceiro setor. A crítica à legislação brasileira como um todo, por nem sempre mirar o terceiro setor em particular ou por oferecer um tratamento uniforme a entidades variadas, é vazia. Afinal, é preciso saber, ao menos, qual a regra que se está criticando e o porquê da impropriedade de ela alcançar muitas ou poucas entidades. Este esforço de identificação, contudo, não parece estar em curso no debate brasileiro contemporâneo; nele se dissemina a idéia de que é preciso um “marco legal” ou “estatuto jurídico para o terceiro setor”, sem, no entanto, um refinamento

---

<sup>11</sup> Ainda que a Lei das OS, consoante se discutirá oportunamente, tenha mirado também entidades privadas oriundas do aparelho do Estado, talvez mais próximas das paraestatais do que do terceiro setor.

desta avaliação, que aponte exatamente quais as regras que precisam ser cunhadas apenas para o terceiro setor e quais se aplicariam a toda a iniciativa privada sem fins lucrativos.

Independentemente dos debates terminológicos e da produção legislativa contemporâneos, é certo que apenas três tipos de pessoas jurídicas podem reunir os traços característicos de uma entidade do terceiro setor. Com efeito, a aquisição da personalidade jurídica no direito brasileiro – isto é, da existência como *sujeito de direitos*, capaz de, em nome próprio, exercer direitos e contrair obrigações – é disciplinada pelo Código Civil (Lei 10.406, de 10.1.2002). De acordo com o seu art. 44, incisos I a V (alterado pela Lei 10.825, de 22.12.2003), as pessoas jurídicas de direito privado, independentemente de terem finalidade lucrativa ou não, podem ser de cinco espécies: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. Considerando-se que os partidos políticos têm uma relação muito peculiar com o governo, voltando-se a guiar a máquina governamental, eles costumam ser excluídos do universo do terceiro setor.<sup>12</sup> As sociedades, tendo fins lucrativos, também ficam de fora deste universo. Restam então as *associações, fundações e organizações religiosas*, que podem ser consideradas “entidades privadas sem fins lucrativos”, mas, mesmo assim, ainda não se confundem por completo com o universo do terceiro setor. Apenas as que perseguem fins de interesse público a ele pertencem.

## **2. O terceiro setor no Brasil: complexidade e diversidade**

Complexidade e diversidade são notas características do terceiro setor na atualidade – tanto no Brasil como no mundo.

A complexidade do terceiro setor se manifesta, por exemplo, pelo fato de as organizações que o compõem perseguirem interesses públicos e privados. O seu compromisso com interesses públicos é mais evidente, revelando-se tanto na sua persecução de objetivos prestigiados por toda a sociedade como na sua abstenção da persecução de propósitos

---

<sup>12</sup> É o que observa Simone COELHO, ao examinar a literatura que trata do modelo que distingue o mercado, o governo e o terceiro setor. Cf. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, p. 40.

lucrativos. Já o seu compromisso com interesses privados (isto é, que beneficiam a si mesmas de imediato, ainda que mediatamente devam beneficiar a sociedade) pode revelar-se, por exemplo, quando almejam reconhecimento social (para o seu trabalho ou o trabalho de seus fundadores, dirigentes ou qualquer um de seus quadros); também pode estar presente quando buscam acesso a recursos econômicos disponibilizados por doadores públicos ou privados (ainda que tais recursos devam ser transformados em serviços à sociedade); quando buscam superávits (ainda que para serem destinados ao cumprimento de seus objetivos estatutários); ou mesmo quando buscam eficiência na condução de seus negócios (ainda que tais negócios estejam a serviço do público). Toda esta complexidade do terceiro setor parece contribuir, de alguma maneira, para que o seu tratamento normativo também tenha a sua complexidade. As organizações que o integram se submetem a normas de Direito Público e de Direito Privado. Por pertencerem à esfera privada têm sua organização interna estabelecida por normas de Direito Privado, como o Código Civil, e usufruem os direitos ordinariamente reconhecidos aos agentes da iniciativa privada; de outro lado, por desempenharem atividades de interesse público devem observância a normas de Direito Público, que regem o exercício destas atividades. Além disso, ao beneficiarem-se de alguma espécie de fomento público, também se sujeitam às normas de Direito Público que regem este fomento.

A diversidade do terceiro setor, para além da sua complexidade, revela-se na medida em que nele convivem entidades riquíssimas com entidades pobres; entidades de bairro com entidades multinacionais; entidades economicamente auto-sustentáveis com entidades sem mínima sustentabilidade econômica; entidades profissionalizadas com outras de caráter experimental ou amador; entidades sujeitas a regimes jurídicos especiais em função de medidas de fomento estatal com entidades que, por não gozarem de fomento do Estado, ficam alheias à disciplina do fomento.

Neste quadro de contrastes, há também esteriótipos. Talvez um esteriótipo marcante de entidade do terceiro setor no Brasil ainda seja o daquela desprovida de recursos econômicos significativos, sem inserção no mercado, desprofissionalizada, posta em ação exclusivamente na base do voluntariado e da abnegação de seus integrantes, todos comprometidos com alguma missão de caridade com viés religioso, cuja esfera de influência é restrita a uma comunidade

local. Em suma, riqueza econômica, profissionalismo, eficiência, compromisso com a cidadania e impacto em grande escala não são notas típicas do esteriótipo da entidade do terceiro setor no país. Mas basta um olhar mais atento para esta realidade que o esteriótipo torna-se vivamente contestável. Questioná-lo é tanto mais importante quanto, para além de alcançar-se um retrato mais fidedigno da realidade, viabiliza-se, com os questionamentos, um juízo mais adequado acerca de quais as políticas públicas e qual o tratamento normativo necessários às entidades do terceiro setor.

Existem hoje, felizmente, levantamentos de dados sobre o terceiro setor no Brasil que podem auxiliar quem queira contestar esteriótipos (ou redefini-los), ou mesmo livrar-se de preconceitos sobre as organizações do setor. Tais dados podem ser muito úteis, também, para a necessária tarefa de cotejo entre o direito vigente e a realidade que o conforma e é por ele conformada. De fato, a busca pelo conhecimento da realidade do setor no país começa a ser empreendida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com organizações privadas sem fins lucrativos. O IBGE já publicou pelo menos três levantamentos setoriais importantes, a saber: a pesquisa *FASFIL 2002*, divulgada em 2004;<sup>13</sup> a pesquisa *FASFIL 2005*, divulgada em 2008 (mencionada na **introdução** desta tese); e a pesquisa *PEAS 2006*, divulgada em 2007.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Divulgada em 2004, a *FASFIL 2002* apresenta dados – como o próprio nome esclarece – referentes ao ano de 2002 e é a abreviação para o estudo: BRASIL, IBGE, *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil 2002*. Trata-se de pesquisa realizada pelo IBGE em conjunto com o IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas), e, ainda, com duas proeminentes organizações não-governamentais atuantes no país, a ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais) e o GIFE (Grupo de Institutos Fundações e Empresas). Tal pesquisa foi pioneira neste tipo de levantamento no país. Considerando a disponibilidade do Cadastro Central de Empresas (CEMPRE), do IBGE, apenas a partir do ano de 1996, e, ainda, considerando o fato de que tal cadastro constituía a fonte primária da pesquisa, a *FASFIL 2002* procurou comparar os dados apurados em 2002 com os referentes a 1996. Traçou, assim, um retrato da evolução do universo associativo e fundacional brasileiro de 1996 a 2002.

<sup>14</sup> Divulgada em 2007, a *PEAS 2006* apresenta dados referentes ao ano de 2006, e é a abreviação para o estudo: BRASIL, IBGE, *As Entidades de Assistência Social Privadas Sem Fins Lucrativos no Brasil 2006* (estudo também referido pelo próprio IBGE como *Pesquisa das Entidades de Assistência Social sem Fins Lucrativos 2006*). O estudo encontra-se disponível no portal do IBGE na Internet, no endereço <http://www.ibge.gov.br>. Trata-se de pesquisa que apresenta um “quadro geral das entidades de assistência social privadas e sem fins lucrativos em todo o Território Nacional, selecionadas através do Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, do IBGE, que se declararam como prestadores de serviços de assistência social.” *Ibid.*, Apresentação. Tal quadro geral foi levantado com o objetivo de “...fornecer aos órgãos gestores de políticas públicas informações detalhadas sobre a oferta destes serviços no Brasil, visando a subsidiar a implantação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, com informações sobre os serviços prestados, possibilitando uma melhor orientação para os investimentos estratégicos, inclusive no que se refere à capacitação de recursos humanos e subsídios de regulação da qualidade dos serviços.” *Ibid.*, Introdução.

Dentre os levantamentos mais abrangentes, o mais recente é a *FASFIL 2005*, que apresenta dados, justamente, do ano de 2005. Tal como a anterior (a *FASFIL 2002*), ela tomou por base o Cadastro Central de Empresas (CEMPRE), do IBGE, que congrega todas as organizações inscritas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), do Ministério da Fazenda, e que declararam ao Ministério do Trabalho e Emprego, no ano de referência, exercer atividade econômica no território nacional.<sup>15</sup> O CEMPRE abrange três grandes grupos de entidades: o das entidades da administração indireta do Estado brasileiro, o das organizações privadas com fins lucrativos e o das organizações privadas sem fins lucrativos.<sup>16</sup> A frequência de atualização do CEMPRE é anual. No terceiro grande grupo – o das organizações privadas sem fins lucrativos – estavam cadastradas 601.611 organizações no ano de 2005. Destas foi selecionado um grupo de organizações mais específico, a partir da aplicação de cinco grandes critérios: “serem privadas, sem fins lucrativos, institucionalizadas, auto-administradas e voluntárias.”<sup>17</sup> Este grupo, formado por instituições registradas no CEMPRE que atendiam simultaneamente a estes cinco critérios, era formado por 338,2 mil instituições em 2005 (universo apontado na **introdução** deste trabalho).<sup>18</sup> É este o universo com o qual a *FASFIL 2005* trabalhou. De fato, foi este universo – identificado a partir da aplicação dos cinco aludidos critérios ao banco de dados CEMPRE, de 2005 – que recebeu da *FASFIL 2005* o apelido de universo das “Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos – FASFIL”.

---

<sup>15</sup> Cf. BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 58 (“Notas Técnicas”).

<sup>16</sup> Cf. *ibid.*, p. 58 (“Notas Técnicas”).

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 58. Esses critérios de seleção são lembrados nas “Conclusões” da pesquisa. Seus significados, formas de aplicação e, inclusive, a fonte de inspiração para que fossem eleitos estão esclarecidas na seção “Notas Técnicas”. Quanto à fonte de inspiração, vale aqui o registro: “Perseguindo o objetivo de construção de estatísticas comparáveis internacionalmente, optou-se por seguir adotando como referência para definição das FASFIL a metodologia *Handbook on Non-Profit Institutions in the System of National Accounts* (Manual sobre as Instituições sem Fins Lucrativos no Sistema de Contas Nacionais) elaborado pela Divisão de Estatísticas das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade John Hopkins, em 2002.” *Ibid.*, p. 12.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 21 (“Notas Técnicas”, conforme dados da “Tabela 3 – Número de Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”).

Mas a *FASFIL 2005* não se limitou a apurar o número de entidades integrantes do universo associativo e fundacional brasileiro naquele ano.<sup>19</sup> A pesquisa foi além – tal qual a sua predecessora, a *FASFIL 2002* – e ocupou-se de apurar “...quantas são, onde se localizam, quando foram criadas, o que fazem, quantas pessoas empregam e quanto remuneram.”<sup>20</sup> Estas seis perguntas permearam, portanto, todo o estudo realizado.

No essencial constatou-se que, no ano de 2005, as 338,2 mil FASFIL situavam-se, em sua maior parte (42,4%), na Região Sudeste do Brasil.<sup>21</sup> Apresentavam idade média de 12,3 anos, tendo sido criadas, em sua maior parte (41,5%), na década de 1990.<sup>22</sup> Mais de um terço delas (35,2%) dedicava-se à defesa de direitos e interesses dos cidadãos.<sup>23</sup> Empregavam ao todo, aproximadamente, 1,7 milhão de pessoas registradas como trabalhadores assalariados.<sup>24</sup> Apresentavam uma média de 5,1 pessoas ocupadas assalariadas por entidade (embora esta média obscurecesse profundas disparidades por região e por área de atuação).<sup>25</sup> Aliás, na sua imensa maioria (79,5%, ou 268,9 mil entidades) não possuíam “...sequer um empregado

---

<sup>19</sup> É certo, diga-se de passagem, que saber quantas são as entidades do gênero já foi uma contribuição importante num país que fizera este abrangente levantamento pela primeira vez apenas em 2002 (por meio, justamente, da *FASFIL 2002*, cujos resultados vieram ao conhecimento público com a sua publicação em 2004).

<sup>20</sup> BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 9 (“Introdução”).

<sup>21</sup> Nesta localização regional as entidades tendiam a acompanhar a distribuição da população, já que na mesma Região Sudeste viviam 42,6% dos brasileiros. Cf. *ibid.*, p. 22 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 4 – Distribuição, Absoluta e Relativa, das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos e da população total, segundo Grandes Regiões e Unidades da Federação – 2005”).

<sup>22</sup> Cf. *ibid.*, p. 24 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 5 – Distribuição das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos e do pessoal ocupado assalariado, segundo faixas de ano de fundação – Brasil – 2005”).

<sup>23</sup> Sob o propósito de defesa de direitos e interesses dos cidadãos congregavam-se as “...*Associações de moradores, Centros e associações comunitárias, Defesa de direitos de grupos e minorias, Desenvolvimento rural, Emprego e treinamento, Associações empresariais e patronais, Associações profissionais, e Associações de produtores rurais e Outras formas de desenvolvimento e defesa de direitos.*” *Ibid.*, p. 25 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 7 – Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, total e participação percentual, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”).

<sup>24</sup> Como registra a *FASFIL 2005*, “[e]ste contingente representa 22,1% do total dos empregados na administração pública do País e 70,6% do total do emprego formal no universo das 601,6 mil entidades sem fins lucrativos existentes no CEMPRE 2005.” *Ibid.*, p. 33.

<sup>25</sup> Os analistas do IBGE destacam estas disparidades: “Enquanto, por exemplo, os *Hospitais* contam com uma média de 174,1 trabalhadores, nas entidades que compõem o grupo *Religião* e nas do grupo de *Desenvolvimento e defesa de direitos* a média se restringe a 1,4 trabalhador por entidade. Por Grande Região, a média de trabalhadores assalariados nas FASFIL do Sudeste (6,8) é maior que o dobro da verificada no Nordeste (2,9).” *Ibid.*, p. 37 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 14 – Número médio de pessoal ocupado assalariado das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, por Grandes Regiões, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – 2005”).

formalizado...”, como destacaram os analistas do IBGE.<sup>26</sup> A média salarial dos seus trabalhadores formalizados era de 3,8 salários mínimos por mês (ou R\$ 1.094,44 por pessoa/mês, considerado o valor médio mensal do salário mínimo, em 2005, de R\$ 286,67).<sup>27</sup> Só em salários, o universo das FASFIL envolvia naquele ano recursos da ordem de R\$ 24,3 bilhões.<sup>28</sup>

Destaque-se, relativamente à questão específica de desvendar-se “o que fazem”, que a *FASFIL 2005* trabalhou com dez categorias de atividades principais possíveis. Assim, apurou os seguintes números aproximados de entidades por setor, em ordem decrescente: **93,7 mil** entidades (ou aproximadamente um quarto do total) voltavam-se a ações de cunho religioso, e por isso foram classificadas sob a rubrica “**religião**”;<sup>29</sup> **60,2 mil** atuavam na área de “**desenvolvimento e defesa de direitos**”; **58,7 mil** classificavam-se como “**associações patronais e profissionais**”; **46,9 mil** atuavam na área de “**cultura e recreação**”; **39,3 mil** na área de “**assistência social**”; **19,9 mil** na área de “**educação e pesquisa**”; **4,4 mil** na área de “**saúde**”; **2,5 mil** na área de “**meio ambiente e proteção animal**”; **456** na área de “**habitação**”; e, finalmente, **21,5 mil** entidades restantes classificavam-se sob a rubrica “**outras organizações privadas sem fins lucrativos**”.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 38 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 15 – Distribuição, relativa e absoluta, das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos e do pessoal ocupado assalariado – Brasil – 2005”).

<sup>27</sup> Se considerada a média de remuneração dos trabalhadores de todas as instituições registradas no CEMPRE – privadas lucrativas, privadas não-lucrativas e governamentais – naquele mesmo ano, que foi de 3,7 salários mínimos por mês, a média salarial do terceiro setor foi superior à geral. *Ibid.*, p. 43 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 19 – Pessoal ocupado assalariado, salários e outras remunerações e salário médio mensal das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005.”)

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 43 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 19 – Pessoal ocupado assalariado, salários e outras remunerações e salário médio mensal das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005.”)

<sup>29</sup> É importante esclarecer que tal contingente congregava organizações voltadas diretamente à administração de serviços religiosos ou rituais, e não organizações religiosas atuantes noutras áreas, como a prestação de serviços de saúde e educação. Veja-se o esclarecimento do próprio IBGE neste sentido: “Encontram-se agrupadas nessa categoria as entidades que administram diretamente serviços religiosos ou rituais, incluindo: ordens religiosas, templos, paróquias, pastorais, centros espíritas, dentre outras. As demais instituições de origem religiosa que desenvolvem outras atividades e que têm personalidade jurídica própria (hospitais, colégios, creches, por ex.) estão classificadas de acordo com sua atividade fim. Por outro lado, cabe assinalar que essas entidades, para além de desenvolverem atividades confessionais, ocupam novos espaços de debate e deliberação de políticas públicas, como os conselhos, conferências e grupos de trabalhos governamentais.” *Ibid.*, p. 27, nota de rodapé nº. 7.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 21, “Tabela 3 – Número de Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”.

A pesquisa *FASFIL 2005* ainda se ocupou da comparação dos dados de 2005 com os existentes sobre os dois anos de referência anteriores, de 1996 e 2002, apurados na *FASFIL 2002*. No essencial apurou que houve um crescimento do número de entidades, durante os dez anos transcorridos de 1996 a 2005, da ordem de 215,1% (como assinalado na **introdução** deste trabalho). O ritmo de crescimento foi mais acelerado no período de 1996 a 2002, quando houve um crescimento da ordem de 157%, do que no período mais recente, de 2002 a 2005, quando houve um crescimento da ordem de 22,6%.<sup>31</sup> Houve ritmos desiguais de crescimento por tipos de entidades.<sup>32</sup> Manteve-se a tendência de crescimento mais acentuado daquelas voltadas à área de desenvolvimento e defesa de direitos e interesses dos cidadãos, que foi da ordem de 302,7% de 1996 a 2002, e de 33,4% de 2002 a 2005 – o que correspondeu a um crescimento total da ordem 437,4% de 1996 a 2005. Também se mantiveram na dianteira do ritmo de crescimento as entidades voltadas ao meio ambiente e à proteção animal, as quais cresceram 309% de 1996 a 2002, e 61% de 2002 a 2005 – o que correspondeu a um crescimento total da ordem de 558,6% de 1996 a 2005. No extremo oposto – o das áreas com ritmos de crescimento mais lentos – figurou a da saúde, cujo número de organizações cresceu 55,8% de 1996 a 2002, e 17,5% de 2002 a 2005 (um crescimento da ordem de 83,2% de 1996 a 2005). Acompanhou a área da saúde, neste extremo das que menos cresceram, a de educação e pesquisa, cujo número de organizações cresceu 114% de 1996 a 2002, e 14% de 2002 a 2005 – o que correspondeu a um crescimento total da ordem de 143,9% de 1996 a 2005.

Dessas comparações surge a síntese a respeito do fenômeno do crescimento do terceiro setor no período recente (e do seu ritmo), apontada pelos analistas do IBGE nas conclusões da *FASFIL 2005*:

“Resumindo, a evolução recente das FASFIL indica que essas instituições continuam crescendo no Brasil, ainda que em um ritmo menos acelerado nos três últimos anos. (...) Os dados sinalizam, ainda, que o crescimento diferenciado entre os diversos tipos de organizações refletiu-se em uma

---

<sup>31</sup> BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 46 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 21 – Evolução das Entidades constantes no Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, em números absolutos e variação percentual – Brasil – 1996/2005”).

<sup>32</sup> Os dados subseqüentes, referentes ao crescimento por áreas de atuação das entidades, foram todos extraídos de BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 48 (“Tabela 22 – Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos, em números absoluto e relativo e variação percentual, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 1996/2005”).

mudança na sua composição, crescendo a representatividade do conjunto de instituições voltado para a defesa de direitos e interesses dos cidadãos.”<sup>33</sup>

Portanto, em que pese uma redução de ritmo nos últimos anos, a tendência ainda é de crescimento do número de entidades do gênero no Brasil. E as variações nesse ritmo de crescimento, conforme a área de atuação considerada, só vêm evidenciar a diversidade característica do setor, convidando os interessados no “Direito do Terceiro Setor”, que se encontra em plena construção e reforma no Brasil,<sup>34</sup> a levarem esta diversidade em consideração.

### 3. O fomento estatal ao terceiro setor

Se houve avanços significativos, nos últimos anos, com relação ao conhecimento do terceiro setor no país, há muito a avançar ainda com vistas ao conhecimento do fomento estatal que lhe é destinado.

Diagnostica-se que as entidades do setor no Brasil têm um frágil equilíbrio financeiro. Joaquim FALCÃO, comentando pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP) com entidades privadas sem fins lucrativos feita há mais de dez anos, avaliava que, pelo lado da receita, estas entidades tinham dificuldades de captar recursos; pelo lado da despesa, diziam se deparar com encargos estatais excessivos.<sup>35</sup> Por isso, ao pensar sobre diretrizes para uma nova legislação do terceiro setor, destacava a necessidade de que esta promovesse a capitalização do setor, concluindo:

---

<sup>33</sup> BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 60 (“Conclusões”).

<sup>34</sup> Tamanho é o conjunto de normas que dizem respeito às entidades privadas sem fins lucrativos, na atualidade, que se constata vir ganhando corpo, no Brasil, um “Direito do Terceiro Setor”. É o que aponta Gustavo Justino de OLIVEIRA, definindo este ramo jurídico como o “*ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados e não remunerados (voluntariado)*,” “Gestão privada de recursos públicos para fins públicos”, in: Gustavo Justino de Oliveira (coord.), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, p. 214.

<sup>35</sup> Joaquim FALCÃO, *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 162.

“O problema do setor é seu frágil equilíbrio financeiro. Por isto, mais importante do que mudar ou criar uma ou outra lei concedendo isenções e incentivos, é formular uma legislação que viabilize a capitalização de modo a assegurar a continuidade temporal das entidades. Este, sim, o objetivo principal. Esta é a nossa diretriz.”<sup>36</sup>

Sugeria, nesta linha, ser inevitável incluir na pauta legislativa a necessidade de decidir se o Estado deveria ou não apoiar financeiramente o setor. Respondia positivamente, no sentido da existência de um dever de apoio financeiro por parte do Estado. Afirmava, categórico:

“A contrapartida oculta desta decisão é saber se o setor pode viver, e se fortalecer, apenas com recursos livres de cidadãos e empresas, depois de pagos os impostos. A resposta internacional é simples. É não. Não sobrevive. E, no entanto, quando focalizamos o atual legislador federal, vemos que grande parte de suas iniciativas recentes é contrária a esta tendência internacional: estão diminuindo isenções e benefícios.”<sup>37</sup>

Se o setor é financeiramente frágil no Brasil e o Estado tem o dever de apoiá-lo financeiramente, são necessárias avaliações, sim, como a de Joaquim FALCÃO, preocupadas com o que está ocorrendo com o fomento estatal ao terceiro setor no país. Alguma evolução tem se observado, recentemente, nesta matéria da transparência da política estatal de fomento ao terceiro setor, mas ainda há muito a avançar.

Com relação ao fomento pela via das transferências de recursos, são notáveis os avanços consubstanciados na criação e funcionamento dos Portais da Transparência e dos Convênios na Internet. Neles reúnem-se dados sobre o volume de recursos transferidos pela União, ano a ano, a entidades privadas sem fins lucrativos, apontando-se as beneficiárias. Espera-se que a prestação de contas a respeito dos ajustes celebrados com tais entidades e o controle estatal sobre as contas prestadas passem, ambos, a merecer também ampla transparência nesses veículos (especialmente no Portal dos Convênios, como prevê a regulamentação em vigor).

---

<sup>36</sup> Joaquim FALCÃO, *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 165.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 158.

Em suma, o fomento estatal ao terceiro setor precisa ser amplamente conhecido, assim como o terceiro setor em si. O auspicioso avanço representado pelas pesquisas *FASFIL* precisa ser continuado, com a realização periódica de novas pesquisas, mas, em paralelo, merecem aprofundamento as medidas já iniciadas no sentido de conferir-se ampla transparência aos repasses de recursos públicos ao setor.

Mas como conhecer o fomento estatal? Onde ele está? Quem o realiza? Como ele ocorre? Essas indagações serão tratadas no **capítulo 2** desta tese.

É possível adotar provisoriamente, antes de maiores detalhamentos, o pressuposto de que cumpre à administração exercer um papel importante, verdadeiramente central, no fomento estatal. É a administração pública quem dispensa, no mais das vezes, as medidas de fomento previstas nas leis orçamentárias e tributárias. A atividade de fomento enfocada neste estudo é a *transferência de recursos públicos*. Estas transferências são feitas, normalmente, por intermédio de contratos firmados entre a administração pública e os respectivos destinatários; a esses contratos pode-se dar o nome de *contratos de parceria*. Existe, assim, indubitavelmente, uma *atividade administrativa de fomento* ou, querendo-se, uma *administração pública fomentadora*.

A *administração pública fomentadora*, como qualquer atividade administrativa, está submetida a controles. Este trabalho trata, exatamente, do controle da *administração pública fomentadora*, quando esta se manifesta pela via da *transferência de recursos públicos*. Vale, então, compreender em que consiste este tema do *controle da administração pública fomentadora* e como parte dele se traduz no objeto da tese, consistente no *controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor*.

#### **4. O controle da administração pública fomentadora**

É preciso controlar a administração pública e, por certo, a *administração pública fomentadora*. Ocorre que, embora tipicamente estudado em Direito Administrativo, o capítulo

do *controle da administração pública* é amplo e de difícil sistematização. A legislação pertinente ao assunto é também vasta e bastante fragmentada. Os objetivos, técnicas e órgãos encarregados do controle da administração pública, à luz do direito vigente, também são múltiplos e variados. Some-se o fato de que o fomento constitui uma vertente da ação administrativa do Estado pouco estudada no Brasil. O resultado, enfim, é um enorme desafio: referir, didaticamente, o que seja o *controle da administração pública fomentadora*. Todavia, há de se empreender um esforço neste sentido.

Controlar a administração pública significa, em essência, verificar a conformidade da atuação desta a algo, a um modelo de comparação, a um cânone; é o que aponta Odete MEDAUAR, em estudo dedicado ao tema no início da década de 1990.<sup>38</sup> Mas a autora pondera que esta seria mesmo uma *noção essencial*, que para tornar-se completa reclamaria, ainda, outros elementos definidores. Daí que, como resultado final de sua investigação das diversas acepções do termo “controle” na literatura do Direito Administrativo, especialmente a italiana e a francesa, resolve adotar a seguinte definição, que seria aplicável ao contexto brasileiro: “...controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.”<sup>39</sup>

Veja-se que a definição envolve, para além de uma verificação de conformidade da atuação administrativa a um cânone, um outro elemento-chave, que é a circunstância de o controle necessariamente culminar com a adoção ou proposição de uma medida pelo agente controlador. Noutras palavras, a definição propõe que o exercício do controle envolveria um “...poder de editar medidas em decorrência do juízo que se formou após a verificação

---

<sup>38</sup> *O controle da administração pública*, p. 18. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assim se manifesta: “...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.” *Direito Administrativo*, p. 599. Veja-se que a garantia de conformidade da atuação da administração pública a um cânone – segundo DI PIETRO, a princípios jurídicos que lhe sejam aplicáveis – é a finalidade essencial do controle. Nesta linha, ainda aduz: “A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.” *Ibid.*, p. 598.

<sup>39</sup> *O controle da administração pública*, p. 22.

efetuada.”<sup>40</sup> Como consequência, algumas atividades que determinados autores consideram “controle” da administração, como pareceres prévios de órgãos consultivos e consultas públicas, não seriam verdadeiras medidas de controle.<sup>41</sup>

Nesta tese trabalha-se, todavia, com a conceituação mais ampla de controle da administração pública, segundo a qual controlar é, essencialmente, verificar, ou mesmo promover, a conformidade da atuação desta a um cânone, um padrão, um parâmetro. A opção não se justifica por uma discordância da eventual utilidade de conceituação mais restrita, mas apenas pelo fato de que a noção mais ampla engloba técnicas relevantes para a conformação da atividade administrativa de fomento a balizas jurídicas pré-existentes.<sup>42</sup> Assim, para os fins desta tese, a consulta pública e os pareceres de Conselhos de Políticas Públicas, por exemplo, são exemplos de técnicas de controle do fomento estatal.

Portanto, ao tratar do controle da atividade administrativa de fomento, esta tese quer se referir à *verificação ou promoção da conformidade da atividade administrativa de fomento às normas que a regem*.

Mas não se cuida aqui de toda e qualquer atividade administrativa de fomento, mas apenas da subvenção ou transferência de recursos. Cuida-se, enfim, do controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor.

---

<sup>40</sup> *O controle da administração pública*, p. 22.

<sup>41</sup> A própria autora reconhece esta consequência de sua opção, que é a de tornar mais restrito o âmbito de técnicas que possam ser tidas como de “controle da administração pública”. *Cf. ibid.*, p. 22.

<sup>42</sup> De resto, cabe reconhecer que mesmo as técnicas por meio das quais os agentes controladores não têm poder de dar a palavra final – como no caso do órgão consultivo, que emite parecer prévio a uma decisão final da administração pública, ou no caso da associação civil, que encaminha proposta em consulta pública previamente à decisão final da administração –, contribuem para que outras instâncias dotadas de poder decisório tomem providências em função de suas manifestações. Contribuem, enfim, para que o controle em sentido estrito aconteça. Dessa forma, decisões finais podem vir a ser tomadas exatamente em razão do juízo manifestado pelo órgão consultivo ou pela associação que opina em consulta pública; quem as tomará, entretanto, será outro agente controlador (não o órgão consultivo ou a associação), este sim com o poder decisório. O sujeito que é consultado oferece, assim, relevante contribuição para atuação de controle, podendo ser encarado, bem por isso, como partícipe do controle, assim como aquele a quem compete dar a palavra final.

## 5. O controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor

Convém delimitar este objeto, respondendo às questões: trata-se de controle *do quê, por quem, como e com quais finalidades?* Delimitado o objeto em foco, será possível uma visão panorâmica dos textos normativos nele envolvidos.

### 5.1. Controle *do quê*

O Estado entretém inúmeras relações jurídicas com as entidades do terceiro setor: relações de tributação (impondo-lhes o pagamento de tributos, reconhecendo-lhes imunidades, concedendo-lhes isenções tributárias); relações de cooperação (na execução de programas que contem com a colaboração de entidades privadas sem fins lucrativos); relações de controle (fiscalizando a legalidade e a eficiência das atividades de interesse público desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor e das medidas de fomento que lhes sejam destinadas); entre outras.

Mas uma das relações jurídicas mais significativas entre o Estado e o terceiro setor reside, justamente, na *relação jurídica de fomento*. Ela será examinada detalhadamente no **capítulo seguinte**, cumprindo apenas antecipar, aqui, o seu significado: trata-se de relação jurídica por meio da qual *o Estado promove ou protege, sem o emprego imediato da coação, determinada atividade de interesse público realizada por particulares*.

Para os fins desta promoção ou proteção de atividade desenvolvida por entidade do terceiro setor, o Estado se vale de distintas técnicas. Todas elas têm em comum o fato de que não envolvem o emprego imediato da coação.

Uma técnica de fomento estatal freqüentemente utilizada é a *exoneração tributária* (de que são exemplos as outorgas de imunidade e de isenção tributárias); por meio dela o Estado exonera particulares de certo ônus tributário, com vistas, justamente, a promover ou proteger atividade de interesse público por estes desenvolvida. Outra é a *subvenção ou transferência*,

por meio da qual o Estado transfere recursos do erário público a particulares, a fundo perdido, com o objetivo de promover atividade de interesse público por estes desenvolvida.

É sobre esta segunda técnica – a da *subvenção ou transferência* – que se debruça o presente trabalho. Esta técnica também será, tal como a noção mais genérica de fomento estatal, examinada em detalhes no **próximo capítulo**.

Uma importante constatação a ser feita, quando se observa a relação jurídica de subvenção entre o Estado e entidade do terceiro setor, é a de que o *controle* é um aspecto fundamental da relação instaurada. Noutros termos, toda vez que o Estado lança-se ao *fomento*, deve ele simultaneamente preparar-se ao *controle* do fomento que realiza, isto é, à verificação ou promoção da conformidade do fomento com as normas jurídicas que o regem. Explique-se.

Imaginando-se, por hipótese, que a execução de medidas de fomento estatal pudesse ocorrer de maneira totalmente alheia a preocupações com o controle deste fomento – coisa que o direito brasileiro não permite –, bastaria ao Estado decidir-se, por exemplo, pela exoneração de particulares de certa carga tributária, ou, então, por subvencionar-lhes com certa quantia em dinheiro, tudo a título de fomento, e pronto: as medidas de fomento público estariam decididas. A administração pública tomaria as providências necessárias para que a exoneração tributária ou a subvenção financeira acontecessem e, desta forma, o Estado “lavaria suas mãos”, pois teria cumprido sua “função” de fomento estatal. Coisa como essa, como dito, nosso direito não tolera. Por quê? Por diversas razões, entre as quais sobressai a de que tal proceder afigurar-se-ia incompatível como o modelo de Estado de Direito, em que todas as atividades estatais sujeitam-se ao império das leis, devendo, portanto, haver *controle da sua legalidade* (nos termos do art. 1º., *caput* e 37, *caput*, entre outros, da Constituição). Outra razão pela qual tal proceder não encontraria amparo no ordenamento brasileiro reside em que, neste, as atividades estatais que envolvem o dispêndio de recursos públicos ou a sua renúncia, como a atividade estatal de fomento, sujeitam-se a outras constrições jurídicas importantes, para além do controle de *legalidade*, como, por exemplo, aos cânones da *economicidade* e *legitimidade* (nos termos do art. 70, *caput*, da Constituição Federal) e da *avaliação de*

*resultados, quanto à eficiência e eficácia* (nos termos do art. 74, II, também da Constituição). E há órgãos públicos permanentemente instalados para o exercício deste controle do Estado sobre sua própria atuação fomentadora, pertencentes ao que a Constituição chamou de sistemas de controle interno e externo da administração pública (art. 70, *caput*). Em suma, a atividade estatal de fomento reclama um controle, para fins de verificação da conformidade do seu exercício com todos os esses ditames.

Portanto, ao Estado incumbe não apenas dispensar medidas de fomento aos seus destinatários – fazendo-o acontecer –, mas, sobretudo, cuidar para que o fomento seja exercido em conformidade com as leis e zelar, de um modo geral, pela sua boa execução (isto é, seja executado com atenção a resultados, no momento adequado, sem desperdícios de recursos, etc.). Em suma, *compete ao Estado não apenas realizar o fomento, mas controlar a sua legalidade e boa execução*. De tal modo o controle é reclamado pelo fomento que ambos podem ser compreendidos como “faces da mesma moeda”.

Percebe-se então que, toda vez que o Estado toma medidas de fomento às atividades do terceiro setor, há de se submeter este fomento a algum tipo de controle. Qual será, então, o *objeto* do controle? Por certo, será o *fomento estatal*. Mas a atividade fomentada é executada por um particular – uma entidade do terceiro setor –, surgindo, por isso, certa dualidade quanto ao objeto do controle. De um lado, cumpre ao Estado controlar os órgãos públicos responsáveis pela administração do fomento. Há que controlar os órgãos públicos que aferem a elegibilidade de um particular para o gozo de uma isenção tributária, assim como os que transferem recursos do erário a um particular para a execução de programa de interesse comum. É o controle do Estado sobre si mesmo. De outro lado, cumpre ao Estado controlar o particular que desempenha a atividade fomentada. Há que controlar a aplicação de recursos públicos pelo particular subvencionado pelo Estado e o desempenho daquele beneficiado por uma renúncia de receitas pelo Estado. Quem o exige é a Constituição: a “aplicação das subvenções” e a “renúncia de receitas” devem se submeter aos sistemas estatais de controle interno e externo da administração pública (*cf.* art. 70, *caput*). Noutros termos, a administração estatal do fomento deve ser controlada, assim como a execução particular da atividade fomentada. Donde a duplicidade do objeto submetido a controle.

É claro que, quando entra em pauta o controle estatal sobre uma atividade desempenhada por particular – mais precisamente, aquele beneficiado por medida estatal de fomento –, surge uma possível tensão. A esfera privada é por excelência a da liberdade e do livre arbítrio e, especialmente, em se tratando de entidades privadas que corporificam valores caros à sociedade, à democracia e, em última análise, ao Estado Democrático de Direito – como os direitos constitucionalmente protegidos de livre associação (art. 5º., XVII a XXI), livre manifestação do pensamento (art. 5º., IV) e livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º., IX) –, como são as entidades do terceiro setor, a liberdade de que desfrutam é ainda mais prezada e acalentada. Verifica-se, então, uma possível tensão entre o controle estatal sobre o que executam estas entidades ao amparo do fomento do Estado e a liberdade de que desfrutam. O controle estatal sobre atividades desempenhadas por entidades que personificam valores tão fundamentais ao Estado Democrático de Direito (e opostos ao autoritarismo) pode, se desvirtuado, vir a flertar com o autoritarismo. Daí a necessidade de se lidar com a possível tensão. Controlar atividades desempenhadas por particular à custa de subvenções e renúncias de receita do Estado é preciso, mas o controle deve cabal observância aos direitos deste. Eis um equilíbrio delicado, mas imprescindível.

Para resumir e responder diretamente à indagação inicial (controle sobre o quê), o controle em pauta neste trabalho é o incidente sobre *as subvenções ou transferências de recursos públicos ao terceiro setor*, as quais têm dois aspectos salientes: de um lado, a administração estatal destas transferências; de outro, a aplicação privada dos recursos transferidos.

## **5.2. Controle por quem?**

Falando-se do controle do fomento estatal ao terceiro setor e, particularmente, do controle do uso da técnica de fomento da subvenção, cabe a pergunta: controle *por quem*? A resposta não é fácil.

São muitos os agentes de controle da maneira pela qual o Estado administra o fomento e, ainda, da maneira pela qual o terceiro setor desempenha as atividades fomentadas. Com efeito, se tomado o critério do *agente controlador*, verifica-se uma grande quantidade de agentes dotados de competências ou direitos de controle da administração pública e, inclusive, da administração pública fomentadora: o Poder Executivo, com destaque para a Controladoria Geral da União (CGU) e os órgãos e entidades da administração repassadores de recursos; o Poder Legislativo, com destaque para as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); o Tribunal de Contas da União (TCU); o Judiciário; o Ministério Público; e os cidadãos e entidades em geral, integrantes da sociedade civil organizada.

A tese não trata sistematicamente de cada um deles. Elege como foco, todavia, conjuntos de normas sob os quais esses agentes interagem. Trata, primeiro, de conjunto de normas pertinentes às subvenções que denomina **Regime Orçamentário-Financeiro**, sob o qual se sobressai a atuação controladora do Poder Legislativo quando da aprovação da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) para cada exercício financeiro. Em segundo lugar, trata de normas atinentes às subvenções consistentes no **Regime de Controle Interno do Poder Executivo**, sob o qual se sobressai a atuação controladora da CGU. Em terceiro lugar, do conjunto de normas atinentes às subvenções consistentes no **Regime de Controle Externo**, sob o qual se destacam as atuações controladoras do TCU e das CPIs. Todos esses três sistemas normativos de controle, por dizerem respeito a toda e qualquer transferência de recursos públicos para o terceiro setor, são chamados **Regimes Gerais**. De outro lado, a tese trata de conjuntos de normas atinentes ao controle do fomento ao terceiro setor que apelida de **Regimes Especiais**; especiais porque dependem de características especiais tanto da entidade receptora da subvenção quanto do contrato de parceria eleito operacionalizá-la. São eles: o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, o **das Entidades Benéficas de Assistência Social**, o **das Entidades Conveniadas**, o **das Fundações de Apoio**, o **das Organizações Sociais (OS)** e o **das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)**. Em

todos estes seis **Regimes Especiais** destaca-se a atuação controladora do órgão ou entidade da administração pública repassador dos recursos.<sup>43</sup>

Assim, a tese apresenta esses nove sistemas, ao todo, de controle do fomento estatal ao terceiro setor – três ditos **Gerais** e seis ditos **Especiais**. Considerando-se que, sob cada qual, um órgão ou entidade estatal tem exercido papel de destaque no controle das subvenções (como mencionado, o Legislativo quando da aprovação da LDO, além do TCU, das CPIs, da CGU e dos órgãos e entidades repassadores), reúnem-se os nove sob a denominação de *controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*.

Com efeito, se observados de perto estes nove sistemas normativos, instituições do Estado têm exercido certo papel de protagonistas no controle do fomento estatal. Mas é claro que a denominação *controle estatal* é um tanto imperfeita. A atuação de muitas delas é freqüentemente deflagrada por parte de particulares (quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, entre cidadãos, empresas, entidades do terceiro setor e da sociedade civil em geral). Estes peticionam ao Judiciário, solicitando a tomada de medidas judiciais de controle de determinado aspecto da atividade estatal de fomento; representam ao Ministério Público, para que este tome providências em defesa do interesse público, inclusive peticionando ao Judiciário se for o caso; mobilizam-se para o exercício do controle por meio da participação em órgão colegiados da administração pública que estejam incumbidos da concepção ou execução de políticas públicas de fomento; pressionam, sobretudo por meio da imprensa, o Congresso Nacional para a tomada de providências de controle, de modo que o órgão legislativo, como caixa de ressonância da opinião pública, instaura CPIs para fiscalizar fatos relacionados ao fomento estatal ao terceiro setor, por prazo certo; representam ao TCU, solicitando a fiscalização de determinadas parcerias do Estado com o terceiro setor; entre outras iniciativas privadas. O chamado controle social da administração pública, inclusive a fomentadora, vai ganhando destaque à medida que a própria atuação administrativa se torna mais transparente (como é de se esperar numa república). Mesmo assim, considerando-se todo o crescente protagonismo do controle social da administração do fomento estatal, cabe

---

<sup>43</sup> Oportunamente, **neste capítulo**, será feita menção à legislação de regência de cada um desses sistemas classificados como **Regimes Gerais** e **Especiais**.

reconhecer a existência de instituições de Estado incumbidas de exercer este controle, ainda que de ofício, sem qualquer provocação popular. Daí a opção por cunhar-se um trabalho focado nos mencionados sistemas normativos de controle do fomento que, com diferentes ênfases, têm girado em torno de um controle estatal.

Em resposta direta, enfim, à indagação feita, observa-se que esta tese tem por objeto o controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor realizado sob os nove sistemas normativos de controle apontados, restringindo-se, ainda mais, ao enfoque das atribuições de controle sob eles realizadas pelo Poder Legislativo quando da aprovação das sucessivas LDO, pelo TCU, pelas CPIs, pela CGU e pelos órgãos e entidades repassadores de recursos.

### **5.3. Controle *como e com quais finalidades?***

Tal qual a atividade de fomento estatal ao terceiro setor, a de controle do fomento estatal ao terceiro setor pode realizar-se por diferentes técnicas. Igualmente, orienta-se para o cumprimento de variados fins.

Partindo do pressuposto de que são indissociáveis as funções públicas de fomento e controle, a **tabela 1.1**, a seguir, ilustra uma possível comparação entre as finalidades e técnicas do *fomento estatal a atividades desenvolvidas pelo terceiro setor*, de um lado, com as finalidades e técnicas do *controle incidente sobre estas medidas de fomento*, de outro.

**Tabela 1.1 – Fomento estatal ao terceiro setor e controle do fomento estatal ao terceiro setor: finalidades e técnicas**

<b>FUNÇÕES PÚBLICAS</b>	
A) FOMENTO ESTATAL ÀS ATIVIDADES DO TERCEIRO SETOR	
B) CONTROLE DO FOMENTO ESTATAL ÀS ATIVIDADES DO TERCEIRO SETOR	
<b>A) Função pública de fomento</b>	<b>B) Função pública de controle</b>
<b>Finalidades</b>	<b>Finalidades</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Promoção ou proteção de certas atividades de interesse público desempenhadas por entidades do terceiro setor</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Legalidade, legitimidade e economicidade</li> <li>• Avaliação de resultados quanto à eficiência e eficácia</li> <li>• Princípios constitucionais e legais da administração pública, como os da publicidade, impessoalidade e motivação</li> </ul>
<b>Técnicas</b>	<b>Técnicas</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subvenções</li> <li>• Renúncias de receitas:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Imunidade tributária</li> <li>- Isenção tributária</li> </ul> </li> </ul>	<p><i>Exemplos de técnicas de controle das subvenções:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Técnicas de controle prévio               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Planejamento</li> <li>- Credenciamento</li> <li>- Licitação</li> <li>- Contratualização</li> </ul> </li> <li>• Técnicas de controle concomitante               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Processo de contratação de fornecedores</li> <li>- Acompanhamento da execução</li> </ul> </li> <li>• Técnicas de controle posterior               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Prestação de contas</li> </ul> </li> </ul>

Veja-se que, enquanto o *fomento estatal* visa, basicamente, a promover ou proteger certas atividades de interesse público desempenhadas por entidades do terceiro setor (sempre sem o emprego imediato de coação, como já anotado), o *controle do fomento estatal* visa a assegurar a legalidade e a boa administração das medidas de fomento adotadas. Pela expressão “boa administração” quer-se sintetizar a observância, para além da legalidade, de outros princípios e regras que regem a administração pública, como destaque para os princípios da eficiência e economicidade (mencionados expressamente na Constituição, arts. 37, *caput* e 70, *caput*), a exigência de avaliação de resultados, quanto à eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (prevista na Constituição, art. 74, II), ou, ainda, todos os demais princípios constitucionais e legais da administração pública, como os da publicidade, impessoalidade e motivação. Como se verá oportunamente, cada um dos nove

sistemas normativos referidos, dedicados a reger o controle que recai sobre a função estatal de fomento, põe ênfase na verificação do cumprimento de um ou alguns desses princípios e regras.

Ademais, enquanto o *fomento estatal* ao terceiro setor vale-se de técnicas (também já aludidas) como a concessão de subvenções ou o reconhecimento de imunidades ou a outorga de isenções tributárias (estas duas últimas também chamadas renúncias de receitas), o *controle da atividade estatal de fomento* também se realiza por meio de técnicas variadas. Tomando-se como exemplo as técnicas de controle das subvenções públicas – as quais constituem foco desta tese –, pode-se agrupá-las em três diferentes grupos: o das aplicáveis antes da transferência de recursos, o das aplicáveis concomitantemente à transferência e, por fim, o das aplicáveis após a transferência.

#### 5.4. Em síntese

É possível se afirmar, a esta altura, que o presente trabalho, ao tratar do *controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*: *i*) cuida do controle das transferências de recursos públicos, também chamadas subvenções, para o terceiro setor; *ii*) trata do controle realizado sob nove conjuntos de normas, entre os quais os **Regimes de Controle Interno e Externo** da administração pública e o que denomina **Regime Orçamentário-Financeiro**, ao lado de outros seis chamados **Regimes Especiais de Controle**; *iii*) leva em conta que este controle tem por fim assegurar a legalidade e a boa administração do fomento estatal; e *iv*) tem em consideração, ainda, o fato de que este controle envolve técnicas aplicáveis antes, durante e após a transferência de recursos públicos a título de fomento.

É a partir deste panorama normativo – complexo, excessivamente fragmentado em diversos textos –, atinente a aspectos relevantes do controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, vislumbrado na **parte 1** da tese, que, logo na seqüência, na **parte 2**, apresenta-se um diagnóstico de alguns dos principais problemas desse direito, tal

como posto, iniciando-se uma reflexão que culmina com a proposição, já na **parte 3**, de uma reforma legislativa com vistas ao endereçamento de alguns dos problemas diagnosticados.

## 6. O direito vigente em matéria de controle do fomento estatal ao terceiro setor

Quando se pensa, então, especificamente no *controle do fomento estatal ao terceiro setor* no Brasil é inevitável constatar-se que ele é regido por distintos conjuntos de normas. Tais normas não estão sistematizadas numa única lei. Que conjuntos de normas são estes?

Para os fins deste trabalho pode-se dizer que há dois grandes conjuntos normativos sobre o controle do fomento estatal ao terceiro setor: o que reúne os **Regimes Gerais** e o que reúne os **Regimes Especiais** de controle. Os **Regimes Gerais** são: *i) Regime Orçamentário-Financeiro*, que se encontra erigido, em plano infraconstitucional, sobre leis de 1964 e 2001<sup>44</sup> e, ainda, sobre a legislação orçamentária anualmente editada, notadamente as leis de diretrizes orçamentárias (LDO);<sup>45</sup> *ii) Regime do Controle Interno* da administração pública, que se encontra erigido, em plano infraconstitucional, sobre leis de 2001 e 2003; e *iii) o Regime do Controle Externo* da administração pública, erigido em plano infraconstitucional, sobre lei de 1992,<sup>46</sup> aliada à significativa construção jurisprudencial do TCU acerca da matéria. Já os **Regimes Especiais**, em número de seis ao todo, são: *i) o Regime das Entidades de Utilidade Pública*, fundado em lei de 1935;<sup>47</sup> *ii) o Regime das Entidades Beneficentes de Assistência*

---

<sup>44</sup> Trata-se da chamada Lei 4.320, de 17.3.1964, conhecida como Lei de Orçamentos, e da Lei Complementar 101, de 4.5.2000, também chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

<sup>45</sup> Um abrangente rol de sucessivas LDO editadas pela União será examinado no **capítulo 4** desta tese, especificamente dedicado ao estudo do **Regime Orçamentário-Financeiro** e das transferências ao terceiro setor.

<sup>46</sup> Trata-se da Lei 8.443, de 16.7.1992, também chamada Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Cabe a menção ainda à Lei 1.579, de 18.3.1952, que dispõe sobre as comissões parlamentares de inquérito, aliada à significativa construção jurisprudencial do STF sobre a matéria.

<sup>47</sup> Trata-se da Lei 91, de 28.8.1935 (alterada pela Lei 6.639, de 8.5.1979), que foi regulamentada pelo Decreto 50.517, de 2.5.1961 (alterado pelo Decreto 60.931, de 4.7.1967). Ainda que o atual **Regime das Entidades de Utilidade Pública** esteja amparado em diploma legal de 1935, já existia qualificação estatal de entidades privadas sem fins lucrativos como “de utilidade pública” antes daquela data. Por exemplo, pelo Decreto 14.030, de 28.1.1920, o presidente Epitácio Pessoa reconheceu como de utilidade pública a Federação Marítima do Pará; tal decreto foi um dos tantos revogados por outro editado muito tempo depois, o Decreto de 27.5.1992 (sem número), editado pelo então Presidente Fernando Collor, que manteve uma série de declarações de utilidade pública que enumerou em seu Anexo I, mas revogou as discriminadas em seu Anexo II. Em artigo doutrinário, o Coordenador de Justiça, Títulos e Qualificações do Ministério da Justiça, Damião Alves de AZEVEDO, aponta que “[a] mais antiga declaração de utilidade pública que encontramos é o Decreto 1.339, de 1905, que declara de

**Social**, lastreado em lei de 1993;<sup>48</sup> *iii*) o **Regime das Entidades Conveniadas**, baseado em lei de 1993;<sup>49</sup> *iv*) o **Regime das Fundações de Apoio**, baseado em lei de 1994;<sup>50</sup> *v*) o **Regime das Organizações Sociais**, ancorado em lei de 1998;<sup>51</sup> e *v*) o **Regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**, erigido sobre lei de 1999.<sup>52</sup>

O que os **Regimes Especiais** e os **Gerais** têm em comum é o fato de que se prestam, de alguma maneira, ao controle do fomento estatal ao terceiro setor. A **tabela 1.2**, a seguir, apresenta uma visão panorâmica desses regimes e suas subcategorias.

---

utilidade pública a Academia de Comércio do Rio de Janeiro e a Escola Prática do Comércio de São Paulo.” *O título de utilidade pública federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patronal*, p. 2.

<sup>48</sup> O **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** encontra-se disciplinado, na atualidade, pela Lei 8.212, de 24.7.1991 (que “dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”), e, sobretudo, pela Lei 8.742, de 7.12.1993 (que “dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências”), regulamentada pelo Decreto 2.536, de 6.4.1998 (que “dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a que se refere o inciso IV do art. 18 da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências”), com suas várias modificações posteriores (introduzidas pelos Decretos 3.504, de 13.6.2000; 4.327, de 8.8.2002; 4.381, de 17.9.2002; 4.499, de 4.12.2002; e 5.895, de 8.8.2006). Houve tentativa de mudança do sistema de certificação e concessão de exonerações tributárias a entidades beneficentes de assistência social por intermédio da edição da Medida Provisória 446, de 7.11.2008 (que dispõe sobre a certificação de entidades e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social); contudo, esta medida provisória, após o esgotamento do prazo para a sua apreciação pelo Congresso Nacional e o conseqüente trancamento da “pauta” de deliberações partir de 04.02.2009, acabou rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados, em sessão realizada em 10.02.2009. A decisão de rejeição da MP 446/2008 foi divulgada por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 10.02.2009, publicado no DOU de 12.02.2009, p. 01. Durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, foram oferecidas no total 268 emendas parlamentares ao seu texto (conforme registrado em BRASIL, Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, *Medida Provisória n. 446, de 2008: Nota Descritiva*, p. 4). Este número elevado de emendas parlamentares denota, nalguma medida, as reações negativas sofridas pela medida provisória no âmbito político, tendo algumas lideranças do Congresso Nacional, inclusive, sinalizado a sua rejeição em entrevistas para telejornais logo no início da sua vigência.

<sup>49</sup> Regido, na atualidade, pela Lei 8.666, de 21.6.1993, e pelo Decreto 6.170, de 25.7.2007 (já alterado pelos Decretos 6.329, de 27.12.2007; 6.428, de 14.4.2008; 6.497, de 30.6.2008; e 6.619, de 29.10.2008). Trata-se de regime jurídico que passa na atualidade por profundas transformações.

<sup>50</sup> Trata-se da Lei 8.958, de 20.12.1994, que “dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências”. Esta lei encontra-se regulamentada pelo Decreto 5.205, de 14.9.2004. É complementada pela Lei 8.666/93, que contém disposições importantes, notadamente em matéria de dispensa de licitação, aplicáveis às fundações de apoio.

<sup>51</sup> Trata-se da Lei 9.637, de 15.5.1998.

<sup>52</sup> Trata-se da Lei 9.790, de 13.3.1999, que é regulamentada pelo Decreto 3.100, de 30.6.1999, e pela Portaria MJ 361, de 27.7.1999.

**Tabela 1.2 – Regimes jurídicos de controle do fomento estatal ao terceiro setor**

<b>I – Regimes Gerais de Controle do Fomento ao Terceiro Setor</b>	
Regime Orçamentário-Financeiro	→ Lei 4.320, de 17.3.1964 → Lei Complementar 101, de 4.5.2000 → Legislação orçamentária editada a cada exercício financeiro (notadamente as LDO)
Regime do Controle Interno	→ Lei 10.683, de 28.5.2003 (fruto de conversão da MP 103, de 1º.1.2003) → Lei 10.180, de 6.2.2001 (fruto de conversão da MP 2.112-88, de 26.1.2001) → Decreto 3.591, de 6.9.2000 (com alterações introduzidas pelos Decretos 4.112, de 4.2.2002; 4.113, de 5.2.2002; 4.238, de 21.5.2002; 4.304, de 16.7.2002; 4.428, de 17.10.2002; 4.440, de 25.10.2002; 5.481, de 30.6.2005; e 6.692, de 12.12.2008)
Regime do Controle Externo	→ Lei 8.443, de 16.7.1992 → Lei 1.579, de 18.3.1952
<b>II – Regimes Especiais de Controle do Fomento ao Terceiro Setor</b>	
<b>a) O Controle das Exonerações Tributárias</b>	
Regime das Entidades de Utilidade Pública	→ Lei 91, de 28.8.1935 (com alterações introduzidas pela Lei 6.639, de 8.5.1979) → Decreto 50.517, de 2.5.1961 (com alterações introduzidas pelo Decreto 60.931, de 4.7.1967)
Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social	→ Lei 8.212, de 24.7.1991 (com diversas alterações posteriores) → Lei 8.742, de 7.12.1993 (com diversas alterações posteriores) → Decreto 2.536, de 6.4.1998 (com alterações introduzidas pelos Decretos 3.504, de 13.6.2000; 4.327, de 8.8.2002; 4.381, de 17.9.2002; 4.499, de 4.12.2002; e 5.895, de 8.8.2006)
<b>b) O Controle das Subvenções Públicas</b>	
Regime das Entidades Conveniadas	→ Lei 8.666, de 21.6.1993 (com diversas alterações posteriores) → Decreto 6.170, de 25.7.2007 (com alterações introduzidas pelos Decretos 6.329, de 27.12.2007; 6.428, de 14.4.2008; 6.497, de 30.6.2008; e 6.619, de 29.10.2008) → Decreto 93.872, de 23.12.1986 (com diversas alterações posteriores) → Portaria Interministerial 127, de 29.5.2008 → Portaria Interministerial 165, de 20.6.2008
Regime das Fundações de Apoio	→ Lei 8.958, de 20.12.1994 → Lei 8.666, de 21.6.1993 → Decreto 5.205, de 14.9.2004
Regime das Organizações Sociais	→ Lei 9.637, de 15.5.1998 (fruto de conversão da MP 1.648-7, de 23.4.2008)
Regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	→ Lei 9.790, de 13.3.1999 → Decreto 3.100, de 30.6.1999 → Portaria MJ 361, de 27.7.1999

Algumas observações sobre esses regimes jurídicos são importantes.

Note-se, em primeiro lugar, que estes não são regimes isolados, incomunicáveis entre si; na realidade, há variadas situações às quais dois ou três desses regimes se aplicam

simultaneamente.<sup>53</sup> Convém olhá-los de forma separada apenas por razões didáticas, ou seja, para bem identificar-se os diversos conjuntos normativos vigentes.

Em segundo lugar, olhando-se apenas para os **Regimes Gerais**, é inevitável atentar para o fato de que dois deles – os aqui chamados **Regime de Controle Interno** e **Regime de Controle Externo** – organizam-se, segundo a Constituição Federal e a legislação brasileira, sob a forma de *sistemas*. Esta forma de organização já vem de longa data no Brasil, pelo menos desde a década de 60, quando o Decreto-lei 200, de 1967, ao fixar diretrizes para a reforma administrativa de então, previu, em seu art. 30, que seriam “...organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central”. Vislumbrava-se, portanto, a organização sob a forma de sistema como uma medida útil para que as atividades de gestão administrativa ficassem submetidas a uma coordenação centralizada. A Constituição de 1988, talvez inspirada no ordenamento anterior, previu expressamente um “sistema de controle externo” da administração pública, nos termos dos seus arts. 70, *caput* e 71, *caput*, e, ainda, previu um “sistema de controle interno” da administração pública no âmbito “de cada Poder”, nos termos dos seus arts. 70, *caput*, parte final e 74, *caput*. Estas previsões constitucionais contribuíram para que ficasse consagrada a terminologia “sistemas de controle interno e externo” no Brasil. Nesta tese, todavia, se usa por vezes a expressão **regime** em lugar de **sistema** (de controle externo ou de controle interno) apenas como uma forma de se realçar que, fundamentalmente, cuida-se de um conjunto de normas jurídicas, independentemente de essas normas terem ou não por objeto um controle a ser exercido sob a forma de sistema. Também se usa a expressão **regime** por razão de paralelismo com as designações “regime” ou “regime jurídico” atribuídas a outros conjuntos de normas jurídicas aqui identificados (**Regime Orçamentário-Financeiro**, **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, etc.).

---

<sup>53</sup> É o que ocorre, por exemplo, quando uma entidade do terceiro setor, da área de saúde, qualifica-se por intermédio da obtenção de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e, simultaneamente, celebra convênio com o gestor local do Sistema Único de Saúde (SUS), de tal forma que fica sujeita ao **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** e ao **Regime das Entidades Conveniadas**.

Em terceiro lugar, olhando-se desta feita para os **Regimes Especiais**, há de se atentar para uma diferença fundamental entre eles. Enquanto os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das Entidades Beneficentes de Assistência Social** prestam-se, sobretudo, a controlar o fomento que o Estado dispensa ao terceiro setor pela via de exonerações tributárias, os **Regimes das Fundações de Apoio, das Entidades Conveniadas, das OS e das OSCIP** prestam-se, principalmente, a controlar o fomento que o Estado lhes dispensa pela via das transferências de recursos públicos ou subvenções (a distinção será aprofundada no **capítulo seguinte**).

Por fim, atente-se para o fato de que, em cada um dos seis **Regimes Especiais** em vigor, *varia o grau de disciplinamento normativo do controle do fomento estatal*. De fato, a análise dos variados regimes revela lacunas, recorrências e tendências normativas,<sup>54</sup> as quais, juntas, por si só, já constituem um problema fundamental do direito vigente, acerca do qual se fará, portanto, uma maior aproximação no **capítulo 7 da parte 2** (dedicado a tratar de problemas fundamentais do direito vigente).

## **Conclusão**

O terceiro setor, entendido como o conjunto de entidades privadas, sem fins lucrativos, não estatais e voltadas à persecução de finalidade de interesse público, é um conceito extra-jurídico, não adotado explicitamente pelo direito brasileiro. Contudo, desde as reformas legislativas dos anos 90 do século passado, este universo de entidades passou a merecer algum enfoque. Somente entidades com tais características passaram a poder obter determinados títulos jurídicos especiais, que deveriam lhes franquear um acesso privilegiado a medidas de fomento estatal. Iniciou-se, assim, uma tendência legislativa de paulatino tratamento específico deste universo de entidades.

---

<sup>54</sup> Por exemplo, observou-se, pela seqüência cronológica de implantação desses sistemas normativos, certa tendência histórico-normativa de recrudescimento do controle estatal. Cresce a variedade de ferramentas e estruturas de controle sobre a transferência de recursos públicos para o terceiro setor no Brasil desde a consolidação em lei do **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, na década de 30 do século passado.

Na realidade brasileira e mundial este universo é marcado pelas notas da complexidade e diversidade. Para se conhecer melhor a sua conformação real no Brasil, um importante avanço foi dado recentemente, mediante pesquisas do IBGE em parceria com outras organizações, que levantaram aspectos fundamentais das associações e fundações privadas sem fins lucrativos existentes no país. Embora não circunscrito ao terceiro setor, este levantamento iluminou a sua realidade no Brasil. Falta, no entanto, avanço comparável – em termos de transparência e sistematização de informações – quanto às medidas de fomento estatal ao terceiro setor. Dois portais eletrônicos na Internet consubstanciaram importantes iniciativas do governo federal neste sentido, mas cabe avançar mais.

A contraface do fomento estatal é o controle, indispensável no Estado de Direito. Trata-se, fundamentalmente, do controle da administração estatal dessas transferências, bem como da sua aplicação privada. Uma de suas vertentes é o controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. As normas que regem este controle estão fragmentadas por diversos conjuntos normativos. Existem pelo menos nove conjuntos de normas ou regimes jurídicos que cuidam deste controle. Conhecê-lo é tarefa árdua, porém necessária. Suspeitando-se que esse direito seja insuficiente e não venha funcionado a contento, cumpre conhecê-lo para que se possa diagnosticar os seus principais problemas e sugerir possíveis soluções.

## CAPÍTULO 2

### O FOMENTO ESTATAL AO TERCEIRO SETOR E A TÉCNICA DA SUBVENÇÃO

Introdução. **1.** O fomento estatal: conceito e relevância atual. **2.** A paulatina submissão do fomento estatal ao império do direito. **3.** O fomento estatal *ao terceiro setor* também se “juridifica”. **4.** Duas disciplinas normativas: a da *atividade de interesse público* e a do *fomento estatal*. **5.** O fomento estatal e sua submissão a múltiplos ramos do direito. **5.1.** O fomento estatal e o Direito Constitucional. **5.2.** O fomento estatal e o Direito Orçamentário. **5.3.** O fomento estatal e o Direito Tributário. **5.4.** O fomento estatal e o Direito Financeiro. **5.5.** O fomento estatal e o Direito Administrativo. **6.** A transferência de recursos públicos para o terceiro setor. **6.1.** Conceito de subvenção. **a)** Recursos do erário público. **b)** Transferência. **c)** A fundo perdido. **d)** Em favor de particulares. **e)** Com a finalidade de fomento de atividade de interesse público. **6.2.** Conceito de transferência de recursos públicos. Conclusão.

#### Introdução

A *transferência de recursos públicos* para entidades do terceiro setor é uma das técnicas, dentre tantas outras, de que se vale o Estado para fomentar as atividades de interesse público desenvolvidas por particulares. Tal transferência, quando os recursos em pauta sejam de natureza financeira, também pode ser chamada de *transferência financeira* ou, ainda, de *subvenção* ao terceiro setor. Sendo esta apenas uma dentre as múltiplas técnicas à disposição do Estado para o exercício do fomento – aos particulares em geral e ao terceiro setor em específico –, importa muito conhecer, primeiro, em que consiste a atividade estatal de fomento e quais as normas que a regem, a fim de que, num passo subsequente, se possa proceder a uma análise desta técnica em particular.

Assim, no **presente capítulo** trata-se do fenômeno do fomento estatal ao terceiro setor e das múltiplas técnicas de que se vale o Estado para tanto (**itens 1 a 5** a seguir), abrindo-se caminho, dessa forma, para tratar-se especificamente da técnica da transferência financeira ou

subvenção (**item 6**). O capítulo culmina com a constatação de que o processo histórico de juridificação pelo qual passa esta técnica de fomento ao terceiro setor no Brasil orienta-se pela necessidade de enfrentamento de questões de controle. Nesse sentido, sustenta-se que o controle do fomento estatal ao terceiro setor e desta técnica de fomento em especial – a subvenção pública – é um dos grandes desafios do Brasil na atualidade.

Tudo isso serve de aproximação à descrição que se faz, nos **capítulos subsequentes** desta **primeira parte**, do vigente sistema de controle das subvenções ao terceiro setor.

## **1. O fomento estatal: conceito e relevância atual**

Uma das funções capitais assumidas pelo Estado moderno é a de fomento da iniciativa privada de interesse público. Aponta-se que esta função pública de fomento assume relevo sem precedentes a partir da segunda metade do século XX.<sup>1</sup> No Brasil, aponta-se que ela ganhou maior importância, ou foi “redescoberta”, a partir da Reforma do Estado dos anos 90 do século passado.<sup>2</sup>

O fomento estatal pode ser definido, como já antecipado no **capítulo 1**, como *o conjunto de medidas de promoção ou proteção adotadas pelo Estado, sem o emprego*

---

<sup>1</sup> Confirmam-se as palavras de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: “A segunda metade do século XX conheceu um desenvolvimento da atividade de fomento sem precedentes nas etapas históricas anteriores.” *Principios de derecho administrativo*, p. 346. De modo semelhante, Fernando Garrido FALLA observa: “O Estado de nossos dias caracteriza-se [...] por um notável incremento na utilização das técnicas de fomento.” *Tratado de derecho administrativo*, p. 283. Mas a origem histórica da função de pública de fomento é, evidentemente, mais remota, consoante esclarece o mesmo SANTAMARÍA PASTOR: “Desde os tempos em que o Estado começa a considerar como um objetivo primordial o bem-estar dos súditos e o incremento de sua riqueza, põe-se de manifesto que diversas atividades que levam a cabo os sujeitos privados apresentam um grau de coincidência natural com os objetivos de interesse geral que persegue institucionalmente a Administração: são atividades cuja realização é desejável do ponto de vista do Estado, mas que este, por razões muito diversas, não pode empreender por si mesmo. Por isso, frente a estas atividades não cabe outra atitude possível senão estimular ditos sujeitos a desenvolvê-las e, se for o caso, orientá-las de maneira que se otimize o benefício coletivo que geram e se evitem eventuais desvios na sua execução.” *Principios de derecho administrativo*, p. 344.

<sup>2</sup> É o que constatou Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, afirmando, neste sentido, que: “...no momento em que o Estado pretende deixar um pouco de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços públicos, há, naturalmente, uma redescoberta da atividade de fomento, sem que se dê a devida conta de que esta também deve obedecer aos princípios que regem toda a atividade administrativa.” *Terceiro setor*, p. 32.

*imediate da coação, com vistas ao desenvolvimento de determinada atividade de interesse público por particulares.*

A definição leva em conta, sobretudo, as contribuições dadas ao estudo do fomento estatal pela doutrina do Direito Administrativo. É que, embora os três Poderes do Estado (nos países que adotam a clássica divisão tripartite do poder político) contribuam para a realização da atividade estatal de fomento, a contribuição dada pela administração pública é tamanha, nesta matéria, que os estudos do Direito Administrativo, notadamente na Espanha, têm dedicado ao fomento um capítulo específico, inspirados no ensaio seminal de Luis JORDANA DE POZAS.<sup>3</sup> Examinem-se, então, os aspectos centrais da definição adotada.

Uma das características do fomento estatal que costuma ser destacada pelos administrativistas (e que aparece na definição apresentada acima) é de que as medidas de fomento visam a atingir seus objetivos sempre *por via indireta*, isto é, sem o emprego imediato da coação. Não têm para os seus destinatários, assim, ao menos imediatamente, caráter imperativo. Traduzem-se como meras faculdades, disponibilizadas pelo direito em favor dos interessados.<sup>4</sup> Por isso as normas que tratam do fomento estatal promovem, estimulam, incentivam, apóiam, protegem as condutas dos seus destinatários,<sup>5</sup> em lugar de

---

<sup>3</sup> Com efeito, Luis JORDANA DE POZAS publicou o seu “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo” em 1949 (in: *Revista de Estudios Políticos*, 48, pp. 41-54), com o declarado objetivo de distinguir a *ação administrativa de fomento*, de um lado, das atividades de *polícia e serviço público*, de outro. Movia-lhe a percepção de que as duas últimas já tinham merecido múltiplos e profundos estudos, mas a primeira (a de fomento) só tinha sido examinada de passagem, sem que se atentasse para a sua singularidade nem se dedicasse atenção à caracterização e ao estudo dos atos que a concretizam. *Ibid.*, pp. 42-43. A partir de então, o diálogo dos administrativistas espanhóis com o ensaio de JORDANA DE POZAS tornou-se profícuo e inevitável, dado o caminho por ele descortinado.

<sup>4</sup> Este caráter indireto, que carece do uso imediato da coação, é realçado, por exemplo, na definição dada, na doutrina espanhola, por Fernando Garrido FALLA, para quem a atividade administrativa de fomento é “...aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público protegendo ou promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos, que diretamente as satisfazem.” *Tratado de derecho administrativo*, pp. 280-281. O mesmo caráter indireto é realçado, entre nós, pela definição oferecida por Célia Cunha MELLO, para quem a administração fomentadora é “...um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” *O fomento da administração pública*, p. 38.

<sup>5</sup> A fórmula sintética segundo a qual a atividade administrativa de fomento *promove ou protege* condutas é adotada, por exemplo, por Fernando Garrido FALLA, na definição transcrita na **nota de rodapé anterior**. Também é adotada por Fábio Luiz PACHECO, para quem a atividade administrativa de fomento “...revigora a atuação dos particulares em ações benéficas à coletividade”, “...protege ou promove a atuação dos particulares

ordenarem, exigirem, determinarem, imporem tais condutas (como seria o caso se tivessem a nota da compulsoriedade). Todavia, em que pese carecerem de caráter compulsório num primeiro momento, elas passam a envolver, sim, obrigações jurídicas, num segundo momento, após a constituição da relação jurídica de fomento pela via do assentimento do agente fomentado. Este fenômeno é constatado por Célia Cunha MELLO:

“A relação jurídica de fomento caracteriza-se pela ausência de compulsoriedade, pois só se forma com o consentimento do agente fomentado, que manifesta a vontade de se relacionar com o Estado nesse campo.

No fomento público, a Administração Pública, numa fase inicial, não utiliza a ‘potestade sancionadora’, já que se limita a oferecer aos interessados os incentivos e vantagens necessários a persuadi-los. 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 auto-executórias e deve recorrer aos instrumentos fiscalizadores, preventivos e repressores, utilizando, inclusive, medidas coercitivas, em nome do interesse público.”<sup>6</sup>

Em síntese, portanto, se não têm caráter compulsório, de imediato, para os seus destinatários, as medidas de fomento passam a tê-lo – isto é, a envolver compulsoriedade, obrigações jurídicas de parte a parte – a partir do momento em que nasce a relação jurídica de fomento.

Outra nota característica da atividade estatal de fomento (que também se procura destacar na definição apresentada acima) é a de que ela pode se revestir de técnicas ou formas bastante diversas entre si. Daí falar-se em *medidas* – que é termo de significação genérica, utilizado no plural – de fomento estatal, com o intuito deliberado de reconhecer-lhes a pluralidade e a variedade. A doutrina espanhola empenha-se em classificá-las, inspirando-se, mais uma vez, no trabalho de JORDANA DE POZAS, que classificou os *meios* de fomento em *honoríficos*, *econômicos* e *jurídicos*, com plena consciência, entretanto, de ser “...impossível estabelecer um catálogo das formas que pode revestir a administração do

---

quando essa se destina a satisfazer necessidades de interesse público”. “O terceiro setor e os municípios brasileiros”, in: *IP* 41, pp. 304 e 305, respectivamente.

<sup>6</sup> Célia Cunha MELLO, *O fomento da administração pública*, p. 46.

fomento. Sua característica e sua excelência radica, precisamente, na flexibilidade, na adaptação às circunstâncias.”<sup>7</sup> Segundo ele, entre os meios *honoríficos* estariam compreendidas “...as distinções e recompensas que se outorgam como público reconhecimento e proclamação de uma conduta exemplar”, como “enaltecimento social do beneficiado”. São exemplos as condecorações, troféus, uso de emblemas ou símbolos determinados, entre outros. Os meios *econômicos* seriam aqueles que “...de um modo direto determinam a percepção de uma quantia ou a dispensa de um pagamento obrigatório”. Exemplos seriam as subvenções, os prêmios em dinheiro, as antecipações e empréstimos, as isenções e demais privilégios de caráter fiscal. Por fim, os meios *jurídicos* se caracterizariam pela “...outorga de uma condição privilegiada que, de modo indireto, representa vantagens econômicas ou de segurança”. Os exemplos seriam muito variados, tais como as derrogações de preceitos de direito privado relativos a direitos reais e obrigações, concessões de uso de prerrogativas de caráter público, de monopólios de todo tipo, entre outros.<sup>8</sup>

Desde o ensaio de JORDANA DE POZAS, a distinção entre meios honoríficos, econômicos e jurídicos de fomento passou a ser repetida por muitos, mas enfrenta a crítica atual de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, entre outras razões pelo fato de que a classificação deixaria de mencionar técnicas de fomento de importância substancial na atualidade.<sup>9</sup> É forte entre os autores espanhóis, sem embargo, a opinião – que ecoa o próprio JORDANA DE POZAS – de que é praticamente impossível recensear todas as técnicas de fomento de que lança mão o Estado, estando mesmo fadada ao insucesso qualquer empreitada de recenseamento e classificação que se pretenda definitiva.<sup>10</sup> A opinião é também partilhada por autores brasileiros.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Luis JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, in: *Revista de Estudios Políticos*, 48, p. 50.

<sup>8</sup> Cf. *ibid.*, pp. 52-53.

<sup>9</sup> Cf. *ibid.*, p. 351.

<sup>10</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, mesmo quando leva em consideração apenas a técnica da subvenção, pondera que, “[d]ada sua extrema diversidade, não é fácil assinalar *características comuns* a todo tipo de subvenções”, embora arrisque destacar alguns. Cf. *Principios de derecho administrativo*, p. 359. Fernando Garrido FALLA reproduz JORDANA DE POZAS, dizendo: “Como observa JORDANA DE POZAS, é impossível estabelecer um catálogo completo das formas que pode revestir a ação de fomento.” *Tratado de derecho administrativo*, p. 284.

<sup>11</sup> Célia Cunha MELLO, por exemplo, observa: “No tocante à heterogeneidade das medidas de fomento, cumpre assinalar que a diversidade de formas que podem revestir a ação de fomento é tamanha, que é praticamente impossível estabelecer um catálogo completo das medidas de fomento.” *O fomento da administração pública*, p.

Reconhecem-se também dificuldades em distinguir-se por completo a atividade administrativa de fomento de outras formas tradicionais de atuação da administração pública, como a atividade de *ordenação administrativa* (ou exercício de poder de polícia).<sup>12</sup> De qualquer sorte, mesmo com as dificuldades, fazem-se distinções. Na doutrina espanhola atribui-se tamanha importância à atividade administrativa de fomento na atualidade que esta é colocada em pé de igualdade com outras formas de atuação administrativa mais estudadas pela doutrina brasileira, como a *prestação de serviços públicos* e a *ordenação administrativa*.

Finalmente, para além de valer-se da coação de maneira apenas indireta e de realizar-se por diferentes meios ou formas, o fomento estatal se caracteriza pelo fato de destinar-se ao desenvolvimento de atividades de interesse público. Trata-se de uma constatação importante. Sílvio Luís Ferreira da ROCHA a leva em consideração, quando afirma:

“A atividade de fomento deve sempre buscar incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral não é lícita.”<sup>13</sup>

Há que se reconhecer, porém, que, se a persecução de uma atividade de interesse geral é uma nota característica do fomento, a ponto de a persecução de outros fins tornar ilícita a ação estatal – como sustenta Sílvio ROCHA –, cabe uma reflexão para que a constatação adquira significado prático maior. A constatação é um bom ponto de partida para reflexão, mas sua concretização é difícil. Isto porque o caráter “de interesse geral” das atividades particulares nem sempre é de fácil identificação, de modo que é amplo, muito amplo, o espectro de atividades privadas passíveis de fomento pelo Estado. Assiste-se, a partir da segunda metade do século XX, consoante observou SANTAMARÍA PASTOR

---

38. Sérgio D'ANDREA FERREIRA faz menção à “...diversidade de hipóteses, e de instrumentos de fomento...”, reconhecendo ser esta diversidade um fenômeno “...apontado por todos os estudiosos da matéria...”. “O incentivo fiscal como instituto do direito econômico”, in: *RDA* 211, p. 43.

<sup>12</sup> Fernando Garrido FALLA procura superar alguns impasses da distinção entre *fomento* e *ordenação administrativa* com a observação de que, em que pese a existência de várias formas de atividade administrativa (como o fomento e a ordenação), inexistem monopólios de determinados fins administrativos por determinadas formas ou técnicas de atuação. Assim, um mesmo objetivo buscado pela administração pública pode ser indistintamente atingido por intermédio de uma técnica de ordenação, ou, então, por meio de uma técnica de fomento. Cf. *Tratado de derecho administrativo*, p. 280.

<sup>13</sup> *Terceiro setor*, p. 31.

(presumidamente em alusão à experiência européia), a uma “generalização das medidas de fomento”.<sup>14</sup> Neste contexto, que parece aplicável ao caso brasileiro, as atividades passíveis de fomento pelo Estado não precisam ser necessariamente serviços de sua alçada, isto é, serviços dos quais o Estado pretenda se desincumbir com a cooperação de agentes da iniciativa privada; podem ser quaisquer atividades que o direito tenha deixado livre à iniciativa privada (em princípio estranhas à alçada estatal, portanto), mas que tenham *alguma conseqüência positiva* ou algum *grau de coincidência com os objetivos de interesse público* que ao Estado cumpre perseguir.<sup>15</sup> É o que basta para que a atividade em questão torne-se uma séria candidata a medidas de fomento provenientes do Estado.

Consoante se verá com maiores detalhes adiante, dentre as finalidades de interesse público cuja persecução por entidades privadas sem fins lucrativos a legislação brasileira reconhece como legítima e passível de fomento, algumas são atividades voltadas à *construção de novos direitos*. Estes novos direitos podem ser direitos que, na visão de determinado grupo de interesse, a legislação não reconheça a contento, mas que o grupo, sem embargo, lute para que sejam reconhecidos, alegando o seu amparo constitucional. Sua caracterização como de “interesse geral” é, assim, discutível, ao menos se adotada a visão de que o direito positivo é a tradução dos interesses gerais (afinal, trata-se de construir *novos* direitos, que como tais não se encontram reconhecidos, ou encontram-se insuficientemente reconhecidos, pelo direito posto). De qualquer sorte, segundo a legislação brasileira em vigor, mesmo as entidades que lutem pela construção de novos direitos são passíveis de fomento estatal.<sup>16</sup>

Exemplos como este, da atividade privada em prol da construção de novos direitos, ilustram o quanto não se deve perder de vista a miríade de propósitos possíveis das entidades do terceiro setor. Não se deve encará-las como entidades existentes apenas para ocupar terreno outrora ocupado pelo Estado, ignorando-se a possibilidade de existência de um terceiro setor

---

<sup>14</sup> *Principios de derecho administrativo*, p. 347.

<sup>15</sup> Nas palavras de SANTAMARÍA PASTOR: “...já não se trata apenas de que os particulares satisfaçam indiretamente necessidades públicas, estimulando-lhes a isto, mas da possibilidade de favorecer qualquer tipo de atividade que ofereça algum traço positivo.” *Ibid.*, p. 347.

<sup>16</sup> É o que se depreende da Lei 9.790/90, cujo art. 3º., X, prevê que a qualificação de OSCIP pode ser conferida a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais sejam a “promoção de direitos estabelecidos, *construção de novos direitos* e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar” (itálico acrescentado).

mais independente, realizador de atividades privadas com algum coeficiente de interesse público. Se, por um lado, o Estado se transforma de “Prestador” a “Regulador”, descortinando-se assim novas oportunidades de parcerias entre Estado e terceiro setor e aumentando a importância deste último como prestador de serviços sociais que ao Estado também compete prestar, há que se considerar, por outro lado, que o terceiro setor não se transforma, só por isso, de setor independente em mero instrumento de ação do Estado. Noutras palavras, apesar do crescimento da importância do terceiro setor como prestador de serviços sociais em complemento à ação do Estado nos últimos anos, suas atividades não se restringem a isto, podendo envolver muitas ações que, em princípio, nada têm de estatais, embora guardem algum coeficiente de interesse público. São atividades que podem ser identificadas com algum traço positivo, algum grau de coincidência com interesses gerais, que as permita tornarem-se candidatas ao fomento do Estado.

## **2. A paulatina submissão do fomento estatal ao império do direito**

De acordo com a percuciente análise de SANTAMARÍA PASTOR, a atividade estatal de fomento, apesar da sua grande importância na vida econômica do Estado, tardou a ser submetida às restrições próprias do Estado de Direito, vindo a ser por elas alcançadas apenas nos últimos anos; mesmo assim, ainda há muito caminho a percorrer.<sup>17</sup> Refletindo sobre o ordenamento espanhol, o autor identifica o *princípio da reserva de lei*, o *princípio constitucional da igualdade* e, ainda, as *normas constitucionais sobre o gasto público*, como os três pontos que irradiam maiores efeitos sobre a atividade administrativa de fomento. E explica como se dá esta irradiação.<sup>18</sup>

Segundo o administrativista espanhol, a incidência do *princípio da reserva de lei* se revela, notoriamente, por meio do princípio da legalidade orçamentária (pelo menos por meio da exigência de previsão orçamentária dos créditos necessários à outorga de subvenções).<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. *Principios de derecho administrativo*, p. 349.

<sup>18</sup> Cf. *ibid.*, pp. 349-350.

<sup>19</sup> Lembre-se que, à semelhança da descrição deste traço do ordenamento espanhol, também no Brasil, por força do art. 167 da Constituição Federal, é vedada “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que

Também se revela por meio da exigência de lei para medidas de caráter limitativo da liberdade dos particulares, devendo-se notar que as subvenções podem vir a alcançar, sim, um caráter indiretamente limitativo de liberdades (ainda que não o tenham para as empresas que as recebem, podem tê-lo para as que não as recebem, que acabam ficando numa situação de inferioridade competitiva). Já o *princípio constitucional da igualdade* incide na medida em que as técnicas de fomento não podem beneficiar à totalidade dos sujeitos interessados, dada a escassez de recursos financeiros disponíveis para instrumentá-las; três conseqüências capitais dessa circunstância seriam, primeiro, a necessidade de regras de transparência, publicidade e livre concorrência para a outorga das ajudas públicas; segundo, a necessidade de adjudicação das ajudas por meio de procedimentos administrativos licitatórios ou de caráter competitivo; e, terceiro, a vedação a que a obtenção das ajudas falseie as regras de concorrência colocando algumas empresas em posição de injusta vantagem perante outras que não as tenham obtido. Finalmente, as *normas constitucionais sobre o gasto público* incidem sobre a atividade estatal de fomento de sorte a exigir que o repasse de recursos nela envolvido obedeça, nos termos do artigo 31.2 da Constituição Espanhola, não só a uma atribuição *equitativa*, mas também a *critérios de eficiência e economia*.<sup>20</sup> É latente a semelhança dessa previsão com as normas que decorrem do art. 70, *caput* da Constituição Brasileira, que exigem observância e controle não apenas da *legalidade*, mas também da *legitimidade e economicidade* do gasto público; clara, ainda, é a sua semelhança com as normas que decorrem do art. 74, II, também da Constituição pátria, exigindo *avaliação de resultados* da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, segundo *critérios de eficácia e eficiência*; nítida, por fim, a sua similitude com a expressa vinculação constitucional da administração pública brasileira ao *princípio da eficiência*, por força do art. 37, *caput*.

A constatação de SANTAMARÍA PASTOR do processo histórico de juridificação do fomento público, bem como o seu alerta para os pontos nevrálgicos do direito incidente sobre esta atividade – princípios da reserva de lei, da igualdade e normas sobre o gasto público –, só pode calar fundo naqueles que estejam preocupados com o atual estágio da evolução do direito

---

excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (nos termos de seu inciso II), assim como é vedado “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (nos termos de seu inciso I). Logo, entre nós, brasileiros, também não há lugar para subvenções sem amparo na legislação orçamentária.

<sup>20</sup> Cf. *Principios de derecho administrativo*, pp. 349-350.

brasileiro acerca das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. Realmente, algumas normas próprias do modelo de Estado Democrático de Direito parecem tardar, entre nós, tal como constatado no caso espanhol, a limitar e a constranger o uso desta técnica de fomento. No caso brasileiro, o problema não passou despercebido por Sílvio ROCHA, que, em 2003, já observava uma “redescoberta da atividade administrativa de fomento no Brasil”,<sup>21</sup> no bojo da Reforma Administrativa do Estado brasileiro, e apontava a necessidade de sua submissão aos princípios da administração pública.<sup>22</sup> Explique-se no próximo tópico.

### **3. O fomento estatal ao terceiro setor também se “juridifica”**

O fomento estatal *destinado ao terceiro setor* no Brasil parece padecer do mesmo problema de sujeição tardia às constringências próprias do Estado Democrático de Direito que, na visão de SANTAMÁRIA PASTOR, assolou o fomento como um todo. Isto talvez não surpreenda no caso brasileiro, devido à circunstância de que, em última análise, não só o fomento ao terceiro setor esteve alheio às constringências típicas do Estado de Direito, como o próprio *terceiro setor* e, de resto, *o Estado brasileiro como um todo* estiveram imersos em ditaduras por longos períodos, nos quais inexistiam condições, por óbvio, para o florescimento de maiores constrangimentos jurídicos ao poderio dos governos autocráticos. De todo modo, é certo que, mais de vinte anos após a promulgação da Constituição de 1988, que foi o marco jurídico e simbólico da instituição de um Estado Democrático de Direito entre nós, o *exercício* da atividade estatal de fomento ainda se encontra em franca tensão com as limitações e

---

<sup>21</sup> *Terceiro setor*, pp. 32 e ss. Esta constatação feita por Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, acerca do fenômeno da “redescoberta” da atividade administrativa de fomento no país, foi, inclusive, realçada, em prefácio à sua obra, por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que a destacou como uma contribuição de relevo aos estudos jurídicos. Cf. *ibid.*, p. 5.

<sup>22</sup> Vejam-se as palavras de Sílvio ROCHA: “A atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve obedecer a todos os princípios que orientam a atividade administrativa. [...] A atividade de fomento, como regra, não obedece a esses princípios. A justificativa para isso, até certo ponto, é o desprezo dado a esta atividade administrativa, relegada a um segundo plano e considerada de menor importância se comparada à prestação de serviços públicos. Ocorre que, no momento em que o Estado pretende deixar um pouco de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços públicos, há, naturalmente, uma redescoberta da atividade de fomento, sem que se dê a devida conta de que esta também deve obedecer aos princípios que regem toda a atividade administrativa.” *Ibid.*, pp. 30-32. A ponderação inicial de Sílvio ROCHA, acerca da necessidade de submissão da atividade administrativa de fomento aos princípios da administração pública, ecoou noutros estudos jurídicos; veja-se, por exemplo, a afirmação de Fábio Luiz PACHECO: “...a atividade de fomento, como atividade administrativa, deve respeitar todos os princípios aplicáveis à Administração Pública, mormente os elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.” *Ibid.*, p. 305.

condicionamentos *jurídicos* decorrentes do novo modelo de Estado. Prova da tensão entre direito e realidade, que assistimos hoje, é a própria proeminência do tema nos debates jurídicos e políticos. Mais do que isso, há *momentum* para que as tensões sejam estudadas e os problemas atinentes a estas transferências sejam encarados de frente, esperando-se que, como resultado, o Estado Democrático de Direito conquiste mais espaço neste recanto da atividade estatal ao qual esteve relativamente estrangeiro nos últimos tempos.

#### **4. Duas disciplinas normativas: a da *atividade de interesse público* e a do *fomento estatal***

Mas é importante constatarem-se as peculiaridades do desafio atual. A extensão das restrições típicas do Estado Democrático de Direito à dispensa do fomento público, tanto ao setor privado em geral como ao terceiro setor em particular, é um desafio por si só, que não se confunde com outros desafios já existentes independentemente da presença do fomento estatal.

Um outro desafio que existe no Direito Público contemporâneo, independentemente da “redescoberta” da atividade estatal de fomento, é o da *aplicação de valores públicos ao exercício de funções públicas por particulares*, na acurada síntese de Jean-Bernard AUBY.<sup>23</sup> Convém explicar qual seja este desafio típico do Estado atual, para, em seguida, demonstrar-se o porquê da sua existência independente dos novos desafios trazidos pela retomada do fomento.

Como se sabe, a história do Estado ao longo do século XX esteve muito marcada pela transferência de tarefas públicas à iniciativa privada; a “privatização” nas suas diversas modalidades, o chamado “outsourcing” ou a “terceirização” para o setor privado de serviços outrora prestados diretamente por entidades e órgãos integrantes da administração pública constituíram tendência de organização do Estado no século passado. Com a transferência de tarefas públicas à iniciativa privada adveio, também, o desafio da aplicação de “valores

---

<sup>23</sup> Cf. *Contracting Out and Public Values: A Theoretical and Comparative Approach (Draft)*, *passim*; versão preliminar de artigo apresentada no Workshop on Comparative Administrative Law, realizado na Yale Law School nos dias 7 a 9 de maio de 2009, em New Haven, EUA. Disponível em: <http://www.yale.law.edu> (acesso em 11.12.2009).

públicos” – princípios, regras e outros institutos de Direito Público – a pessoas para as quais não foram originalmente idealizados ou concebidos. Deveras, aquele direito originariamente concebido para constranger o Estado passou a ter de se aplicar, de alguma forma, aos agentes da iniciativa privada que passaram a desempenhar uma série de tarefas públicas em nome do Estado (fazendo as vezes do próprio Estado, como também se costuma dizer). Como, então, submeter o *privado* àquilo que foi originariamente cunhado para constranger o *público*? Este foi – e por certo ainda é – um grande desafio do Direito Público na atualidade.<sup>24</sup>

Relativamente às relações entre Estado e entidades do terceiro setor, este desafio também está presente: entidades privadas que desempenham atividades de interesse público, sem finalidades lucrativas, são muitas vezes chamadas a cooperar com o Estado no desempenho de funções estatais, das quais o Estado não quer ou não pode mais desincumbir-se diretamente (sendo-lhe vedado, no entanto, furtar-se a desempenhá-las). As funções públicas de prestação de serviços de assistência social, saúde e educação, que a Constituição brasileira conferiu ao Estado – mas não com exclusividade<sup>25</sup> –, são desempenhadas também por entidades do terceiro setor. Há então o desafio de constrangê-las também pelos “valores públicos” aos quais o próprio Estado está constrangido ao desempenhar as mesmas atividades.

Perceba-se que este desafio suscitado pela prestação de serviços públicos (ou serviços sociais nos exemplos acima, como chamados pela doutrina brasileira)<sup>26</sup> por entidades do

---

<sup>24</sup> Eis como Jean-Bernard AUBY coloca o desafio: “Quando ‘tarefas públicas’ são confiadas a atores privados mediante contratos – sejam estes contratos da ‘Private Finance Initiative’ na Grã-Bretanha, ‘concessiones de obras publicas’ na Espanha, ‘delegations de service public’ na França, parcerias público-privadas de vários tipos noutros lugares,... –, como ter certeza que elas sejam executadas de um modo que respeite ‘valores públicos’, i.e. os princípios jurídicos centrais e específicos que órgãos públicos devem obedecer quando agem por si mesmos – os substantivos (direitos fundamentais dos cidadãos e dos empregados, transparência, não-discriminação, proporcionalidade...), e os procedimentais (devido processo, consulta pública...)?”<sup>24</sup> *Contracting Out and Public Values: A Theoretical and Comparative Approach (Draft)*, pp. 1-2. Disponível em: <http://www.yale.law.edu> (acesso em 11.12.2009).

<sup>25</sup> Nos termos do seu art. 197, que reconhece as ações e serviços de saúde como “de relevância pública” e prevê que a sua execução deve ser feita “...diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”; do seu art. 203, que prevê que a assistência social será “...prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social...”, e do seu art. 204, que se reporta expressamente às “...ações governamentais na área de saúde...”, tudo a pressupor a possibilidade de prestação de serviços de assistência social por particulares, independentemente de qualquer delegação estatal; e, finalmente, nos termos do seu art. 205, ao prever a educação como “...dever do Estado e da família...”, devendo ser “...promovida e incentivada com a colaboração da sociedade...”, e do seu art. 209, que declara o ensino “...livre à iniciativa privada...”, atendidas as condições nele estabelecidas.

<sup>26</sup> Cf., por exemplo, Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de direito público*, pp. 83-84.

terceiro setor é de todo semelhante ao desafio suscitado pela prestação de serviços públicos por outros agentes da iniciativa privada (como as empresas, que têm finalidade lucrativa). Noutros termos, as entidades do terceiro setor, quando se põem como instrumento de ação do Estado no desempenho de serviços públicos, fazem surgir a mesma questão surgida quando outros agentes da iniciativa privada se colocam na mesma situação: como se lhes aplicar “valores públicos” que foram originalmente concebidos para a constrição da ação direta do Estado na prestação dos mesmo serviços?

Mas a atividade de *fomento* estatal às entidades do setor privado em geral, e do terceiro setor em particular, suscita um desafio novo, paralelo a este que se vem de descrever; trata-se da necessidade de se constringer juridicamente o próprio exercício do fomento pelo Estado. Isto é uma novidade, porquanto, havendo ou não fomento estatal, o exercício de uma atividade de interesse público já demandará, por si só, a sua sujeição a “valores públicos”. Visualize-se com exemplos: a prestação de serviços de saúde, educação e assistência social, ainda que realizada por particulares independentemente de qualquer medida de fomento estatal, demanda, *por si só*, uma regulação jurídica que a submeta à observância de “valores públicos”. São as atividades em jogo que reclamam a incidência dos princípios, regras e institutos de Direito Público; a presença delas é bastante para atrair esta incidência. Já a circunstância de estas atividades *também* se tornarem objeto de medida de fomento estatal é uma outra história; é realmente um *novo fator* a demandar que sejam constringidas pelo direito.

Nem sempre se atenta suficientemente para isto: o fato de que a presença do fomento estatal atrai por si mesma uma série de constrições jurídicas que inexistiam na ausência do fomento. Não é à toa que SANTAMARÍA PASTOR destacou as normas constitucionais sobre o gasto público, como já assinalado, como um dos pontos fundamentais a irradiar efeitos sobre o fomento estatal. Elas entram em cena quando o Estado fomenta atividade privada, mas nada dizem sobre a atividade privada se desenvolve independentemente de fomento estatal. É preciso atentar, então, para o fato de que o uso das técnicas de fomento pelo Estado, assim como as finalidades almejadas com o seu manejo, devem estar submetidas ao direito, o que ocorre em paralelo à necessidade de constrição das atividades fomentadas a determinados “valores públicos”.

Lembre-se, ademais, que as atividades passíveis de fomento pelo Estado não precisam ser necessariamente serviços de sua alçada (como já assinalado). Podem ser quaisquer atividades que o direito tenha deixado livres à iniciativa privada mesmo, em princípio estranhas à alçada estatal, mas que tenham alguma consequência positiva ou algum grau de coincidência natural com os objetivos de interesse público que ao Estado cumpre perseguir. Quanto a essas atividades, o desafio não está propriamente em estender a particulares a aplicação de “valores públicos”, originalmente concebidos para sujeitar o Estado, pertinentes a prestações de serviços estatais que agora passaram a ser feitas por agentes privados; reside, isto sim, em aplicar “valores públicos” pertinentes ao fomento estatal a particulares. É o fomento estatal, em suma, que por si só atrai a incidência de um conjunto de normas de Direito Público anteriormente estranhas ao objeto em questão, que passa a incidir paralelamente às normas que já o regulamentavam antes do fomento.

Examinem-se a seguir algumas dessas normas que constroem, tipicamente, o fomento estatal (ou deveriam constroê-lo) no Brasil.

## **5. O fomento estatal e sua submissão a múltiplos ramos do direito**

A atividade estatal de fomento está submetida a normas estudadas por múltiplos ramos do direito. Em que pese o papel fundamental da administração pública no seu exercício, como já assinalado, é falsa a eventual impressão de que só ela (ou só o Executivo) seja responsável por este fenômeno, assim como é falsa a impressão de que só o Direito Administrativo tenha algo de relevante a dizer sobre ele (o fomento estatal). Na realidade, os Direitos Constitucional, Tributário, Orçamentário e Financeiro, além, é claro, do Administrativo, constituem pontos de partida nada desprezíveis para o estudo da atividade estatal de fomento.

## 5.1. O fomento estatal e o Direito Constitucional

Voltando-se os olhos para o Direito Constitucional, nota-se que a Constituição de 1988 é riquíssima em normas que prevêm ou permitem o uso de técnicas administrativas de fomento para sua concreção. São exemplos as disposições constitucionais que atribuem ao Poder Público certa competência: *i*) para *fomento* (por óbvio), *promoção*, *estímulo*, *apoio*, *incentivo ou favorecimento* a particulares;<sup>27</sup> *ii*) para *proteção* a particulares;<sup>28</sup> *iii*) para *cooperação* com particulares;<sup>29</sup> *iv*) para *concessão de subsídios* a particulares;<sup>30</sup> *v*) para a *concessão de recursos públicos em geral* a particulares;<sup>31</sup> *vi*) para *concessão de tratamento diferenciado, especial, favorecido, preferencial ou prioritário, de uma forma geral*, a particulares;<sup>32</sup> *vii*) para *concessão de tratamento tributário diferenciado, especial ou favorecido* a particulares;<sup>33</sup> *viii*) para *financiamento*,<sup>34</sup> *concessão de crédito*<sup>35</sup> ou *empréstimos* a particulares;<sup>36</sup> *ix*) para *concessão de garantias* a particulares;<sup>37</sup> *x*) para *doações* a particulares;<sup>38</sup> e, ainda, *xi*) para *planejamento com vistas ao desenvolvimento econômico*,

<sup>27</sup> Cf., por exemplo, **art. 23, VIII**, atribuindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência comum para fomentar a produção agropecuária.

<sup>28</sup> Cf., por exemplo, **art. 215, § 1º**, prevendo que o Poder Público “...protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

<sup>29</sup> Cf., por exemplo, **art. 43, § 3º, in fine**, prevendo que a União “...cooperará...”, nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas, “...com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação”.

<sup>30</sup> Cf., por exemplo, **art. 177, § 4º, II, a**, prevendo que os recursos arrecadados com a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível serão destinados, entre outras finalidades, “ao pagamento de *subsídios* a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo” (itálico acrescentado).

<sup>31</sup> Cf., por exemplo, **art. 217, II**, determinando ao Poder Público a destinação de “...recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento”.

<sup>32</sup> Cf., por exemplo, **art. 170, IX (de acordo com a EC 6/95)**, prevendo, como outro princípio da ordem econômica, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

<sup>33</sup> Cf., por exemplo, **art. 227, § 3º, VI**, prevendo que o direito a proteção especial da criança e do adolescente abrangerá, entre outros aspectos, o “estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, *incentivos fiscais* e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado” (itálico acrescentado).

<sup>34</sup> Cf., por exemplo, **art. 5º, XXVI, in fine**, prevendo a que lei disporá sobre os meios de financiamento do desenvolvimento da pequena propriedade rural.

<sup>35</sup> Cf., por exemplo, **art. 165, §8º**, aludindo à “contratação de operações de crédito”.

<sup>36</sup> Cf. **art. 164, § 1º**, vedando ao BACEN conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

<sup>37</sup> Cf., por exemplo, **art. 163, III**, prevendo que lei complementar disporá sobre concessão de garantias pelas entidades públicas.

<sup>38</sup> Cf. **art. 243, parágrafo único**, prevendo que “[t]odo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de

social,<sup>39</sup> nacional,<sup>40</sup> regional,<sup>41</sup> setorial,<sup>42</sup> urbano,<sup>43</sup> do ensino e da pessoa,<sup>44</sup> cultural,<sup>45</sup> entre outros, todos em benefício de particulares.

Treta-se de um impressionante rol de disposições constitucionais que prevêm ou possibilitam o fomento estatal a particulares. São preceitos que prevêm, basicamente, *técnicas e finalidades* do fomento estatal. As variadas finalidades perseguidas por intermédio das técnicas de fomento consistem na promoção da cultura, da saúde, dos desportos, do desenvolvimento econômico, entre outras. As variadas técnicas consistem nas subvenções, renúncias de receita, empréstimos, concessões de garantia, entre outras. A Constituição, ao prever estas técnicas e finalidades do fomento, não as esgota; outras podem ser estabelecidas pela legislação. A pluralidade e a variedade nesta matéria são muito grandes.

Neste estudo tem importância central a técnica da *subvenção*. Sobre a subvenção há ainda mais disposições constitucionais relevantes. Dois são os principais dispositivos de regência das subvenções: o art. 70, *caput*, que submete a execução tanto das *subvenções* como das *renúncias de receita* ao sistema de controle externo (a cargo do Poder Legislativo) e aos sistemas de controle interno (de cada Poder), e o art. 74, II, que prevê a avaliação de

---

instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”

<sup>39</sup> Cf., por exemplo, **art. 174, caput**, atribuindo competência ao Poder Público para, “...como agente normativo e regulador da atividade econômica...”, exercer, “...na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (itálico acrescentado).

<sup>40</sup> Cf., por exemplo, **art. 174, § 1º**, prevendo lei que “...lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

<sup>41</sup> Cf., por exemplo, **art. 159, I, c**, aludindo a “planos regionais de desenvolvimento” das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país, bem como a “instituições financeiras de caráter regional” atuantes nestas Regiões.

<sup>42</sup> Cf., por exemplo, **art. 165, § 4º**, prevendo que os planos e programas nacionais e setoriais previstos na Constituição serão elaborados em consonância com o PPA e apreciados pelo Congresso Nacional.

<sup>43</sup> Cf. **art. 182, caput e § 1º**, prevendo o plano diretor como “...instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” e, ainda, uma “...política de desenvolvimento urbano...” com “...o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

<sup>44</sup> Cf. **arts. 205 e ss.**, que prevêm um “...plano nacional de educação [...], visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis...” (cf. **art. 214, caput**), conducente, entre outros objetivos, à “promoção humanística, científica e tecnológica do País” (cf. **art. 214, V**); a vinculação de receita resultante de impostos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino (cf. **art. 212**); e a vinculação da educação ao objetivo de “...pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (cf. **art. 205**).

<sup>45</sup> Cf. **art. 215, § 3º**. (de acordo com a EC 48/2005), prevendo que o estabelecimento, por lei, de “Plano Nacional de Cultura”, “...visando ao desenvolvimento cultural do País...”.

resultados, quanto à eficiência e à eficácia, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.<sup>46</sup> Veja-se, assim, que, quando a subvenção foi expressamente prevista na Constituição, ela o foi, justamente, em seção concernente ao *controle*,<sup>47</sup> a denotar a existência de uma íntima correlação entre as funções públicas de fomento e controle, como já assinalado.

Mas não é apenas nos artigos 70, *caput* e 74, II, que elas foram mencionadas; também se encontram referências às subvenções em diversas outras disposições, que ora *proíbem-nas*, ora *as impõem como obrigatórias*. Como *vedações constitucionais expressas a determinadas subvenções de origem pública ou privada*, vê-se que estão proibidos: os partidos políticos, de receberem recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros;<sup>48</sup> os entes da federação, de subvencionarem cultos religiosos ou igrejas;<sup>49</sup> os deputados e senadores, desde a posse, de serem proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou que nela exerçam função remunerada,<sup>50</sup> estendendo-se estas proibições aos vereadores;<sup>51</sup> os juizes, de receberem, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei,<sup>52</sup> o Poder Público, de destinar recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos da área de saúde;<sup>53</sup> os entes da federação, bem como as entidades de suas administrações indiretas, de aportarem recursos a entidade de previdência privada, salvo na qualidade de patrocinadores (situação na qual, em hipótese alguma, suas contribuições normais poderão exceder a do segurado);<sup>54</sup> os beneficiários de recursos de fundos estaduais (ou do Distrito Federal) de fomento à cultura, de

---

<sup>46</sup> Análise mais detida desses preceitos constitucionais será feita nos **capítulos 5 e 6** desta tese, referentes, respectivamente, ao controle interno e ao controle externo, razão pela qual se abstém de transcrevê-los por hora.

<sup>47</sup> Trata-se da Seção IX, intitulada “Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, do Capítulo I, intitulado “Do Poder Legislativo”, do Título IV, acerca “Da Organização dos Poderes”, da Constituição Federal.

<sup>48</sup> Cf. art. 17, II.

<sup>49</sup> Cf. art. 19, I.

<sup>50</sup> Cf. art. 54, II, *a*. Prevê-se, ademais, a punição dos deputados e senadores que violem a proibição em tela com a perda do mandato (cf. art. 55, I), que deverá ser decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político com representação no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (cf. art. 55, § 2º).

<sup>51</sup> Cf. art. 29, IX.

<sup>52</sup> Cf. art. 95, parágrafo único, IV, de acordo com a EC 45/2004.

<sup>53</sup> Cf. art. 199, § 2º.

<sup>54</sup> Cf. art. 202, § 3º.

aplicarem esses recursos em despesas com pessoal e encargos sociais.<sup>55</sup> Todas essas são proibições constitucionais às subvenções.

De outro lado, passando os olhos pelas *previsões constitucionais do dever de subvencionar*, note-se que se impõe: ao Poder Público, que destine “...recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento”<sup>56</sup>; e, ainda, ao Poder Público, que estimule o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e *subsídios*, nos termos da lei.<sup>57</sup>

Para além da estipulação de situações em que a subvenção é proibida ou exigida, o Texto Constitucional apresenta *um conjunto de exigências e limitações à elaboração da legislação orçamentária e à sua execução financeira* que se afigura muito importante em matéria de subvenções estatais. Por exemplo, a Constituição exige que o projeto de lei orçamentária seja “...acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, *subsídios* e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia” (itálico acrescentado).<sup>58</sup> Assim, os efeitos das subvenções (ou subsídios, que têm o mesmo significado neste preceito constitucional) sobre as receitas e despesas devem ser estimados e divulgados, o que se mostra importante para a compreensão de seu impacto global no orçamento público. Ainda, na Constituição veda-se ao Poder Público a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;<sup>59</sup> e veda-se também, ao Poder Público, a concessão ou utilização de créditos ilimitados (art. 167, VII). Ambas as previsões restringem a flexibilidade na execução do orçamento público, de tal sorte que, uma vez previstas determinadas verbas orçamentárias para a outorga de subvenções, fixadas num certo montante e atreladas a certo programa, sob a incumbência de certo órgão público, pode-se dizer, em tese, que ficam proscritas modificações do previsto.

---

<sup>55</sup> Cf. art. 216, § 5º., I.

<sup>56</sup> Cf. art. 217, II.

<sup>57</sup> Cf. art. 227, § 3º., VI.

<sup>58</sup> Cf. art. 165, § 6º.

<sup>59</sup> Cf. art. 167, VI.

## 5.2. O fomento estatal e o Direito Orçamentário

Voltando-se os olhos para o Direito Orçamentário, nota-se que pelo menos dois papéis muito importantes, relativamente ao fomento estatal, são cumpridos pelas normas que disciplinam a questão orçamentária. De um lado, é na Lei de Orçamentos (nº. 4.320/64 (também chamada Lei de Orçamentos, verdadeira lei-sobre-leis-de-orçamento), em que estão estipuladas as *transferências* como categorias de despesa que podem beneficiar o setor privado. De outro lado, é nas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO) editadas a cada ano que têm sido complementadas as regras sobre as categorias de despesa aptas a beneficiar o terceiro setor, além de fixados diversos requisitos e vedações pertinentes à destinação destas despesas. Sobre as LDO tratará o **capítulo 4** desta tese. Finalmente, é na disciplina da matéria orçamentária presente na Constituição Federal, como visto no **item anterior**, que se encontra parcela relevante das constrações jurídicas à atividade estatal de fomento.

Vale comentar aqui, então, a disciplina do tema na Lei 4.320/64. De acordo com a lei, as *transferências* são categorias de despesa orçamentária que se caracterizam pelo fato de não lhes corresponder contraprestação direta em bens ou serviços. Classificam-se em transferências correntes e de capital. As *transferências correntes* destinam-se a cobrir despesas de custeio,<sup>60</sup> enquanto as *transferências de capital* servem para cobrir investimentos.<sup>61</sup> São subcategorias de transferências correntes as *subvenções sociais*, destinadas a entidades sem finalidade lucrativa das áreas de assistência social, cultura, saúde e educação,<sup>62</sup> e as *subvenções econômicas*, destinadas a empresas públicas ou privadas.<sup>63</sup> Há também a *contribuição corrente*, que é a subvenção derivada de lei especial.<sup>64</sup> Já as transferências de

---

<sup>60</sup> Nos termos da Lei 4.320/64, art. 12, § 2.º., as *transferências correntes* são “as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado”.

<sup>61</sup> Nos termos da Lei 4.320/64, art. 12, § 6.º., *transferências de capital* são “as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.”

<sup>62</sup> Cf. art. 12, § 3.º, I c/c art. 16, *caput*.

<sup>63</sup> Cf. art. 12, § 3.º, II.

<sup>64</sup> Curiosamente, a Lei 4.320/64 não faz menção expressa à distinção entre contribuições de capital e contribuições correntes, mas, na prática, ela tem sido empregada; as LDO federais têm tratado da destinação de

capital podem ser *auxílios*, quando derivem diretamente da LOA, e *contribuições de capital*, quando derivem de lei especial.

Veja-se que as subvenções sociais são as que, dentre todas, mais se ajustam como categorias de despesa pública destinadas ao custeio de instituições privadas, sem fins lucrativos e dedicadas a finalidades de interesse público. É notável, contudo, que, pela letra da lei, as subvenções sociais só possam contemplar instituições atuantes nas áreas médica, educacional, cultural e de assistência social. Trata-se de um afunilamento dos possíveis destinos do fomento estatal ao terceiro setor desajustado aos tempos modernos.

### 5.3. O fomento estatal e o Direito Tributário

Voltando-se os olhos para o Direito Tributário, nota-se que ele cumpre dois importantes papéis na disciplina do fomento estatal: disciplinar a arrecadação de receitas pelo Estado e, acima de tudo, disciplinar a renúncia de receitas pelo Estado. A disciplina da arrecadação de receitas importa porque sem ela inexistiriam recursos para que o Estado subvencionasse alguém. Mas é a renúncia de receitas a técnica estudada pelo Direito Tributário que, na prática do fomento estatal, assume maior proeminência.

São duas as técnicas de renúncia de receitas mais conhecidas: a *imunidade* e a *isenção* tributárias. Imunidades e isenções tributárias cumprem a mesma função: ambas são formas de exoneração tributária. Diferença fundamental entre elas reside em que as imunidades são estabelecidas por normas constitucionais, ao passo que as isenções tributárias são instituídas no plano infraconstitucional (seja o da lei ordinária, seja o da lei complementar).<sup>65</sup>

Segundo Fernando Borges MÂNICA, "...a imunidade tributária consiste em enunciados normativos que compõem a norma de competência de forma a qualificar expressamente determinados fatos, pessoas e bens que não estarão incluídos no âmbito da

---

recursos ao setor privado a título de subvenções sociais, auxílios, contribuições de capital e, ainda, *contribuições correntes*.

<sup>65</sup> Cf. Fernando Borges MÂNICA, *Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática*, pp. 150-151.

competência outorgada.”<sup>66</sup> Já a isenção tributária ocorre quando o legislador ordinário, no exercício de sua competência tributária, “...descreve e qualifica expressamente alguns eventos, de forma a delimitar dentre o universo de sua competência, os eventos cuja ocorrência não provoca a incidência da norma tributária.”<sup>67</sup> Na mesma linha, José SOUTO MAIOR BORGES aponta que a isenção é “...hipótese de não incidência, legalmente qualificada, da norma que prescreve a obrigação tributária.”<sup>68</sup>

Note-se que, num ou noutro caso – isto é, no caso da norma de imunidade ou no caso da norma de isenção –, o efeito resultante para o contribuinte é o mesmo: a exoneração tributária. Noutras palavras, ambas as hipóteses não resultam na imposição de uma obrigação tributária para o contribuinte, mas sim na sua exoneração.

Mas as imunidades e isenções tributárias são mais do que exonerações tributárias, pelo prisma do contribuinte, ou renúncias de receita, pelo prisma do Estado.<sup>69</sup> São técnicas de fomento estatal. Realmente, o Estado as emprega como *instrumentos de fomento* de iniciativas privadas de interesse público. Ao desonerar particulares da carga tributária incidente sobre suas atividades, o Estado fomenta o exercício dessas atividades. Isto se assemelha a dispensar recursos públicos a tais particulares, ou, noutras palavras, a realizar despesa ou gasto público em benefício desses particulares (medida indiscutivelmente de fomento). Com efeito, quando

---

<sup>66</sup> Cf. *Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática*, p. 142.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 124-125.

<sup>68</sup> “Incentivos fiscais e financeiros” (parecer), in: *RTDP* 8, p. 100. O mesmo autor, manifestando-se sobre polêmica doutrinária candente entre os tributaristas, sobre ser a isenção tributária uma “dispensa legal do pagamento de tributo devido” ou uma “hipótese de não incidência, legalmente qualificada, de norma tributária”, alinha-se com este último posicionamento, dizendo: “Ela [a isenção tributária] não é, ao contrário do que pretende equivocada – mas persistente doutrina –, dispensa legal do pagamento de tributo devido. Se o fora, haveria antes incidência de norma tributária sobre o isento e depois a incidência da norma isentante. Surgiria a obrigação tributária, mas a lei dispensaria o seu pagamento. Estranhíssimo fenômeno! Nada obstante essa concepção conta até hoje com adeptos empedernidos.” *Ibid.*, p. 100.

<sup>69</sup> Poder-se-ia dizer, com relação às imunidades, que com elas o Estado a nada renuncia, pois desde o início, por força da delimitação da própria competência constitucional tributária, restou impedido de tributar as situações imunizadas. Neste sentido, não haveria que se falar em renúncia de receita, pois expectativa de receita sequer existiria: o Estado jamais poderia obter a receita em questão pela via da exação tributária. Mas uma outra forma de se contemplar a imunidade tributária é a de que ela implica, sim, uma *renúncia de receitas*, que, embora não decorra de decisão do legislador ordinário – como ocorre nas hipóteses de isenção –, decorre, sim, de decisão tomada pelo poder constituinte originário, ao promulgar a norma constitucional. Por este prisma, a assembleia constituinte, investida dos poderes soberanos que lhe foram conferidos pelo povo brasileiro, teria decidido exonerar certas situações, pessoas ou bens de determinadas exações tributárias, prevendo-as e qualificando-as na Constituição Federal; teria criado, enfim, as imunidades tributárias. Esta decisão, tomada quando da instituição da ordem constitucional vigente, seria uma renúncia de receitas.

da aplicação de imunidades e isenções tributárias, tudo se passa como se o Estado estivesse dependendo recursos seus para o fomento das atividades privadas em questão, pois o valor não recolhido por força da imunidade ou da isenção haveria de sê-lo de outro modo – pela exação tributária – e o Estado, então, poderia transferi-los aos particulares em seguida.

Existem duas imunidades tributárias que dizem respeito, justamente, a entidades privadas sem fins lucrativos – as entidades de *assistência social e educação*. O art. 150, VI, c, proíbe à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios a instituição de impostos sobre o “patrimônio, renda ou serviços [...] das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”. Trata-se da imunidade de imposto de renda (IR). Já o art. 195, § 7º., prevê que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei.” Trata-se da imunidade da cota patronal da contribuição para a seguridade social.<sup>70</sup>

Quatro aspectos destas imunidades podem ser mencionados aqui. Primeiro, o de que são imunidades *condicionadas* à observância de certos requisitos legais, havendo debate doutrinário sobre quais requisitos poderiam ser estes.<sup>71</sup> Segundo, o de que se referem *a determinadas espécies tributárias* e não aos tributos em geral. Terceiro, o de que há um debate doutrinário acerca de quais espécies de sujeitos beneficiam-se de cada uma dessas imunidades,

---

<sup>70</sup> A Constituição faz uso da expressão “isenção”, mas tem sido uma opinião consensual na doutrina brasileira a de que se trata de imunidade. Cf. Fernando Borges MÂNICA, *Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática*, p. 178.

<sup>71</sup> Deveras, a doutrina discute quais espécies de “...exigências estabelecidas em lei” podem ser criadas para condicionar o gozo da imunidade prevista no art. 195, § 7º e, ainda, quais “...requisitos da lei” podem ser estabelecidos para condicionar o gozo da imunidade prevista no art. 150, VI, c. Não é o caso de recensar as opiniões doutrinárias aqui. Vale anotar, apenas, que, com relação à imunidade prevista no art. 195, § 7º., a crítica doutrinária mais freqüente é a de que o legislador ordinário vem tratando dela como se de isenção se tratasse, fixando, assim, uma série de requisitos para a sua fruição. Sustenta-se, nesta linha, existir inconstitucionalidade material nas normas que atualmente fixam requisitos substanciais ao gozo da apontada imunidade. Argumenta-se, nesse sentido, que, quando a Constituição condiciona o gozo da imunidade à observância de requisitos legais, ela não autoriza ao legislador ordinário instituir requisitos de caráter substantivo, que possam representar embaraço a exercício do direito constitucionalmente estabelecido; ela o autorizaria, simplesmente, a instituir requisitos de outra natureza, voltados à simples viabilização ou concretização da fruição constitucionalmente prevista. Nesta linha, um outro requisito que vinha previsto no art. 55 da Lei 8.212/2001 teve a sua eficácia suspensa por medida cautelar concedida pelo STF na ADIn-MC 2.028-5/DF (rel. Min. Moreira Alves, j. 11.11.1999). Por intermédio da medida cautelar, o STF suspendeu a eficácia do requisito segundo o qual a entidade deveria “promov[er], gratuitamente, e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial as crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência” (inciso III do art. 55 da Lei 8.212/91, na redação dada pelo art. 1º. da Lei 9.732/98).

tendo em vista que, enquanto o art. 150, VI, *c* refere-se a “...instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos...”, o art. 195, § 7º reporta-se a “entidades beneficentes de assistência social”; discutem-se as eventuais diferenças entre os beneficiários de uma e de outra. Finalmente, um quarto aspecto pertinente a tais imunidades é o de que também existe debate sobre a espécie legislativa adequada para a fixação dos requisitos em tela – se lei ordinária ou lei complementar. Todas estas questões, embora tenham a sua importância, fogem ao escopo deste trabalho, que se volta às transferências diretas de recursos ao terceiro setor.

Existem, além das imunidades, diversas isenções tributárias – estas previstas em lei – em favor de entidades privadas sem fins lucrativos. Um exemplo encontra-se na Lei 6.938, de 31.8.1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Nela se prevê que “entidades filantrópicas” são isentas do pagamento da Taxa de Fiscalização e Controle Ambiental (TCFA), cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).<sup>72</sup>

Há também incentivos fiscais para doações de particulares a entidades privadas sem fins lucrativos. Um exemplo: doadores ou patrocinadores de projetos culturais previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, que o façam na forma da Lei 8.313, de 23.12.1991,<sup>73</sup> podem deduzir, dos respectivos IR devidos, certo percentual dos montantes efetivamente doados ou patrocinados, observado determinado teto.<sup>74</sup> Entidades privadas sem fins lucrativos que exerçam atividades na área da cultura, portanto, uma vez que tenham projeto cultural aprovado pelo Ministério da Cultura, podem receber estas doações, havendo incentivo aos doadores.<sup>75</sup> Outro exemplo: pessoas *jurídicas* doadoras de recursos a entidades qualificadas

---

<sup>72</sup> Cf. Lei 6.938/81, art. 17-F, com a redação dada pela Lei 10.165/2000.

<sup>73</sup> Também conhecida como “Lei Rouanet”, devido ao fato de o seu anteprojeto ter sido elaborado pelo então Secretário da Cultura, Sérgio Paulo Rouanet. Cf. Regina Andrea Accorsi LUNARDELLI, *Tributação do terceiro setor*, p. 208.

<sup>74</sup> Cf. Lei 8.313/91, art. 18, *caput* e § 1º. (sendo o *caput* com a redação dada pela Lei 9.874/99 e o § 1º. incluído pela mesma lei). Este percentual dedutível, no caso de pessoas físicas, é de 80% (oitenta por cento) da doação e 60% (sessenta por cento) do patrocínio, observado teto fixado anualmente pelo Presidente da República; no caso de pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, esse percentual é de 40% (quarenta por cento) da doação e 30% (trinta por cento) do patrocínio, também observado o teto fixado anualmente pelo Presidente da República (Cf. Lei 8.313/91, art. 26, incisos I e II e § 2º).

<sup>75</sup> Regina Andrea Accorsi LUNARDELLI bem observa que “a instituição poderá exercer tanto o papel de entidade que recebe a doação, quanto aquele reservado aos patrocinadores. Pelas suas características de entidade

como OSCIP, que o façam na forma do artigo 13 da Lei 9.249/95, podem deduzir suas doações do montante que tenham a pagar ao Poder Público como *contribuição social sobre o lucro líquido* (CSLL).<sup>76</sup> A qualificação como OSCIP, assim, opera como um incentivo a que a entidade como tal qualificada torne-se alvo predileto de doações de recursos por parte de empresas privadas.<sup>77</sup>

#### 5.4. O fomento estatal e o Direito Financeiro

Elaborada a lei orçamentária (elaboração esta que constitui objeto do Direito Orçamentário), entre em cena o Direito Financeiro, que se ocupa de disciplinar a sua execução. No âmbito das normas que disciplinam a execução do orçamento, um conjunto delas trata do dispêndio de recursos orçamentários e da renúncia de receitas em favor de programas a serem executados por intermédio da cooperação oferecida por entidades do terceiro setor. Destacam-se, a esse respeito, normas estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), de um lado, e normas fixadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), de outro. A LRF ocupou-se de prever e disciplinar várias técnicas de fomento estatal ao setor privado. Já as LDO – uma para cada exercício financeiro, nos termos da Constituição<sup>78</sup> – têm se ocupado de fixar uma série de condições e outras exigências para o fomento estatal ao setor privado.

---

sem fins lucrativos, é mais comum observar a instituição no papel de receptora da doação para a aplicação no projeto cultural devidamente aprovado.” *Tributação do terceiro setor*, p. 211.

<sup>76</sup> Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL a pagar, a pessoa jurídica poderá deduzir as doações que tiver efetuado “...a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem...”, que sejam qualificadas como OSCIP, *mesmo que a entidade beneficiária pratique “remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício”*. Cf. Lei 9.249/95, art. 13, VI e § 2º., III, b c/c Lei 10.637/2002, art. 34, *caput*. Vale observar que, ordinariamente, doações feitas a entidade privada sem fins lucrativos que remunerem seus dirigentes não geram, para a empresa doadora, direito de dedução do valor doado quando da apuração da respectiva *contribuição social sobre o lucro líquido* (esta é a regra geral que resulta do disposto na Lei 9.249/95, art. 13, VI e § 2º., III, b). Contudo, exceção foi aberta às entidades privadas sem fins lucrativos *qualificadas como OSCIP*; estas, sim, mesmo quando remunerem os seus dirigentes, podem receber doações que impliquem vantagem tributária para o doador.

<sup>77</sup> Mas atenção: a remuneração paga pela OSCIP a dirigente seu, em virtude de vínculo empregatício, não pode ser superior, em seu valor bruto, ao limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal (é o que estabelece a Lei 10.637/2002, art. 34, parágrafo único). Portanto, se a remuneração paga pela OSCIP a seu dirigente for superior ao limite remuneratório que sujeita os servidores do Executivo da União, as doações que ela vier a receber não implicarão vantagem tributária para seus doadores.

<sup>78</sup> Cf. art. 165, inc. II e §§ 2º e 6º.

## 5.5. O fomento estatal e o Direito Administrativo

Atente-se, finalmente, para a disciplina do fomento estatal pelo Direito Administrativo. Na execução da atividade de fomento estatal, a administração pública desempenha papel de relevo, como reconhecem os espanhóis. Apesar de a sede epistemológica da disciplina do fomento estatal não se restringir ao campo do Direito Administrativo, este ramo do direito afigura-se, sim, um campo profícuo para a sua investigação.

Mas, afinal, o que confere tamanha proeminência à administração pública – e, conseqüentemente, do Direito Administrativo – em matéria de fomento estatal? Trata-se do fato de que é sobre a administração que recai a responsabilidade de dispensar as medidas de fomento legalmente previstas, normalmente celebrando contrato de parceria com os seus destinatários; sobre ela recai, ainda, a responsabilidade de *controlá-lo*, que divide com o Poder Legislativo. Em suma, a administração pública é responsável pela *execução do fomento estatal* e, além disso – e em boa medida – pelo *controle da sua boa execução*.

Não surpreende, nesse contexto, que o Direito Administrativo venha avançando, nos últimos anos, no *controle da atividade administrativa de fomento ao terceiro setor*. Como apontado no **capítulo anterior**, há nove **Regimes de Controle** do fomento estatal ao terceiro setor; desses, oito se baseiam em leis tipicamente consideradas de Direito Administrativo (a exceção é o **Regime Orçamentário-Financeiro**).

E o controle da transferência de recursos ao terceiro setor é tratado pela maioria destas leis. No **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** encontra-se previsão legal de “repasse de recursos para as entidades e organizações de assistência social”, cujo procedimento será disciplinado pelo CNAS, sem prejuízo das disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (*cf.* Lei 8.742/93, art. 18, IX). No **Regime das Entidades Conveniadas** encontra-se uma disciplina legal dos convênios e instrumentos congêneres que põe ênfase na

idéia de *transferência de recursos financeiros* (cf. Lei 8.666/93, art. 116);<sup>79</sup> em âmbito infralegal também se prevê que os convênios servem “...para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.”<sup>80</sup> No **Regime das OS**, as técnicas de fomento previstas são: *i*) a transferência de recursos orçamentários (cf. Lei 9.637/98, art. 12., *caput* e § 1º.), que nada mais são do que subvenções; *ii*) a outorga de permissões de uso de bens públicos, dispensada a licitação (cf. art. 12, *caput* e § 3º.); e *iii*) a cessão de servidores públicos, com ônus para a origem (cf. art. 14, *caput*). Finalmente, no **Regime das OSCIP**, embora inexista previsão muito clara a respeito de *como*, afinal, o Poder Público fomentará a realização das atividades de interesse público pelas entidades qualificadas como OSCIP, fica sugerido que isto ocorrerá por meio do repasse de recursos de origem pública a tais entidades (a inferência pode ser feita, sobretudo, a partir do art. 10, § 2º., VI, *in fine*, da Lei 9.790/99, no qual se prevê que a entidade parceira terá direito à “liberação de recursos previstos no Termo de Parceria”, observados certos condicionamentos).

## 6. As transferências de recursos públicos para o terceiro setor

O exercício da função pública de fomento ao terceiro setor envolve o uso de distintas *técnicas*. Consoante já apontado, a diversidade de técnicas do fomento estatal em geral (não apenas daquele destinado ao terceiro setor) é enorme. Relativamente ao terceiro setor duas delas se destacam: as *transferências de recursos públicos*, notadamente as subvenções; e as exonerações tributárias. O foco desta tese são as primeiras.

A subvenção é uma das mais importantes medidas de fomento, a que Fernando Garrido FALLA chamou de “medida de fomento paradigmática”, por crer que, em vista dela, seja possível a construção, de fora as suas peculiaridades, de “...uma teoria jurídica válida para o conjunto das medidas de fomento de conteúdo econômico”.<sup>81</sup> Passa-se então a examiná-la quanto ao seu conceito ou significado (**item 6.1**), a sua importância como técnica de fomento

<sup>79</sup> Consulte-se, para comprová-lo, o art. 116, §§ 1º., IV, V e VII; 2º., 3º., I, II e III; 4º., 5º. e 6º.

<sup>80</sup> Decreto 6.170/2007, art. 1º., *caput*, com a redação dada pelo Decreto 6.428/2008.

<sup>81</sup> Cf. *Tratado de derecho administrativo*, p. 290.

estatal em geral e, em particular, como técnica de fomento ao terceiro setor (**item 6.2**), a sua submissão a normas de múltiplos ramos do direito (**item 6.3**), as técnicas de controle às quais está submetida (**item 6.4**) e os principais princípios norteadores que a regem (**item 6.5**).

## 6.1. Conceito

*A subvenção consiste na transferência de recursos do erário público, a fundo perdido, para particulares, com vistas ao fomento de atividade de interesse público por estas desenvolvidas. Também se emprega a expressão transferência financeira com o mesmo significado de subvenção.*

Trata-se de conceito que não corresponde, exatamente, a nenhum encontrado na legislação brasileira. Tampouco se identifica com manifestações da doutrina nacional<sup>82</sup> e estrangeira<sup>83</sup> que definem a subvenção como transferência em termos semelhantes aos adotados aqui, mas tanto a entes estatais quanto a entes não estatais; aqui se fala apenas em

---

<sup>82</sup> A expressão “subvenção” tem significação plural. Por isso, quando do seu uso, é sempre recomendável um esclarecimento a respeito do sentido com que é empregada. Na doutrina jurídica brasileira, Régis Fernandes de OLIVEIRA, em seu *Curso de direito financeiro*, parte do termo “auxílio”, que considera de amplíssima significação, para chegar ao termo “subvenção”, ao qual atribui significação mais específica e técnica, encarando-a como uma subcategoria do auxílio, necessariamente voltada à suplementação de recursos de entes públicos ou privados. Veja-se: “Precisemos os conceitos. *Auxílio* não tem conteúdo específico no direito administrativo e no direito financeiro. Auxílio é qualquer tipo de ajuda, seja no campo do direito, seja no campo do linguajar comum. É apoio, ajuda, esmola, subvenção, subsídio etc. Não tem significado exato. É vocábulo do palavreado comum do povo. Logo, não o utilizaremos com caráter técnico. (...) Ao cuidarmos do auxílio que é propiciado a entes públicos ou privados, como forma de suplementação de recursos, nos campos especiais da assistência social, médica e educacional ou para coibir a insuficiência de caixa de entidades estatais, utilizaremos a *subvenção*. (...) Podemos definir subvenção como o *auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais.*” *Curso de direito financeiro*, pp. 370-371.

<sup>83</sup> Nesse sentido, Fernando Garrido FALLA aponta que as subvenções são “auxílios diretos”, entendidos estes como “...aqueles que implicam um desembolso efetivo de dinheiro do erário público em favor de particulares ou de outros entes administrativos.”” Simultaneamente, observa que “existe uma certa tendência a englobar as diversas modalidades de auxílios diretos sob o termo genérico de *subvenções*. Mas a subvenção é susceptível também a um significado estrito, diferenciando-se por razão de seu regime jurídico de outras medidas de fomento que são indubitavelmente auxílios financeiros diretos. Surge assim a subvenção como coisa distinta, de uma parte, das prestações *in natura* que, como medida de fomento, pode acordar a Administração; de outra, de uma série de auxílios econômicos, entre os quais se encontram as antecipações, as prendas e prêmios, os subsídios e o seguro de benefícios industriais.” *Tratado de derecho administrativo*, pp. 288-289.

subvenção a particulares.<sup>84</sup> Entretanto, revela-se útil, primeiro, para descrever sucintamente a parte mais significativa do fenômeno de que se ocupa este trabalho, que é a transferência de dinheiros públicos, a fundo perdido, para particulares, com vistas ao fomento de atividade de interesse público por estes desenvolvidas, com a única nota peculiar de que os particulares de que aqui se trata são entidades pertencentes ao chamado terceiro setor); em segundo lugar, o conceito de *subvenção* aqui adotado revela-se útil porque permite que, percebido o fenômeno em questão e identificado o tratamento normativo caótico e problemático que lhe é dado, reflita-se sobre alternativas de tratamento mais ordenado e capaz de servir à solução de problemas.

Examinem-se os diversos aspectos da definição apresentada.

#### **a) Recursos do erário público**

A subvenção importa a transferência de *recursos do erário público*. Quer-se destacar, com esta definição, que se cuida da transferência de dinheiros públicos, provenientes do tesouro do Estado, cujo desembolso, portanto, está previsto na legislação orçamentária. Também se poderia referi-los, assim, como recursos orçamentários ou financeiros do Poder Público. A idéia é diferenciá-lo da transferência de outros tipos de prestações *in natura*, ou outros tipos de destinação de recursos, que a administração pública possa acordar com particulares, como medida de fomento.

Para fins de simplificação terminológica são feitas referências ao longo deste trabalho à transferência de “recursos públicos”, de “recursos de origem pública”, de “recursos financeiros”, de “recursos orçamentários”, ou, ainda, a “subvenções”, de maneira intercambiável. Mas isto é feito com a consciência de que, a rigor, a “subvenção” tem esta

---

<sup>84</sup> Nesta linha, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR aponta que, na doutrina espanhola, as subvenções são definidas de forma mais restrita do que na legislação pertinente daquele país. Neste sentido aponta que, segundo o conceito doutrinário, as subvenções são “...as atribuições patrimoniais a fundo perdido (isto é, sem devolução de sua importância) realizadas por uma Administração em favor de um particular (o que exclui as transferências de capital realizadas por um ente público em favor de outro, que a legislação orçamentária segue denominando equivocadamente subvenções de capital) e destinadas necessariamente a financiar o desenvolvimento de uma atividade de interesse público...”. *Principios de derecho administrativo*, pp. 357-358.

conotação de transferência de dinheiros públicos (assim como o têm as expressões transferência financeira, de recursos orçamentários, etc.); transferência de “recursos públicos”, contudo, é algo mais amplo, já que recursos públicos podem ser quaisquer recursos de origem pública, isto é, pertencentes ao patrimônio público – bens móveis e imóveis, direitos de uso especial desses bens, entre outros.

## **b) Transferência**

A subvenção também importa a *transferência, destinação* ou *repass*e de recursos provenientes do erário público. O que se quer significar com estas palavras, aqui empregadas como sinônimos?

Quer-se aludir simplesmente ao seu sentido ordinário no vernáculo; não são utilizadas em sentido técnico. Sob determinados regimes jurídicos, todavia, os repasses, transferências ou destinações de recursos provenientes do erário público podem assumir significação técnica. Veja-se o **Regime das Entidades Conveniadas**, por exemplo; segundo ele, quando da conclusão, denúncia, rescisão ou qualquer outra forma de extinção do convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, deve-se, nos termos do art. 116, § 6º. da Lei 8.666/93, devolver os saldos financeiros remanescentes à entidade ou órgão repassador dos recursos. Não há, portanto, *pagamento* em recursos financeiros (dinheiro) feito pela administração ao particular, como num contrato de prestação de serviços comum, em que o particular poderia utilizar os recursos recebidos em contraprestação pelos serviços prestados como bem lhe aprouvesse; no regime do convênio, os repasses financeiros lhe são feitos *sob a condição* de sua aplicação a finalidades previamente determinadas, havendo, inclusive, a obrigação, por expressa disposição legal, de que qualquer parcela de recursos porventura não utilizada seja devolvida ao órgão ou entidade repassador. Assim, sob o **Regime das Entidades Conveniadas**, a transferência, a destinação ou repasse, de que aqui se trata, assumem significação técnica específica.

### c) A fundo perdido

A subvenção pública implica a transferência de recursos orçamentários a particulares, pela administração, a *fundo perdido*. Com isto se quer significar que inexistem a obrigatoriedade de que sejam ressarcidos ao Estado no futuro.

O fato de as subvenções consistirem em transferências a *fundo perdido* não quer significar, todavia, que não possam ser condicionadas. De fato, é comum classificarem-se as subvenções *segundo o grau de liberalidade*, de sorte a apartarem-se as subvenções ditas *puras*, de um lado, das chamadas *condicionadas*, de outro. As *puras* seriam as outorgadas pela administração graciosamente, sem nenhuma cláusula condicional, enquanto as *condicionadas* seriam aquelas em que o beneficiário se compromete a manter certa conduta ou realizar algo.<sup>85</sup>

Embora se trate de uma classificação comum (notadamente na doutrina espanhola), é fácil perceber-se que o que ela chama de subvenções *puras* não têm muito espaço para subsistir no Estado de Direito. Isto porque a atividade de administração pública é intrinsecamente condicionada ao cumprimento de determinados fins juridicamente previstos – donde falar-se, na doutrina brasileira, em vinculação da administração ao *princípio da finalidade* –, sendo a persecução de tais fins, mediante subvenções públicas, *concretizável, de regra, pelo uso que se faça dos recursos transferidos a título de subvenção*. Por isso, os recursos transferidos como subvenção não são, ordinariamente, de uso livre por quem os recebe, mas, ao contrário, de uso vinculado ao atingimento de determinadas finalidades, ou ao cumprimento de programas ou projetos previamente estabelecidos. As subvenções ditas *puras* só teriam lugar nalgumas hipóteses bastante excepcionais de fomento, em que, embora vinculadas a uma finalidade de interesse público, tal finalidade não seria alcançável por intermédio da aplicação dos recursos, decidida, em última análise, pelo agente fomentado, mas por outras vias. Seria o caso, por exemplo, da destinação de recursos a título de *premiação* ao vencedor de concurso de monografias sobre determinado tema de interesse público, cujo objetivo fosse o fomento à atividade de pesquisa científica sobre aquele assunto. Neste caso, poderia pouco importar para o fim almejado pela administração o uso dos recursos recebidos

---

<sup>85</sup> Cf. Fernando Garrido FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, p. 290.

como prêmio pelo vencedor do concurso público; o pressuposto seria o de que, com a própria divulgação e publicidade acerca do concurso, a sua efetiva realização e a ampla divulgação dos seus resultados, estaria alcançado o estímulo à pesquisa e, assim, a finalidade última da medida de fomento em questão. Mesmo neste exemplo, de todo modo, note-se que a outorga do prêmio segue condicionada à apresentação de monografia, nos termos do edital do concurso. Existe, aí, certo condicionamento, embora não atrelado ao uso que se faça dos recursos outorgados como prêmio, de modo que a subvenção, mesmo neste exemplo, não pode ser reputada de todo *pura*.

Em suma, outorgas de dinheiro público a particulares “puramente graciosas”, sem que estejam condicionadas ao cumprimento de quaisquer requisitos, não têm lugar no Estado de Direito. São, assim, pura construção teórica, talvez útil para dar conta de fenômenos admissíveis noutra época, já passada, em que o fomento estatal ainda não era visto como atividade submetida às constrições do Estado Democrático de Direito.

#### **d) Em favor de particulares**

A subvenção pública implica a transferência de recursos financeiros, pelo Estado, em favor de particulares. É deste fenômeno que se cuida no presente trabalho, com a relevante anotação de que os particulares, nas hipóteses que aqui interessam, são entidades privadas sem fins lucrativos, comprometidas com o desempenho de atividades de interesse público – entidades do terceiro setor, enfim.

Mas é comum também se encontrarem menções à subvenção pública como expressão designativa da transferência de recursos não apenas em favor de particulares, mas também de órgãos ou entidades estatais.<sup>86</sup> No direito brasileiro, o tratamento conferido aos instrumentos de transferência de recursos financeiros geralmente tem este duplo sentido, envolvendo normas que se reportam simultaneamente a transferências em favor de particulares e a

---

<sup>86</sup> É neste sentido que a subvenção pública é definida, por exemplo, no direito positivo espanhol. Como se verá no **capítulo 12** desta tese, sobre o direito estrangeiro, a *Lei Geral de Subvenções* espanhola prevê que as subvenções podem ter como destinatários tanto entes estatais como não estatais.

transferências em favor de órgãos e entidades estatais.<sup>87</sup> O problema do duplo alcance destas normas, como se verá no **capítulo 8**, é que elas foram geralmente concebidas em vista das transferências entre entes estatais, pouco tendo se pensado acerca da sua efetiva adequação ou pertinência às relações travadas entre o Estado e particulares. Daí a necessidade, sustentada na **parte 3**, de mudança do direito vigente para que passe a contemplar um tratamento normativo especificamente dedicado às transferências a particulares.

#### **e) Com a finalidade de fomento de atividade de interesse público**

A subvenção implica a transferência de recursos financeiros, a particulares, *com a finalidade de fomento de atividades de interesse público* por estes desenvolvidas. Quer-se destacar, com isto, que a subvenção mira uma finalidade específica, consistente na promoção de uma atividade de interesse público.

Que atividades de interesse público são estas, às quais se preordenam as subvenções? Como já assinalado, o rol de atividades de interesse público passíveis de fomento estatal é vastíssimo. O mesmo vale para o fomento pela via da subvenção. As subvenções também se prestam a fomentar uma expressiva gama de atividades. São atividades que tenham algum coeficiente de interesse público. Uma análise do direito positivo brasileiro permite a enumeração de algumas atividades de interesse público subvencionáveis pelo Estado. A **tabela 2.1** a seguir oferece uma visão panorâmica destas atividades, tidas como subvencionáveis, incluindo também um conjunto ilustrativo daquelas passíveis de fomento pela via da exoneração tributária.

---

<sup>87</sup> Esta é uma marca do **Regime das Entidades Conveniadas**, ao disciplinar os convênios e instrumentos congêneres.

**Tabela 2.1 – Finalidades do fomento estatal ao terceiro setor, segundo técnicas de fomento, de acordo com o direito brasileiro**

Finalidades do fomento estatal por meio da técnica da subvenção pública						Finalidades do fomento estatal por meio da técnica da exoneração tributária	
Regime Orçamentário-financeiro (cf. Lei 4.320/64)	Regime Orçamentário-financeiro (cf. LDO para 2009)	Regime das Entidades Conveniadas	Regime das Fundações de Apoio	Regime das OSCIP	Regime das OS	Regime das Entidades de Utilidade Pública	Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social
<p><u>Na hipótese de transferências a título de subvenções sociais:</u> 1) assistência social; 2) cultura; 3) saúde; 4) educação.</p>	<p><u>Na hipótese de transferências a título de subvenções sociais:</u> 1) assistência social; 2) cultura; 3) saúde; 4) educação.</p> <p><u>Na hipótese de transferências a título de auxílio:</u> 1) educação especial e gratuita; 2) atuação das escolas públicas estaduais e municipais da educação básica; 3) Campanha Nacional de Escolas da Comunidade; 4) meio ambiente; 5) saúde gratuita; 6) atuação das OSCIP; 7) pesquisa científica e tecnológica; 8) esportiva; 9) portadores de necessidades especiais.</p>	<p>1) programas, projetos e atividades de interesse recíproco das partes contratantes.</p>	<p>1) apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão de instituições federais de ensino superior; 2) apoio a projetos de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de instituições federais de ensino superior.</p>	<p>1) assistência social; 2) cultura; 3) educação gratuita; 4) saúde gratuita; 5) segurança alimentar; 6) meio ambiente; 7) voluntariado; 8) combate à pobreza; 9) sistemas alternativos de produção; 10) direitos estabelecidos, novos direitos e assessoria jurídica gratuita; 11) ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia e outros valores universais; 12) produção e divulgação de conhecimento relacionado às atividades mencionadas.</p>	<p>1) ensino; 2) pesquisa científica; 3) tecnologia; 4) meio ambiente; 5) cultura; 6) saúde.</p>	<p>1) educação; 2) pesquisa científica; 3) cultura; 4) filantropia.</p>	<p>1) assistência social; 2) saúde; 3) educação.</p>

Como já assinalado, a Lei 4.320/64 prevê como principal categoria de despesa com entidades privadas sem fins lucrativos a *subvenção social*, que se destina ao custeio de suas atividades nas áreas de assistência social, cultura, saúde e educação. Inexiste restrição de área, contudo, quando a transferência não é feita a título de subvenção social, mas a título de auxílio (ou seja, para fins de investimento). As LDO federais têm estipulado as áreas de atividade para as quais cabe destinar auxílio. Na **tabela 2.1** veja-se que a LDO para o exercício de 2009 (Lei 11.768, de 14.8.2008), por exemplo, previu um rol de atividades passíveis de fomento por *subvenções sociais*<sup>1</sup> que era o mesmo admitido pela Lei 4.320/64 – vez que ali a LDO não poderia inovar –, mas também previu um leque de atividades passíveis de fomento por meio de *auxílios* que já era bem mais amplo.<sup>2</sup>

Observe-se ainda, na **tabela 2.1**, que, considerado o pressuposto de que não pode haver despesa sem previsão na legislação orçamentária, quem acaba ditando as áreas subvencionáveis é a LDO. Não adianta prever-se no **Regime das OSCIP**, por exemplo, a possibilidade de parceria com entidade dedicada à área de “construção de novos direitos”, a fim de que o Estado lhe subvencione, se, na LDO, inexistir previsão de despesa para o mesmo fim. Veja-se então que a LDO para o exercício de 2009, evitando problemas do tipo, prevê transferências a título de *auxílio* para as *áreas de atuação das OSCIP*. Todas as áreas subvencionáveis segundo o **Regime das OSCIP**, portanto, também o são segundo a LDO.

Veja-se também que o menos restritivo de todos, quanto aos fins subvencionáveis, é **Regime das Entidades Conveniadas**. Ele não confere um direcionamento específico à política de subvenções estatais ao terceiro setor. Serve, genericamente, ao fomento de *programas, projetos e atividades de interesse recíproco* do Estado e da entidade conveniada.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. Lei 11.768/2008, art. 32, *caput*.

<sup>2</sup> Cf. Lei 11.768/2008, art. 34, *caput* e incisos I a IX. Atente-se para o fato de que o texto normativo é muito mais detalhado e extenso do que a síntese constante da **tabela 2.1**.

<sup>3</sup> Observe-se que o **Regime das Entidades Conveniadas**, por focar-se numa ferramenta específica do fomento – a ferramenta da contratualização –, não cuida do fomento de uma maneira completa. Até pouco tempo ele sequer continha disposições normativas claras sobre os objetivos de uma política de fomento que lançasse mão da ferramenta do convênio. Não havia na principal lei de regência deste regime – isto é, na Lei 8.666/93 –, nem há na atualidade, qualquer disciplina clara atinente a objetivos de fomento; recentemente, porém, introduziu-se em âmbito infralegal a previsão de que os convênios servem “...para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União” (Decreto 6.170/2007, art. 1º., *caput* com a redação dada pelo Decreto 6.428/2008).

Veja-se, por fim, um contraste entre a destinação do fomento estatal sob os demais **Regimes das Fundações de Apoio, das OSCIP e das OS**, de um lado, e a destinação do fomento estatal sob os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das Beneficentes de Assistência Social**, de outro. Nestes dois últimos são bastante nebulosas as áreas fomentáveis; nos demais, nem tanto.

Deveras, sobre o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, se observada apenas a Lei 91/35, pensar-se-ia que ele serviria ao fomento, genericamente, da *prestação desinteressada de serviços à coletividade*.<sup>4</sup> Mas não é isto o que ocorre. Seu decreto regulamentar restringiu o escopo do fomento previsto na lei, ao exigir, como requisito para a obtenção da declaração de utilidade pública, que a entidade comprove, mediante relatórios circunstanciados concernentes aos três anos anteriores à formulação do pedido, que “...promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indiscriminado, predominantemente.”<sup>5</sup> Assim, o fomento a que se presta o **Regime das Entidades de Utilidade Pública** ficou direcionado para as atividades de educação, pesquisa científica, cultura ou filantrópicas em geral. Neste último conceito – “atividades filantrópicas” – muitas atividades, evidentemente, estão abarcadas, mas já não se trata mais apenas de fomentar o amplíssimo escopo de prestação desinteressada de serviços à coletividade.

A destinação do fomento no âmbito do **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** é também difícil de delimitar – o que tem gerado dúvidas jurídicas importantes.<sup>6</sup> A Constituição Federal e a Lei 8.742/93 prevêm que a assistência social tem

---

<sup>4</sup> É o que se depreende da Lei 91/35, quando prevê, como requisito para a obtenção do título de utilidade pública, a demonstração pelas entidades interessadas de que “servem desinteressadamente á collectividade” (Lei 91/35, art. 1º., *b*), ou quando prevê, como obrigação das entidades que obtiveram o título de utilidade pública, a de “...apresentar todos os annos [...] relação circumstanciada dos serviços que houverem prestado á collectividade”, sob pena de cassação do título obtido (Lei 91/35, art. 4º., *caput*). A grafia é a original.

<sup>5</sup> Decreto 50.517/61, art. 2º., *e*.

<sup>6</sup> Por exemplo, quando a Constituição previu imunidade de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços a “instituições de educação e de assistência social” sem fins lucrativos (art. 150, VI, *c*) e a imunidade de contribuição social a “entidades beneficentes de assistência social” (art. 195, § 7º), ela acabou originando dúvida acerca da inclusão ou não de instituições educacionais no conceito de “entidades beneficentes de assistência social”. É que, no primeiro caso, ela parece ter feito distinção entre instituições educacionais e de assistência social, mas no segundo referiu simplesmente as instituições de assistência social. A dúvida sobre a inclusão das

por objetivos: *i*) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; *ii*) o amparo às crianças e adolescentes carentes; *iii*) a promoção da integração ao mercado de trabalho; *iv*) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e *v*) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.<sup>7</sup> Mas é fácil perceber que os objetivos estão formulados de maneira bastante genérica – em termos de “proteção”, “amparo” e “habilitação ou reabilitação” –, podendo ser perseguidos por intermédio da realização de diversas atividades, como a prestação de serviços educacionais, de saúde, de cultura, de entretenimento, entre outras, todas com vistas ao “amparo”, à “proteção”, etc., previstos. Não há, assim, um rol preciso e definitivo de atividades de assistência social. Definem-se mais *fins* de assistência social do que *atividades* propriamente ditas.

A tornar a idéia de atividade de assistência social ainda mais abrangente, a Lei 8.742/93 contém disposição inovadora perante o que está expresso na Constituição; é a seguinte: “[a] assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.”<sup>8</sup> A Lei 8.742/93 deixa evidenciado, assim, que a assistência social, quando articulada com políticas setoriais, visa a outros tantos fins genericamente formulados, como o *enfrentamento da pobreza* ou a *universalização dos direitos sociais*. Isto dificulta ainda mais qualquer pretensão de enumeração exaustiva de quais sejam as atividades de assistência social.

Tal enumeração é tanto mais difícil quanto se levem em conta as disposições infralegais. O Decreto 2.536/98, com suas alterações posteriores, dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos, atualmente denominado Certificado de

---

educacionais neste último conceito é de enorme relevância prática, pois, logicamente, somente se entendidas como de assistência social é que as instituições educacionais farão jus à imunidade de contribuição social prevista no art. 195, § 7º; caso contrário, gozarão apenas da imunidade de impostos aludida.

<sup>7</sup>Cf. Constituição Federal, art. 203, I a V; Lei 8.742/93, art. 2º., I a V.

<sup>8</sup>Lei 8.742/93, art. 2º., parágrafo único.

Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).<sup>9</sup> Este decreto estabelece que, para os fins de obtenção do CEBAS, a entidade pode estar comprometida com, entre outras atividades-fim (todas listadas de forma bastante semelhante às previsões legal e constitucional), a seguinte: “promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde”.<sup>10</sup>

De qualquer sorte permanece impraticável, como dito, fazer-se uma enumeração exhaustiva e precisa de quais sejam as atividades de assistência social. Mesmo com todas as disposições constitucionais, legais e regulamentares existentes (sem se falar nas introduzidas por medida provisória, mas em seguida rejeitadas), a única conclusão mais segura é a de que o “amparo”, a “proteção, a “habilitação e reabilitação” de que fala a Constituição são conceitos jurídicos amplos o suficiente para comportarem vasto rol de atividades que com eles se mostrem condizentes. As normas legais e regulamentares referidas dão exemplos de atividades com tais objetivos condizentes, mas não fixam uma lista exhaustiva de atividades.

O contraste dos **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das Entidades Beneficentes de Assistência Social** com os demais, assim, é significativo. Vê-se, na **tabela 2.1**, que os fins do fomento sob esses dois regimes são mais imprecisos do que aqueles previstos nos **Regimes das OS**,<sup>11</sup> **das OSCIP**<sup>12</sup> e **das Fundações de Apoio**.<sup>13</sup> É claro que estas listas de atividades a serem fomentadas, previstas nos **Regimes das OSCIP, das OS e**

---

<sup>9</sup> Muito de seu conteúdo teria passado a ter força de lei em virtude de sua incorporação ao conteúdo da polêmica MP 448/2008; porém, como visto, esta medida provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional.

<sup>10</sup> Decreto 2.536/98, art. 2º, IV. Paralelamente, a MP 446/2008 dispunha, em seu art. 1º, que, para a obtenção do CEBAS, a entidade deveria ter “...a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação”, além de atender aos demais requisitos ali fixados.

<sup>11</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 1º.

<sup>12</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 3º. Observe-se, contudo, que, na Lei 9.790/99, em que está ancorado o **Regime das OSCIP**, o fomento é disciplinado apenas no seguinte aspecto: nela se prevêem as características das entidades privadas que podem receber a qualificação de OSCIP e, dentre essas características, a das atividades-fim com as quais devam estar comprometidas. Fica assim estabelecido, *de forma não mais do que sugerida*, que as atividades-fim ali listadas são as que se pretende fomentar. Mas em nenhum momento a lei dispõe, explicitamente, que o Poder Público fomentará a realização destas atividades, podendo-se apenas inferir do texto legal que as entidades comprometidas com as atividades-fim nele listadas (e, ainda, cujas características se mostrem consentâneas com os demais requisitos nele estabelecidos) serão destinatárias de uma política estatal de fomento. A sugestão de que haverá uma política de fomento a contemplá-las fica por conta das diversas disposições que se reportam à existência de “recursos provenientes da celebração do”, ou “oriundos” do, ou “vinculados ao”, ou “previstos no”, ou “objeto do”, termo de parceria (cf. arts. 4º, VII, c; 10, § 2º, IV e VI; e 15, da Lei n. 9.790/99), ou, de maneira ainda mais evidente, das que se referem à existência de “recursos e bens de origem pública”, “recursos ou bens de origem pública”, ou “recursos provenientes do Poder Público” (cf. arts. 4º, V e VII, d; 12; 13; e 14, da mesma lei).

<sup>13</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 1º.

**das Fundações de Apoio**, não eliminam por completo eventuais dúvidas sobre o enquadramento de uma ou outra situação particular numa das hipóteses legais. Aliás, em auxílio ao enfrentamento de eventuais dúvidas, o **Regime das OSCIP** contém regra esclarecedora: a de que a dedicação às atividades listadas na lei “...configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.”<sup>14</sup> De qualquer sorte, ainda que dúvidas permaneçam mesmo diante do disposto nesses regimes jurídicos, certo é que eles permitem algum direcionamento à política estatal de fomento ao terceiro setor.

## **6.2. Conceito de transferência de recursos públicos**

Se a subvenção importa a transferência de *recursos do erário público* (dinheiros, recursos financeiros), a transferência de recursos públicos, a rigor, diz respeito à destinação de *recursos de origem pública* (bens imóveis, direitos de uso, entre outros), como já apontado.

### **Conclusão**

A atividade administrativa de fomento se destaca na atualidade, ombreando-se, em grau de importância, com outras atividades administrativas tradicionais (ou tradicionalmente estudadas), como a prestação de serviços públicos e a ordenação administrativa. Trata-se de atividade que paulatinamente se “juridifica” no Brasil. É regida por normas pertinentes a múltiplos ramos do direito, como os Direitos Constitucional, Orçamentário, Tributário, Financeiro e Administrativo. Mas este último é proeminente, já que administração pública é fundamental na execução e controle do fomento.

---

<sup>14</sup> Lei 9.790/99, art. 3º, I a XII, e parágrafo único.

Tudo isso vale para a técnica e o destinatário do fomento que são objeto deste trabalho. Vale, noutras palavras, para a subvenção pública ao terceiro setor. Afinal, as subvenções ao terceiro setor crescem em importância, tornam-se progressivamente mais reguladas (“juridificam-se”) e também se submetem a normas pertinentes a múltiplos ramos do direito, com destaque para o Direito Administrativo.

Mas a paulatina juridificação das subvenções públicas ao terceiro setor ocorre de forma ainda desordenada. Ela tem um norte mais ou menos preciso: o enfrentamento das múltiplas questões do controle – como instituí-lo, como expandi-lo para os recantos em que ainda não se faz presente, como aprimorá-lo. Nem poderia ser diferente, já que o norte que orienta este avanço é a efetiva implantação de um Estado Democrático de Direito no país (sob este modelo de Estado, todas as atividades estatais sujeitam-se a controle, dada a intolerância ao exercício arbitrário do poder). Apesar de já ter um norte mais ou menos discernível, este avanço do direito necessita ser bem pensado e ordenado. Hoje, as lacunas e inconsistências normativas ainda são múltiplas e variadas. A identificação do direito aplicável ainda é difícil.

Tudo isso faz com que um grande desafio vivenciado no Brasil atual seja *aprimorar o vigente sistema de controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. É deste sistema de controle que se passará a tratar nos próximos capítulos.

## **CAPÍTULO 3**

### **REGIMES ESPECIAIS DE CONTROLE**

Introdução. **1.** O controle prévio. **1.1.** Proibições relativas à destinação de recursos. **1.2.** Planejamento geral. **1.3.** Credenciamento. **1.4.** Processo de seleção. **1.5.** Planejamento da execução de parceria. **1.6.** Contrato de parceria. **2.** O controle concomitante. **2.1.** Proibições relativas à destinação de recursos. **2.2.** Processo de contratação de fornecedores. **2.3.** Acompanhamento da execução. **3.** O controle posterior. **3.1.** Prestação de contas. **3.2.** Infrações e sanções administrativas. Conclusão.

#### **Introdução**

Os **capítulos anteriores** evidenciaram que o fomento estatal ao terceiro setor, pela via das transferências de recursos públicos, paulatinamente se “juridifica” no Brasil. Avolumam-se as normas sobre o controle estatal dessas transferências.

Este processo, no entanto, tem sido desordenado. Apontou-se que existem, na atualidade, nada menos do que nove regimes jurídicos – batizados nesta tese de **Regimes Gerais** e **Regimes Especiais** – orientados, nalgum grau, para disciplinar este controle a cargo do Estado. Cada regime tem a sua principal lei de regência, em que buscam fundamento diversas normas infralegais. Quando postas lado a lado todas as peças constitutivas do direito vigente, o panorama resultante pode ser definido como excessivamente fragmentado, lacônico e eivado de inconsistências entre um regime e outro, os quais tratam, sem justificativa razoável, situações equivalentes de maneiras distintas.

Para que se possa perceber este panorama, o único jeito é juntar as peças. É preciso, noutras palavras, comparar os vários regimes jurídicos e verificar quais as normas que prevêm em matéria de controle. É a esta comparação que vão dedicados este e os próximos capítulos desta **parte 1**.

Ao se examinar os textos normativos vigentes busca-se realizar a tarefa essencial de identificação das técnicas de controle que estabelecem, após uma notícia acerca dos objetivos essenciais que perseguem. Trata-se de um exercício descritivo e comparativo. Abstém-se deliberadamente, neste exercício, de apontar ou salientar os problemas que vão se descortinando ao longo deste exame. Deixa-se para enumerá-los – e, mesmo assim, somente os principais – e discuti-los na **parte 2**. O intuito da descrição de aspectos relevantes do direito vigente nesta **parte 1** é permitir ao leitor uma visão “crua” deste direito, que sirva para explicitar, acima de tudo, a sua complexidade, mas que também sirva, secundariamente, para já deixar sugeridos alguns de seus problemas – fragmentação, lacunas e inconsistências normativas –, a serem explicitados e discutidos na **parte 2**.

No **presente capítulo** são comparados os seis **Regimes Especiais** de controle do fomento estatal ao terceiro setor apontados nos capítulos anteriores – **Regimes das Entidades de Utilidade Pública, das Entidades Beneficentes de Assistência Social, das Entidades Conveniadas, das Fundações de Apoio, das OS e das OSCIP**. Embora apenas os últimos quatro estejam efetivamente preordenados ao controle das *transferências de recursos públicos* (uma das técnicas de fomento), os dois primeiros, voltados ao controle das *exonerações tributárias* (outra técnica de fomento), também contribuem à reflexão sobre o que se passa com o controle das transferências.

Na comparação entre os seis **Regimes Especiais** apontam-se as técnicas que cada um prevê. Verifica-se, em síntese, que as técnicas de controle são múltiplas e variadas. Muitas são previstas em mais de um dos seis regimes em vigor. A **tabela 3.1.**, a seguir, apresenta cada técnica em apreço.

**Tabela 3.1 – Os Regimes Especiais e as técnicas de controle das subvenções ao terceiro setor**

<i>Momento da previsão da técnica de controle</i>	<i>Técnica de controle</i>
	<b>1. Controle prévio</b>
Âmbito da <b>legislação</b> orçamentário-financeira	<b>1.1.</b> Instituição de <b>proibições</b> relativas à destinação de recursos de origem pública pelo Poder Público
Âmbito do <b>processo administrativo de planejamento</b> da execução de programa	<b>1.2.</b> Exigência de <b>planejamento geral</b> da execução de programa
Âmbito do <b>processo administrativo de credenciamento</b> de entidades sem fins lucrativos pelo Poder Público	<b>1.3.</b> Exigência de <b>credenciamento</b>
Âmbito do <b>processo administrativo de celebração de contrato</b> de parceria entre o Poder Público e entidade sem fins lucrativos	<b>1.4.</b> Exigência de <b>processo de seleção</b> para a escolha da entidade ou proposta a ser fomentada
	<b>1.5.</b> Exigência de <b>planejamento da execução de parceria</b>
	<b>1.6.</b> Exigência de celebração de <b>contrato de parceria</b>
	<b>2. Controle concomitante</b>
Âmbito da <b>execução do contrato</b> de parceria celebrado entre o Poder Público e entidade sem fins lucrativos	<b>2.1.</b> Instituição de <b>proibições</b> relativas à destinação de recursos de origem pública pela entidade sem fins lucrativos
	<b>2.2.</b> Exigência de adoção, pela entidade sem fins lucrativos, de <b>processo de contratação de fornecedores</b> de bens, serviços e obras, sempre que o pagamento seja feito com recursos públicos
	<b>2.3.</b> Exigência, ao Poder Público, de <b>acompanhamento da execução</b> do contrato de diversas maneiras
	<b>3. Controle posterior</b>
Âmbito da <b>execução do contrato</b> de fomento celebrado entre o Poder Público e entidade sem fins lucrativos	<b>3.1.</b> Exigência de <b>prestação de contas</b> pela entidade sem fins lucrativos
Âmbito do <b>processo administrativo sancionatório</b>	<b>3.2.</b> Exigências de apuração de <b>infrações</b> e de aplicação de <b>sanções administrativas</b> aos responsáveis

Note-se que as variadas técnicas de controle incidem ou concretizam-se em diferentes momentos: prévia, concomitante ou posteriormente à subvenção.

Na coluna da esquerda, atente-se também para a existência de um *iter* do controle das subvenções, que se inicia com a edição da legislação orçamentário-financeira, passa por um processo administrativo de credenciamento das entidades que podem vir a ser subvencionadas,

por um processo de contratação dessas entidades, pela execução do contrato e, se for o caso, por um processo sancionatório.

Finalmente, atente-se para as técnicas de controle previstas na legislação (voltando-se, uma vez mais, à coluna da direita): como técnicas de controle prévio apontam-se as *proibições*, o *planejamento geral*, o *credenciamento*, o *processo de seleção*, o *planejamento da execução de parceria* e o *contrato de parceria*; como técnicas de controle concomitante apontam-se as *proibições*, o *processo de contratação de fornecedores* e o *acompanhamento da execução*; como técnicas de controle posterior apontam-se a *prestação de contas* e as *infrações e sanções administrativas*.

Além da circunstância de que nem todas as técnicas de controle encontradas num **Regime Especial** podem ser também encontradas nos demais, há o fato de que, mesmo com relação às que aparecem em mais de um deles, notam-se graus de disciplinamento jurídico variados, inclusive lacunas. Com efeito, o alcance de uma técnica (quais os sujeitos e situações apanhadas) pode estar claramente definido num **Regime**, mas não no outro; o procedimento pelo qual ela deve ser aplicada pode estar claramente fixado num **Regime**, mas não no outro – e assim por diante, sempre havendo variações no grau de tratamento normativo dedicado a certa técnica. Em suma, mesmo quando há semelhanças entre as ferramentas de que o Estado lança mão para o controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor num e noutro **Regime Especial**, o grau de disciplinamento normativo de cada ferramenta varia de um para o outro.

É interessante notar também que, embora possam existir as mesmas técnicas de controle em diferentes **Regimes Especiais**, cada um desses orienta-se para o alcance de finalidades específicas. Com efeito, ainda que estejam comprometidos, nalguma medida, com a garantia da legalidade e da boa administração do fomento estatal, os seis **Regimes Especiais** diferenciam-se quanto aos respectivos focos de controle. Nos **Regimes das OSCIP e das OS** sobressai o objetivo de instituição de um controle de resultados sobre a aplicação dos recursos transferidos às entidades, assegurando-se, a estas, maior flexibilidade na gestão dos recursos recebidos. No **Regime das Entidades Conveniadas** já não há tanto foco, quanto nos dois

anteriores, em controle de resultados. No **das Fundações de Apoio** o foco do controle parece ser o de impedir excessiva promiscuidade entre a fundação e a instituição federal de ensino superior apoiada. Finalmente, os dois outros **Regimes Especiais** já não enfocam o controle das transferências de recursos públicos, mas sim o da outorga de benefícios tributários. O curioso é que o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, à luz da sua principal lei de regência, sequer teria por fim o controle da outorga de algum benefício econômico às entidades privadas sem fins lucrativos, mas foi paulatinamente desvirtuado de seu sentido original para servir, sim, de controle à dispensa de benefícios tributários pelo Estado. Já o **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social**, além do foco no controle da outorga de benefícios tributários, parece preordenado, também, ao controle do universo de entidades atuantes na área de assistência social no país e da exigência de “aplicação mínima em gratuidade” feita a determinadas entidades.

A seguir, confira-se uma narrativa das principais semelhanças e diferenças entre um **Regime Especial** de controle e outro, que atenta sempre para o momento da incidência da técnica de controle sob exame – antes, durante ou depois dos repasses de recursos.

## **1. O controle prévio**

### **1.1. Proibições relativas à destinação de recursos**

Uma técnica de controle das subvenções ao terceiro setor consiste na proibição, ao Poder Público, de realizá-las ou, ainda, às entidades do terceiro setor de empregar os recursos recebidos para determinadas finalidades. No primeiro caso cuida-se de uma técnica de controle prévio à transferência dos recursos; no segundo, de uma técnica de controle concomitante.

Note-se ainda que, no primeiro caso, a proibição é endereçada ao Poder Público, podendo ser feita de maneira *direta* ou *indireta*. É direta quando se proíbe que recursos públicos sejam destinados a tais ou quais categorias de entidades do terceiro setor. Geralmente este tipo de proibição aparece no âmbito do **Regime Orçamentário-Financeiro**, notadamente

nas LDO.<sup>1</sup> É indireta quando, em vez de proibir-se, pura e simplesmente, que determinadas categorias de entidades sejam contempladas com recursos públicos, proíbe-se que tais entidades sejam credenciadas pelo Poder Público ou, então, que com ele celebrem contratos de parceria (proibições estas das quais resulta, indiretamente, a vedação a que sejam subvencionadas). Esta forma de proibição aparece claramente nos **Regimes das OSCIP<sup>2</sup> e das Entidades Conveniadas<sup>3</sup>**.

No segundo caso, em que a proibição é endereçada não ao Poder Público, mas às entidades do terceiro setor (que já tenham recebido uma subvenção do Poder Público), a proibição diz respeito à aplicação da subvenção recebida, por essas entidades, em determinados objetos ou para certas finalidades. Exemplos serão apresentados oportunamente, quando referidas as técnicas de controle concomitante à transferência de recursos.

## 1.2. Planejamento geral

O planejamento geral de execução de programa é o instrumento de controle das

---

<sup>1</sup> Conforme se verá, com a devida atenção, no **capítulo 4**.

<sup>2</sup> No **Regime das OSCIP** encontra-se proibição expressa de qualificação como OSCIP de diversas categorias de entidades: *i*) sociedades comerciais; *ii*) sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; *iii*) instituições religiosas; *iv*) organizações partidárias; *v*) entidades de benefício mútuo em geral; *vi*) entidades e empresas que comercializam planos de saúde; *vii*) instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; *viii*) escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; *ix*) organizações sociais; *x*) cooperativas; *xi*) fundações públicas; *xii*) fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; e *xiii*) organizações creditícias com qualquer tipo de vinculação ao sistema financeiro nacional (cf. Lei 9.790/99, art. 2º., I a XIII).

<sup>3</sup> De fato, no **Regime das Entidades Conveniadas** encontra-se expressa proibição de celebração de convênios e contratos de repasse com uma série de sujeitos: *i*) "...entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, 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" (cf. Decreto 6.107/2007, art. 2º., II, na redação que lhe foi dada pelo Decreto 6.619/2008; vale mencionar que, sobre esta mesma sorte de vedação, a Portaria Interministerial 127/2008, no seu art. 6º., II, alíneas *a* e *b*, apresenta redação diferente, que ainda espelha a redação original do Decreto 6.107/2007); *ii*) com entidades que estejam em mora, inadimplentes com outros convênios ou contratos de repasse celebrados com a administração pública federal (cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 6º., IV); *iii*) com pessoas físicas (cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 6º., IV); *iv*) com entidades privadas *com* fins lucrativos (cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 6º. V); *v*) com vistas à realização de serviços ou execução de obras a serem custeadas, ainda que parcialmente, com recursos externos, sem que tenha havido a prévia contratação da operação de crédito externo (cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 6º., VI); *vi*) com entidades privadas cujo objeto social não se relacione às características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio ou contrato de repasse (cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 6º., VII).

transferências de recursos menos utilizado (apesar de sua grande importância). É previsto apenas no **Regime das Entidades Benéficas de Assistência Social**. Neste, a lei prevê que “[a] União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem celebrar convênios com entidades e organizações de assistência social, em conformidade com os Planos aprovados pelos respectivos Conselhos.”<sup>4</sup> A alusão a “Planos” e “Conselhos” baseia-se na própria organização da assistência social estabelecida pela lei. Segundo esta organização devem ser estabelecidas “instâncias deliberativas compostas pelos diversos setores envolvidos na área”,<sup>5</sup> com “composição paritária entre governo e sociedade civil”<sup>6</sup>, em cada unidade da federação, chamadas Conselhos. São previstos, neste sentido, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) no âmbito da União, Conselhos Municipais de Assistência Social, Conselhos Estaduais de Assistência Social e um Conselho de Assistência Social do Distrito Federal.<sup>7</sup> A estes Conselhos compete, então, a aprovação de Planos de Assistência Social. Como se vê, eventuais parcerias, mediante convênios, firmadas entre entes estatais e organizações privadas de assistência social, devem necessariamente ser feitas em conformidade com tais planos.

A previsão legal desses instrumentos de planejamento permite duas constatações a seu respeito. Uma se refere ao seu conteúdo. A norma permite a ilação de que se trata de um instrumento de planejamento global da execução de programas na área de assistência social. Fala na necessidade de que quaisquer convênios – no plural – estejam em conformidade com ele. Outra constatação diz respeito ao seu processo de elaboração. A norma prevê que o plano deverá ser aprovado por um órgão colegiado do qual participem representantes da sociedade civil. Existe, dessa forma, uma preocupação normativa com a participação democrática na sua formulação.

Trata-se, contudo, de instrumento que carece de previsão nos outros **Regimes Especiais de Controle**. Neles não se prevê um plano global de execução de um programa que envolva parcerias com entidades do terceiro setor.

---

<sup>4</sup> Lei 8.742/93, art. 10.

<sup>5</sup> Lei 8.742/93, art. 6º., *caput*.

<sup>6</sup> Lei 8.742/93, art. 16, *caput*.

<sup>7</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 16, I a IV.

### 1.3. Credenciamento

O credenciamento prévio de entidades é ferramenta largamente empregada para o controle do fomento ao terceiro setor. Por meio dela segrega-se, do amplíssimo universo das entidades privadas, aquelas que o Estado quer potencialmente fomentar e que querem ser fomentadas pelo Estado. Considerando-se que, geralmente, o fomento ocorre no âmbito de um vínculo de parceria entre o Estado e a entidade do terceiro setor, pode-se falar também no credenciamento como ferramenta para a pré-seleção daquelas entidades potencialmente parceiras. Isto permite ao Estado melhor direcionar o fomento ao alvo desejado; mas também lhe permite, sobretudo, controlar melhor o fomento que realiza. Muito do controle que o Estado exerce sobre o seu fomento a organizações do terceiro setor repousa na exigência de que estas cumpram determinados requisitos para que possam credenciar-se e, só assim, ter (ou disputar) acesso a benefícios de fomento.

Note-se que os requisitos para o credenciamento somam-se aos requisitos para as transferências financeiras a título de fomento. Esses últimos são fixados pelo **Regime Orçamentário-Financeiro**, como se verá em detalhes no **capítulo 4**. Resulta, dessa maneira, que, de fora todos os requisitos para transferências financeiras alinhavados na LDO, há outra série de requisitos para o credenciamento prévio de entidades do terceiro setor que se encontra estipulada nos seis **Regimes Especiais** existentes na atualidade.

Em que consiste a disciplina jurídica do credenciamento ou concessão de títulos jurídicos especiais? Ela passa, ao menos em tese, pela definição do órgão ou entidade pública competente para a expedição do ato administrativo de outorga da credencial – também chamada “qualificação”, “certificação”, “declaração”, “titulação” e “cadastro” – à entidade privada que a requereu. Passa, ainda, pela estipulação dos requisitos para se obtê-la, pela definição da forma de comprovação do atendimento a estes requisitos, pela disciplina do procedimento para se obtê-la, pela previsão dos efeitos jurídicos decorrentes da sua obtenção, pela estipulação da competência e dos pressupostos para se cassá-la ou suspendê-la e, finalmente, pela definição das conseqüências da sua perda. Nem todos esses aspectos,

contudo, são efetivamente disciplinados em cada um dos seis **Regimes Especiais**. Há lacunas, especialmente em âmbito *legal*, que causam problemas, como será ilustrado no **capítulo 8**.

De qualquer sorte, todos os eles prevêem a ferramenta do credenciamento na atualidade. Há, assim, as credenciais de *Entidade de Utilidade Pública Federal*, de *Entidade Beneficente de Assistência Social*, no *SICONV*, de *Fundação de Apoio*, de *OS* e de *OSCIP*.<sup>8</sup>

Isto, contudo, não era assim até recentemente. O **Regime das Entidades Conveniadas**, que era o único que ainda prescindia da técnica, passou a se valer dela também. Estabeleceu-se, por meio de decreto, que as entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio ou contrato de repasse com órgãos ou entidades da administração pública federal deverão *cadastrar-se previamente* no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (*SICONV*).<sup>9</sup> Tal exigência passou a valer desde 1º. de setembro de 2008.<sup>10</sup> Sem este prévio cadastro, fica proibida a avença.<sup>11</sup> O cadastro, assim, funciona como uma espécie de credencial.

Mas vale observar que uma portaria interministerial, ao desenvolver esta exigência de *cadastro* constante do decreto, fez uma distinção entre “credenciamento”, “proposição” e

---

<sup>8</sup> Existem, ainda, outros exemplos de credenciais previstos em áreas específicas de atuação governamental. Contudo, não são credenciais voltadas ao controle de medidas de fomento estatal, mas a outros fins. Por exemplo, na área de proteção ao meio ambiente existe o Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas (CNEA). Ele é previsto pelo Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, art. 5º., § 6º. (parágrafo incluído pelo Decreto 3.942/2001) e, ainda, pela Resolução CONAMA 06, de 15.7.1989 (parcialmente revogada pela Resolução CONAMA 292, de 21 de março de 2002). Sua finalidade não é servir como técnica de controle do fomento estatal às entidades do terceiro setor que atuam na defesa do meio ambiente; presta-se, apenas, a definir as entidades que poderão participar da eleição de representantes num órgão da administração federal. Com efeito, da leitura do decreto federal depreende-se que as entidades que venham a se registrar no CNEA poderão eleger os representantes das “Entidades Ambientalistas” no plenário do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (órgão federal dotado de competências normativas e consultivas em matéria ambiental) e, ainda, na recém-constituída Câmara Especial Recursal do CONAMA. Desse modo, o CNEA serve para reunir o universo das entidades participantes desta eleição. É um instrumento que serve para concretizar a previsão regulamentar de que a representação da sociedade civil no CONAMA se fará, entre outros, por representantes de “Entidades Ambientalistas” (*cf.* Decreto 99.274/90, art. 5º., VIII, alíneas *a* e *b*, todos incluídos pelo Decreto 3.942/2001). Em suma, não se trata mesmo de um instrumento de controle do fomento estatal ao terceiro setor.

<sup>9</sup> *Cf.* Decreto 6.170/2007, art. 3º., *caput*, com a redação dada pelo Decreto 6.428/2008.

<sup>10</sup> *Cf.* Decreto 6.170/2007, art. 3º., § 4º., com a redação dada pelo Decreto 6.497/2008. A LDO para o exercício de 2009 também previa esta exigência de cadastro prévio do instrumento contratual no *SICONV*, exigindo sua vigência, contudo, para pouco antes: a partir 1º. de julho de 2008; veja-se: “os convênios, contratos de repasse ou termos de parceria, celebrados a partir de 1º. de julho de 2008, deverão ser registrados, executados e acompanhados no *SICONV*” (Lei 11.768/2008, art. 19, § 1º.).

<sup>11</sup> *Cf.* Decreto 6.170/2007, art. 3º., *caput*; e Portaria Interministerial 127/2008, arts. 3º., § 2º. e 25, I.

“cadastramento”, que não é feita no decreto. Segundo a portaria, o *iter* a ser seguido por uma entidade interessada em firmar convênio ou contrato de repasse com órgão ou entidade da administração federal começa com o seu “credenciamento” no SICONV, passa pela “proposição” de um plano de trabalho e culmina, em caso de aceitação da proposição pela administração pública, com o seu “cadastramento” (o da entidade interessada) no SICONV e a assinatura do instrumento de parceria.<sup>12</sup>

Houve, dessa forma, a implantação de verdadeiro sistema de credenciamento próprio ao **Regime das Entidades Conveniadas**, que, embora não envolva a atribuição de um título jurídico especial às entidades credenciadas (a exemplo dos previstos nos demais **Regimes Especiais**), cumpre a mesma função de credenciamento do universo de entidades potencialmente beneficiárias de uma política pública de fomento. Pode-se dizer que, neste caso específico **das Entidades Conveniadas**, há um credenciamento prévio daquelas *potencialmente* beneficiárias de recursos da União, seguido, relativamente a entidades *efetivamente* aceitas como beneficiárias, do seu “cadastramento” – na terminologia da

---

<sup>12</sup> Deveras, o “credenciamento” da interessada é previsto como condição para que ela apresente sua proposta de trabalho, consubstanciando, tal proposta, no modo pelo qual a pretendente manifestará o seu interesse numa parceria com a administração federal (*cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 12 *c/c* art. 15, *caput*). Exige-se, para tal “credenciamento”, que a entidade apresente informações, pelo menos, sobre sua razão social, endereço, endereço eletrônico, número de inscrição no CNPJ, transcrição de seu objeto social atualizado e relação nominal atualizada de seus dirigentes, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de entidade e CPF de cada um deles (*cf.* art. 14, II). Uma vez “credenciada”, a entidade pode apresentar o seu plano de trabalho, observando os elementos obrigatórios de seu conteúdo ditados pela portaria (*cf.* art. 15 *caput* e incisos I ao V). A propositura do plano de trabalho pode ser aceita ou recusada pela administração pública. No caso de sua aceitação, o órgão ou entidade da administração pública repassador dos recursos realizará pré-empenho, que será vinculado à proposta e só poderá ser alterado por intermédio do SICONV; a entidade proponente deverá atender às exigências para efetivação do seu “cadastro” e, ainda, incluirá no SICONV o seu plano de trabalho; finalmente, se for o caso, a entidade será informada acerca de exigências e pendências verificadas pela administração pública (*cf.* art. 16, I, alíneas *a* a *c*), as quais, uma vez cumpridas, permitirão o seu “cadastramento”. Por outro lado, no caso de recusa da proposição, o órgão ou entidade da administração pública repassador dos recursos registrará o indeferimento no SICONV e comunicará ao proponente a respeito (*cf.* art. 16, II, alíneas *a* e *b*). Note-se que o “cadastramento” da entidade, no *iter* estabelecido pela portaria, ocorre apenas após o seu “credenciamento” no SICONV, a apresentação de plano de trabalho e a aceitação desse plano pela administração pública federal; apenas nesse caso é que se passa ao “cadastramento”. A citada portaria dá a entender que esse “cadastramento” não é feito diretamente no SICONV, mas deve, em última análise, dele constar (como, aliás, exige o Decreto 6.170/2007 no seu art. 3º.). Ela dispõe, sem mencionar o SICONV, que as entidades deverão submeter-se a “cadastramento” no órgão ou entidade concedente ou na unidade cadastradora do SICAF a ele vinculadas (*cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 17, *caput*), para, noutras passagens, deixar claro que esse cadastro atualizado no SICONV é pré-condição para a celebração de convênios e contratos de repasse (*cf.* art. 25, I e art. 3º., § 2º.). Extrai-se dessas disposições, portanto, a conclusão de que o órgão ou entidade concedente, ou a unidade cadastradora do SICAF a ele vinculada, é responsável por efetuar o cadastro da entidade no SICONV, que assim ficará disponível para consulta pelo público no Portal dos Convênios.

regulamentação aplicável<sup>13</sup> –, que já deve estar concluído no momento da celebração da parceria. Tudo isso, como apontado, é novidade recentemente introduzida no **Regime das Entidades Conveniadas**.

Por outro lado, nos cinco outros regimes jurídicos existentes, a previsão da ferramenta do credenciamento prévio já era um traço característico há mais tempo.

O **Regime das Entidades de Utilidade Pública** foi o pioneiro nesse sentido, prevendo a competência para o Poder Executivo, com certa discricionariedade, outorgar o título de Utilidade Pública Federal.<sup>14</sup> De início, a obtenção deste título, como já observado, não deveria resultar em nenhum benefício econômico para a entidade credenciada, mas a legislação original foi paulatinamente desvirtuada, por leis esparsas, de sorte que diversas vantagens econômicas passaram a decorrer, sim, da posse da credencial.<sup>15</sup>

O **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social**, tal qual disciplinado atualmente, estabelece duplo grau de credenciamento para as chamadas “entidades e organizações de assistência social”: *i*) para que possam funcionar devem submeter-se a prévia inscrição nos respectivos Conselhos Municipais de Assistência Social ou Conselho de

---

<sup>13</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, arts. 17 a 19.

<sup>14</sup> De fato, atribui-se discricionariedade ao Poder Executivo para outorgar o título de utilidade pública (Lei 91/35, art. 1º., *caput*) e estabelecer e reconhecer os “casos excepcionais” em que o título poderá ser outorgado *ex officio* (art. 2º., *caput*).

<sup>15</sup> Segundo Informação Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados subscrita pelo consultor legislativo Emile BOULENS, a lista de vantagens decorrentes da obtenção do título de utilidade pública federal envolve vantagens “imateriais” e “materiais”. As “vantagens imateriais” seriam “prestígio e credibilidade” e a circunstância de ser o título um “pré-requisito para a obtenção do certificado de fins filantrópicos” (atual CEBAS) junto ao CNAS; as “vantagens materiais” seriam a possibilidade de receber doações da União e de suas autarquias; a possibilidade de o doador (pessoa física), para fins de pagamento de IR, deduzir de sua renda bruta as contribuições feitas às entidades declaradas de utilidade pública; a possibilidade de realizar sorteios; a fruição da imunidade prevista no art. 150, VI, *c*, da Constituição; e a fruição da isenção da contribuição do empregador para o custeio da seguridade social. A própria informação técnica advertia, no entanto: “No tocante às vantagens materiais, cumpre advertir que a regulamentação da concessão desses benefícios é muito dinâmica, estando sujeita a mudanças constantes e imprevisíveis.” Cf. BRASIL, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, *Utilidade pública federal*, Informação Técnica de autoria do consultor legislativo Emile BOUDENS, p. 4. Lista semelhante de benefícios decorrentes da obtenção do título de utilidade pública federal é apresentada por Maria Nazaré Lins BARBOSA e Carolina Felipe de OLIVEIRA: “1. [O título de utilidade pública federal] Instrui o pedido de certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS); 2. É documento essencial, para, junto com outros, requerer ao INSS a isenção da quota patronal; 3. Dá direito de fornecer às pessoas jurídicas, doadoras de benefícios, recibo dedutível do imposto de renda (IR), acompanhado de declaração própria; 4. Possibilita receber doações da União; 5. Possibilita receber receitas das loterias federais; 6. Possibilita realizar sorteios.” *Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica*, p. 150.

Assistência Social do Distrito Federal, conforme o caso;<sup>16</sup> *ii*) uma vez inscritas nestes conselhos, devem registrar-se e pleitear certificado junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).<sup>17</sup> Conforme definido em âmbito infralegal, tal certificado tem validade de três anos, a contar da data da publicação no Diário Oficial da União da resolução de deferimento de sua concessão, permitida a sua renovação, sempre por igual período, exceto quando cancelado em virtude de transgressão de norma atinente à sua concessão.<sup>18</sup> Diz a lei, ademais, que, ao órgão da administração pública federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, compete coordenar e manter atualizado um “sistema de cadastro de entidades e organizações de assistência social, em articulação com os Estados, os Municípios e o Distrito Federal”.<sup>19</sup>

O **Regime das Fundações de Apoio** prevê o registro e credenciamento fundações privadas, criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, assim como de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, de instituições federais de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica. Tal registro e credenciamento devem ser feitos no Ministério da Educação e do Desporto ou no Ministério da Ciência e Tecnologia, conforme o caso, sendo a credencial renovável bianualmente.<sup>20</sup>

Já o **Regime das OS** prevê a qualificação como Organização Social, cuja obtenção também exige o cumprimento de uma série de requisitos legalmente estabelecidos. Dentre eles merece realce, por ser único ao **Regime das OS**, o de sujeição da entidade a uma espécie de controle “quase-orgânico” por parte do Poder Público e da comunidade. “Quase-orgânico”

---

<sup>16</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 9º., *caput*.

<sup>17</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 9º., § 3º., com a redação dada pela MP 2.187-13, de 2001. Registre-se que a Presidência da República tentou revogar tal dispositivo por intermédio da MP 446/2008; entretanto, esta medida provisória acabou rejeitada pelo Congresso Nacional. Sob o sistema almejado com a MP 446/2008, a competência para o registro e certificação das entidades beneficentes de assistência social seria subtraída do CNAS e descentralizada para os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, conforme a área de atuação da entidade pleiteante.

<sup>18</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º., § 2º.

<sup>19</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 19, XI.

<sup>20</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 2º., III. Veja-se, contudo, que a lei não menciona exatamente uma credencial de “fundação de apoio”, mas apenas dispõe que “instituições criadas com a finalidade de dar apoio...” a instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica (art. 1º.) devem estar constituídas sob a forma de “fundações de direito privado” (art. 2º., *caput*) e sujeitam-se “ao prévio registro e credenciamento...” (art. 2º., III). A expressão “fundação de apoio” só é utilizada uma vez na lei, numa de suas derradeiras disposições (art. 6º.).

porque as próprias decisões deliberativas da entidade têm que ficar sujeitas ao voto de representantes do Poder Público e da comunidade, a par dos votos de cada um dos demais integrantes do corpo diretor da entidade (como se a entidade fosse, assim, quase um órgão do Poder Público, apesar de não sê-lo). Neste sentido, a legislação prevê que a entidade deve dispor de um órgão colegiado de deliberação superior, o “conselho de administração”, cujas composição e atribuições normativas e de controle obedecem às exigências legalmente estabelecidas.<sup>21</sup> A principal exigência de composição é a de que nele haja membros representantes do Poder Público e da comunidade, de tal forma que ambas as categorias, juntas, detenham mais de 50% dos votos no conselho.<sup>22</sup> Já as exigências quanto às atribuições do conselho têm o efeito geral de reunir, sob sua alçada exclusiva, um plexo de competências de controle que tornam este conselho dotado de significativo poder decisório sobre aspectos essenciais da atuação da entidade.<sup>23</sup>

De resto, também por ser traço característico da técnica de credenciamento sob o **Regime das OS**, merece menção o fato de que a competência para a outorga da certificação tem caráter discricionário. Esta outorga, a cargo do chefe do Executivo via decreto,<sup>24</sup> está sujeita a uma análise prévia de sua conveniência e oportunidade, a ser feita tanto por parte do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade quanto por parte do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.<sup>25</sup>

Finalmente, a Lei 9.790/99, em que está ancorado o **Regime das OSCIP**, também prevê a ferramenta do credenciamento prévio de entidades. Sua obtenção exige o cumprimento

---

<sup>21</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 2º., I, c.

<sup>22</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 3º., I, a e b e III.

<sup>23</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 4º., I a X.

<sup>24</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 1º.

<sup>25</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 2º., II. Nos termos desse dispositivo, a aprovação compete ao titular do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). Este ministério, contudo, foi extinto, tendo as suas atribuições sido absorvidas por órgão subordinado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Vale observar que o MARE, criado durante o primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso (1994-97) para a condução da Reforma do Estado brasileiro, foi dirigido pelo Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. Já no início do segundo mandato do governo Cardoso (1998-2001), Bresser-Pereira foi deslocado para o Ministério da Ciência e Tecnologia, e o antigo MARE foi transformado em Secretaria de Administração e Patrimônio, subordinada ao Ministério do Planejamento, dela passando a se ocupar Cláudia Costin, doutora em Políticas Públicas pela FGV e funcionária de carreira da área da Fazenda. Cf. Fernando Henrique CARDOSO, *A arte da política: a história que vivi*, pp. 321-322.

de uma série de requisitos legalmente previstos.<sup>26</sup> Merece realce, por se tratar desta feita de um importante traço característico da ferramenta de credenciamento no **Regime das OSCIP**, a circunstância de que a outorga da qualificação como OSCIP é ato administrativo vinculado ao cumprimento de requisitos objetivos normativamente previstos. Esta outorga, a cargo do Ministério da Justiça<sup>27</sup> (mais especificamente, da Secretaria Nacional de Justiça, integrante daquele ministério)<sup>28</sup> está estritamente vinculada à demonstração de cumprimento dos requisitos fixados em lei pela organização interessada.<sup>29</sup> Nisto reside distinção fundamental entre o **Regime das OSCIP** e o **Regime das OS**: neste último, como se vem de observar, o poder de outorga da certificação estatal é discricionário, em contraste com aquela, em que a outorga se faz por ato administrativo vinculado.

### 1.3. Processo de seleção

A exigência de um processo de seleção de entidades parceiras, normalmente já credenciadas pelo Poder Público, parece ser hoje uma tendência do direito brasileiro.

Sob o **Regime das Entidades Conveniadas** faculta-se, ao órgão ou entidade da administração pública, a realização de certo processo administração, denominado *chamamento público*, para a seleção de entidade privada sem fins lucrativos com a qual celebrará convênio ou contrato de repasse (*cf.* Decreto 6.170/2007, art. 4º,<sup>30</sup> e Portaria Interministerial 127/2008, art. 5º).<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> *Cf.* Lei 9.790/99, arts. 1º, 2º, 3º e 4º.

<sup>27</sup> *Cf.* Lei 9.790/99, art. 6º. *c/c* Decreto 3.100/99, art. 3º.

<sup>28</sup> *Cf.* Portaria MJ 361, de 27.7.1999, art. 2º, parágrafo único.

<sup>29</sup> *Cf.* Lei 9.790/99, art. 6º, § 3º, I a III.

<sup>30</sup> Este o exato teor da disposição: “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. Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.”

<sup>31</sup> Este o exato teor da disposição: “Art. 5º. Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal poderá, com vistas a selecionar projetos e órgãos ou entidades que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONS, que deverá conter no mínimo: I – a descrição dos programas a serem executados de forma descentralizada; e II – os critérios objetivos para a seleção do conveniente ou contratado, com base nas diretrizes e nos objetivos dos respectivos programas. § 1º. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, pelo prazo mínimo de quinze dias,

Chama atenção a facultatividade da realização desta espécie de licitação pública, na medida em que as disposições regulamentares prevêem que ela “...poderá...” ser realizada e, não bastasse isso, reiteram que ela ficará “...a critério do órgão ou entidade concedente...”.

Algo semelhante se passa com o **Regime das OSCIP**. Nele se encontra a previsão de que o Poder Público, também em caráter facultativo, *poderá* publicar *edital de concurso de projetos* para a escolha da OSCIP com a qual celebrará termo de parceria, a fim de obter bens e serviços e realizar atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.<sup>32</sup>

Há diversos deveres a serem cumpridos pelo Poder Público na hipótese de instauração do concurso de projetos, todos disciplinados, na atualidade, pelo Decreto 3.100/99.<sup>33</sup> Destacam-se, entre eles, o de designar *comissão julgadora do concurso*, que deverá ser composta, no mínimo, por um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área correspondente ao objeto do concurso, quando houver. Esta comissão julgadora deverá ser instruída sobre a pontuação

---

especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios. § 2º. A qualificação técnica e capacidade operacional da entidade privada sem fins lucrativos será aferida segundo critérios técnicos e objetivos a serem definidos pelo concedente ou contratante, bem como por meio de indicadores de eficiência e eficácia estabelecidos a partir do histórico do desempenho na gestão de convênios ou contratos de repasse celebrados a partir de 1º. de julho de 2008.”

<sup>32</sup> Cf. Decreto 3.100/99, art. 23, *caput*. Todavia, uma vez que decida realizar o *concurso de projetos* e tenha, para tanto, instaurado o processo de seleção, fica o Poder Público proibido de celebrar termo de parceria, com o mesmo objeto, fora do concurso iniciado. Cf. art. 23, parágrafo único.

<sup>33</sup> É dever do Poder Público preparar, com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, projeto, obra ou serviço a ser objeto ou a ser realizado por meio do termo de parceria. Cumpre-lhe ainda fazer constar do edital do concurso, no mínimo, informações sobre: *i*) prazos, condições e forma de apresentação das propostas, *ii*) especificações técnicas do objeto do termo de parceria, *iii*) critérios de seleção e julgamento das propostas, *iv*) datas para apresentação das propostas, *v*) local de apresentação das propostas, *vi*) datas do julgamento e data provável de celebração do termo de parceria, *vii*) valor máximo a ser desembolsado. Cumpre-lhe também levar em conta, na seleção e no julgamento dos projetos, os seguintes aspectos: *i*) o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado; *ii*) a capacidade técnica e operacional da candidata; *iii*) a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados; *iv*) o ajustamento da proposta às especificações técnicas; *v*) a regularidade jurídica e institucional da OSCIP; e *vi*) a análise dos documentos relativos à prestação de contas anuais da OSCIP, referidos no art. 11, § 2º., I a VII, do Decreto 3.100/99. Por outro lado, é proibido ao Poder Público a adoção dos seguintes critérios de seleção, de desqualificação ou pontuação, reputados inaceitáveis: *i*) o local de domicílio da OSCIP ou a exigência de experiência de trabalho da organização no local de domicílio do órgão estatal parceiro; *ii*) a obrigatoriedade de consórcio ou associação com entidades sediadas na localidade onde deverá ser celebrado termo de parceria; e *iii*) o volume de contrapartida ou qualquer outro benefício oferecido pela OSCIP. Na mesma toada, é proibido ao Poder Público aceitar, como critérios de julgamento, aspectos jurídicos, administrativos, técnicos ou operacionais não estipulados no edital do concurso.

pertinente a cada item da proposta ou projeto desejados e zelar para que a identificação da organização proponente seja omitida.<sup>34</sup>

No **Regime das OS** encontra-se previsão de que a elaboração do contrato de gestão entre o Poder Público e a organização parceira deve ser feita mediante observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.<sup>35</sup> Não há, contudo, a previsão do *concurso de projetos* para a seleção de entidades parceiras (tampouco de algum outro específico processo de seleção), como há no **Regime das OSCIP**.

Finalmente, o **Regime das Fundações de Apoio** singulariza-se pela previsão, na lei, de hipótese de dispensa de licitação para a contratação de fundação de apoio por instituição federal de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica.<sup>36</sup> Considera-se dispensável a licitação “na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.”<sup>37</sup>

De resto, nos **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das Entidades Benéficas de Assistência Social**, como não há previsão de ferramenta de contratação específica para fins de controle de transferência de recursos à entidade, verifica-se o uso do instrumento do convênio ou do contrato de repasse. Havendo, pois, transferência de recursos financeiros, tais regimes aplicam-se em conjunto com o **das Entidades Conveniadas**.

De todo o exposto acerca do processo de escolha de entidade parceira pelo Poder Público extrai-se, em resumo, que, se há pouco tempo a previsão expressa da faculdade de

---

<sup>34</sup> Ainda no que diz respeito a esta comissão julgadora, o decreto dispõe que fica vedado ao Poder Público examinar recursos administrativos contra as decisões por ela tomadas. Fica-lhe vedada ainda a anulação ou suspensão administrativa do resultado do concurso ou a celebração de outros termos de parceria, com o mesmo objeto, sem antes finalizar o processo iniciado pelo concurso. Cumpre-lhe, na mesma toada, homologar o resultado do concurso após o seu anúncio público, sendo imediata a celebração dos termos de parceria pela ordem de classificação dos aprovados. Resta estabelecido, ainda, que o trabalho dessa comissão julgadora de projetos não será remunerado.

<sup>35</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 7º., I e II.

<sup>36</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 1º. c/c Lei 8.666/93, art. 24, XIII.

<sup>37</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 24, XIII (com a redação determinada pela Lei 8.883/94).

instauração de algum processo competitivo para este fim era nota característica e exclusiva do **Regime das OSCIP** – em que, como visto, o regulamento prevê o *concurso de projetos* –, hoje faculdade semelhante encontra-se no **Regime das Entidades Conveniadas**; este, sendo o regime ordinário, acaba estendendo a aplicabilidade da previsão a outros dois – o **das Entidades de Utilidade Pública** e o **das Entidades Benéficas de Assistência Social**. A exigência de algum processo de seleção ganha força, ainda, com as LDO, notadamente a LDO para o exercício de 2010 (a última editada até a conclusão deste trabalho), como se verá no **capítulo 4**.

#### **1.4. Planejamento da execução da parceria**

Outra técnica de controle prévio das transferências de recursos públicos ao terceiro setor é o planejamento da execução de parcerias (que, em regra, envolvem tais transferências). Esse planejamento costuma se traduzir num “plano de trabalho”, que integrará o conteúdo do contrato de parceria a ser firmado entre o Estado e a entidade do terceiro setor. Além disso, nalguns **Regimes Especiais** prevê-se a submissão do “plano de trabalho” ou, mais ainda, da minuta de contrato de parceria, a “pareceres prévios”, emitidos por variados órgãos consultivos – como um conselho técnico-político ou um órgão de assessoria jurídica. Assim, o “plano de trabalho” e o “parecer prévio” constituem duas típicas ferramentas de planejamento de uma parceria entre Estado e terceiro setor.

Quanto à exigência de plano de trabalho nota-se que, no **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, não há previsão de plano de execução, por parte da entidade fomentada, de dado objeto. Como se verá oportunamente exige-se apenas a prestação de contas sobre a sua atuação passada, independentemente de ter celebrado ou não algum contrato de parceria com o Poder Público. Trata-se de algo diferente do planejamento antecipado da execução de um objeto. Nos cinco outros regimes, contudo, algum planejamento do gênero se faz presente.

Por exemplo, no **Regime das Entidades Benéficas de Assistência Social** já se notam exigências de planejamento da aplicação de recursos financeiros por parte da entidade

de assistência social. Prevê-se que, para fazer jus a uma credencial (o CEBAS), a entidade deve atender, entre outros requisitos, ao de aplicar anualmente, em gratuidades, pelo menos 20% (vinte por cento) de sua receita bruta.<sup>38</sup> Esta aplicação em gratuidades significa prestar serviços gratuitamente à população. A prestação de serviços deve ser permanente e sem qualquer discriminação de clientela, bem como consentânea com *plano de trabalho de assistência social* apresentado pela entidade e aprovado pelo CNAS.<sup>39</sup> Note-se que este conjunto de exigências – de aplicação mínima em gratuidade, de modo permanente e não discriminatório, tudo de acordo com *plano de trabalho* previamente aprovado – pode ser visto, de fato, como uma exigência de planejamento da aplicação de recursos financeiros imposta à entidade. Porém, é importante observar que não se trata necessariamente da aplicação de recursos obtidos sob a forma de subvenções ou renúncias de receita por parte do Estado; trata-se, isto sim, da aplicação de quaisquer recursos que componham a receita bruta da entidade.

Nos **Regimes das Entidades Conveniadas, das OS e das OSCIP** também há previsão de *plano ou programa de trabalho* a ser apresentado pelas entidades. Este instrumento de planejamento deve tornar-se objeto de um contrato de parceria entre a entidade e o Poder Público, versando sobre a execução física e financeira do objeto pactuado.

Nos três regimes, a exigência de planejamento da execução *física* do objeto se traduz em obrigações específicas que recaem sobre a entidade do terceiro setor: *i*) de cumprimento do objeto ou *programa de trabalho* proposto;<sup>40</sup> *ii*) de fixação de *metas* ou resultados a serem atingidos;<sup>41</sup> e *iii*) de fixação de *prazos, fases ou cronograma de execução de metas*.<sup>42</sup> A seu turno, a exigência de planejamento da execução *financeira* do objeto se traduz em outras obrigações específicas, que também recaem sobre a entidade privada: *i*) de apresentação de *estimativa de receitas e despesas* a serem realizadas em cumprimento ao pactuado,<sup>43</sup> ou de *cronograma de desembolso* dos créditos orçamentários e das respectivas liberações

---

<sup>38</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, VI.

<sup>39</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, § 1º.

<sup>40</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 1º, I, referente às Entidades Conveniadas; Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, I, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 7º, I, referente às OS.

<sup>41</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 1º, II, referente às Entidades Conveniadas; Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, II, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 7º, I, referente às OS.

<sup>42</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 1º, IV e V, referente às Entidades Conveniadas; Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, II, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 7º, I, referente às OS.

<sup>43</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, IV, referente às OSCIP.

financeiras,<sup>44</sup> ou, ainda, de *plano de aplicação dos recursos financeiros* aliado a *cronograma de desembolso*;<sup>45</sup> e *ii*) de discriminação, na estimativa de despesas, das *remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos* a diretores, empregados e consultores.<sup>46</sup>

Ainda em matéria de planejamento executivo, merece destaque exigência própria do **Regime das OSCIP**, que prevê que a entidade como tal qualificada, caso venha a participar de um concurso de projetos instaurado por órgão estatal interessado na escolha de entidades para a celebração de termo de parceria, deverá apresentar um *projeto técnico* e um *detalhamento dos custos* a serem realizados na sua implementação.<sup>47</sup> Uma exigência própria do **Regime das OS** é a de que, já no contrato celebrado (o contrato de gestão), preveja-se expressamente a *dispensa de licitação para a cessão de bens públicos à entidade qualificada como OS*, cessão esta a ser feita como permissão de uso.<sup>48</sup> Finalmente, uma exigência própria do **Regime das Entidades Conveniadas** é a de que, caso o ajuste compreenda obra ou serviço de engenharia, deve haver comprovação antecipada de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre o Poder Público.<sup>49</sup> De resto, registre-se que, sob o **Regime das Fundações de Apoio**, a contratação que estas fundações realizem com a instituição federal de ensino superior, mediante dispensa de licitação, fica sujeita aos ditames do **Regime das Entidades Conveniadas** a esse respeito.

Em suma, independentemente das peculiaridades das exigências de planejamento de parceria encontráveis em cada um desses três regimes – o **das OSCIP**, **das OS** e o **das Entidades Conveniadas** –, eles têm em comum um aspecto fundamental, que é a circunstância de este objeto estar *contratualmente* pactuado (por termo de parceria, contrato de gestão ou, ainda, convênio ou contrato de repasse). O planejamento é parte integrante do contrato (ainda que venha a ser apresentado em momento anterior à sua celebração).

---

<sup>44</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 11, § 1º., referente às OS.

<sup>45</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 1º., IV, referente às Entidades Conveniadas.

<sup>46</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º., IV, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 7º., II, referente às OS. Note-se que, no **Regime das OS**, a lei prevê a estipulação de *limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza* a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da OS. Embora um pouco diferente na redação, a previsão legal do **Regime das OS** é, na essência, equivalente à do **Regime das OSCIP**.

<sup>47</sup> Cf. Decreto 3.100/99, art. 26.

<sup>48</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 12, § 3º.

<sup>49</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 1º., VII.

Quanto à exigência de “parecer prévio” nota-se que, em se tratando de pareceres emitidos por órgãos técnicos e de assessoria jurídica do concedente, ela está prevista nos **Regimes das Entidades Conveniadas** (com repercussão sobre os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública, das Entidades Beneficentes de Assistência Social e das Fundações de Apoio**), **das OS e das OSCIP**.

No **Regime das Entidades Conveniadas**, a celebração de convênio ou contrato de repasse deve ser precedida de análise e manifestação conclusiva pelos setores técnicos e jurídico do órgão ou da entidade concedente ou contratante, segundo as suas respectivas competências, “...quanto ao atendimento das exigências formais, legais e constantes...” da Portaria Interministerial 127/2008.<sup>50</sup> A mesma regra vale para os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública, das Entidades Beneficentes de Assistência Social e das Fundações de Apoio**, quando estas venham a celebrar convênios com o Poder Público.

Sob o **Regime das OS**, o MPOG, previamente à qualificação de entidade privada como OS, deve aprovar tal qualificação quanto à sua conveniência e oportunidade.<sup>51</sup>

No **Regime das OSCIP**, uma das grandes novidades estabelecidas pela legislação de regência foi a exigência de submissão das propostas de termo de parceria à manifestação prévia dos Conselhos de Políticas Públicas porventura existentes, em cada nível de governo, que atuem nas áreas correspondentes à área de atuação da entidade parceira.<sup>52</sup> Definiu-se que tal manifestação, feita mediante recebimento e análise da proposta de termo de parceria, não tem caráter vinculante para o órgão estatal responsável pela celebração do termo de parceria, que decidirá, em última instância, por celebrá-lo ou não.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 31.

<sup>51</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 2º., II.

<sup>52</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 1º.

<sup>53</sup> Cf. Decreto 3.100/99, art. 10, §§ 1º. ao 4º.

## 1.6. Contrato de parceria

Uma das formas de controle das subvenções em favor de entidades do terceiro setor é a *formação de vínculo contratual de fomento e colaboração* entre o Poder Público, como ente fomentador, e a organização do terceiro setor, como entidade fomentada. Exemplos de previsão deste tipo de vínculo, no âmbito da legislação brasileira, são: o *convênio* entre o Poder Público e entidades do terceiro setor em geral;<sup>54</sup> o *contrato de repasse* entre o Poder Público e entidades do terceiro setor em geral;<sup>55</sup> o *termo de parceria* entre o Poder Público e entidades qualificadas como OSCIP;<sup>56</sup> e o *contrato de gestão* entre o Poder Público e entidades qualificadas como OS.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116.

<sup>55</sup> O contrato de repasse, enquanto instrumento para a operacionalização de transferências financeiras da União, foi originalmente previsto no Decreto 1.819, de 16.2.1996. Seu fundamento legal, à época, era o art. 18, § 4º, da Lei 9.082, de 25.7.95 (LDO para o exercício de 1996). Dito preceito legal havia estabelecido que as transferências de recursos financeiros da União para outros entes da federação (transferências que a LRF apelidaria de “voluntárias”) poderiam ser feitas por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais, as quais atuariam como mandatárias da União para a execução e fiscalização. O Decreto 1.819, então, veio justamente disciplinar essas transferências de recursos da União feitas por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais federais. Ao fazê-lo, previu dois instrumentos: o primeiro, denominado “instrumento de cooperação”, celebrado entre o ministério competente para a execução do programa ou projeto e a instituição ou agência financeira, no qual seriam fixados os limites e poderes outorgados; e o segundo, a que chamou “contrato de repasse”, celebrado entre a instituição ou agência financeira, na qualidade de mandatária da União, e o beneficiado, no qual seriam fixados os direitos e obrigações das partes. Surgia, assim, o contrato de repasse no ordenamento jurídico brasileiro. Ficava submetido, no que coubesse, às disposições sobre convênio constantes das IN/STN 01/97 (conforme previa o art. 39, parágrafo único, daquela instrução normativa). As sucessivas LDO continuaram, desde então, a dispor que as transferências financeiras da União para outros entes da federação poderiam ser feitas por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais (cf. as LDO de 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006); a partir da LDO de 2007 haveria ligeira mudança, prevendo-se que tais transferências seriam feitas *preferencialmente* por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais (cf. LDO de 2007, 2008, 2009 e 2010). Outra mudança relevante na trajetória legislativa ocorreria com a LDO de 2005, que passaria a prever que as transferências financeiras da União destinadas não apenas a outros entes da federação, mas *também a entidades privadas* (aí incluídas, naturalmente, as entidades privadas sem fins lucrativos) poderiam ser feitas (e, depois, preferencialmente seriam feitas) por meio de instituições financeiras oficiais. Neste sentido, cf. LDO de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010. Assim, a partir da LDO de 2005, o contrato de repasse se tornaria um instrumento voltado também à transferência de recursos da União para entidades privadas sem fins lucrativos. Veja-se, ainda, que, com o advento do Decreto 6.170/2007, que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, este passou a ditar o regime dos contratos de repasse. A conclusão a que se pode chegar, portanto, é que o regime jurídico do contrato de repasse, na atualidade, é dado fundamentalmente por disposições constantes das sucessivas LDO e, ainda, pelo disposto no art. 116 da Lei 8.666/93, pelo Decreto 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial 127/2008. Não encontra amparo seja no Decreto 1.819/96, seja na IN/STN 01/97.

<sup>56</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 9º.

<sup>57</sup> Cf. Lei 9.637/98, arts. 5º, 6º. e 7º.

Comparando-se os seis **Regimes Especiais de Controle**, nos quais estas espécies contratuais são encontradas, nota-se, primeiramente, que o **Regime das Entidades de Utilidade Pública** não contempla previsão de *ferramenta* específica de contratualização do vínculo entre a entidade certificada e o Estado. Para que a contratualização ocorra com entidade qualificada como de utilidade pública, há que se combinar tal regime com o **Regime das Entidades Conveniadas**.

Já o **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** prevê, sim, ferramenta da contratualização do fomento entre o Poder Público e tais entidades.<sup>58</sup> Em âmbito infralegal, para algumas situações específicas, prevê-se obrigatoriedade de uso da ferramenta. É o caso da celebração de convênio entre uma entidade de saúde e a União para fins de realização de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS.<sup>59</sup> É também o caso da celebração de “pacto” entre a entidade de saúde e o gestor local do SUS, por meio do qual se definam, além destas atividades de apoio, outras atividades complementares de prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares, não remunerados, ao SUS.<sup>60</sup> As menções infralegais a “convênio” e a “pacto” sugerem que, tal como ocorre com o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, também o **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** precise se combinar com o **das Entidades Conveniadas** para que a contratualização do vínculo estatal com a entidade privada ocorra. De resto, para toda entidade submetida ao **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** existe a obrigatoriedade de aplicar certo percentual mínimo da respectiva receita bruta anual em gratuidades, em montante nunca inferior à isenção de contribuições sociais usufruída,<sup>61</sup> de forma que, ainda que não haja norma legal que o exija para todas as entidades,<sup>62</sup> o convênio ou instrumento congêneres revela-se útil para instrumentalizar tal obrigação.

---

<sup>58</sup> Prevê-se que “[a] União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem celebrar convênios com entidades e organizações de assistência social, em conformidade com os Planos aprovados pelos respectivos Conselhos” (Lei 8.742/93, art. 10).

<sup>59</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, § 17.

<sup>60</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, § 21.

<sup>61</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, VI.

<sup>62</sup> A obrigatoriedade do convênio para disciplinar a aplicação mínima em gratuidades era estabelecida pela MP 446/2008, ao menos para os casos das “entidades de saúde”; tal medida provisória, porém, como já dito, acabou rejeitada pelo Congresso Nacional. Falava-se na medida provisória em “atendimentos gratuitos de saúde” (gratuitos, entenda-se bem, para os usuários diretos dos serviços, mas em certa medida custeados pelo Poder Público e, conseqüentemente, pelos contribuintes, por intermédio de renúncias de receita). Para que as “entidades de saúde” pudessem efetuar esta “aplicação mínima em gratuidades”, a MP 446/2008 exigia que celebrassem,

No âmbito do **Regime das Fundações de Apoio**, a lei prevê a celebração de contrato (sendo dispensável a licitação, como já assinalado), entre a instituição federal de ensino superior e a fundação de apoio.<sup>63</sup> O regulamento da lei esclarece que ambas podem celebrar entre si contrato ou convênio.<sup>64</sup> A ferramenta da contratualização – seja no caso da celebração de contrato, seja na de convênio – está inequivocamente presente.

O **Regime das Entidades Conveniadas** é, em essência, um regime focado na ferramenta da contratualização. Como visto, ele opera como regime geral de contratualização de vínculo de fomento e colaboração entre o Poder Público e o terceiro setor, aplicando-se sempre que não houver previsão de algum instrumento especial de contratualização. Saliente-se que, ao disciplinar o convênio, a Lei 8.666/93 não define explicitamente qual a sua finalidade. Todavia, põe ênfase na sua utilização para o fim de *transferência de recursos financeiros*, como se demonstrará no **capítulo 8**. É em âmbito infralegal que resta estabelecido, na atualidade, que os convênios servem “...para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União”.<sup>65</sup>

No **Regime das OS** também se prevê a ferramenta da contratualização, consistente na celebração do chamado “contrato de gestão” entre o Poder Público e a entidade qualificada como OS. As cláusulas essenciais do contrato de gestão devem definir um conjunto de meios para o controle da gestão privada de recursos de origem pública – um plano de trabalho, um

---

obrigatoriamente, convênio com o gestor local do SUS, por meio do qual pactuassem com ele metas quantitativas e qualitativas de oferta de serviços de saúde à população (MP 446/2008, art. 12). Afigurava-se inafastável, portanto, sob aquela medida provisória, a contratualização entre as entidades de saúde beneficiárias do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e o Poder Público. Diferente era a situação das entidades classificadas na mesma medida provisória como “de educação” ou “de assistência social”; para estas não havia imposição (pelo menos expressa) da obrigação de que celebrassem convênio com o Poder Público como requisito para a obtenção do CEBAS.

<sup>63</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 1º.

<sup>64</sup> Cf. Lei 9.958/94, art. 1º., *caput*.

<sup>65</sup> Decreto 6.170/2007, art. 1º., *caput* (com a redação dada pelo Decreto 6.428/2008). Antes do advento do Decreto 6.170/2007, a finalidade do convênio vinha estabelecida no art. 1º., § 1º., I da IN-STN 1/97, segundo o qual tal ajuste visaria “...à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”. Note-se que, basicamente, a nova definição, dada pelo Decreto 6.170/2007, excluiu a referência expressa à idéia de mútua cooperação, a qual, sem embargo, permanece um tanto implícita na previsão de que o “interesse recíproco” continua sendo uma nota característica do convênio.

conjunto de metas, um cronograma de execução, critérios de avaliação de desempenho, uma previsão de receitas e despesas e um dever de apresentação de relatórios periódicos sobre a execução do objeto pactuado.

No **Regime das OSCIP**, de maneira muito semelhante ao **das OS**, a ferramenta da contratualização também está prevista. Consiste na celebração do chamado “termo de parceria” entre o Poder Público e a entidade qualificada como OSCIP. O termo de parceria serve essencialmente à constituição de obrigações entre as partes. Suas cláusulas essenciais, previstas no art. 10, § 2º, I a VI, da Lei 9.790/99, servem fundamentalmente ao controle da gestão privada de recursos de origem pública, tal como no contrato de gestão. Assim, também no termo de parceria deve-se fixar um plano de trabalho, um conjunto de metas, um cronograma de execução, critérios de avaliação de desempenho, uma previsão de receitas e despesas e um dever de apresentação de relatórios periódicos sobre a execução do objeto pactuado.

## **2. O controle concomitante**

### **2.1. Proibições relativas à destinação de recursos**

No **Regime das Entidades Conveniadas** encontram-se uma lista de vedações à realização de determinadas despesas com recursos recebidos via convênio ou contrato de repasse. Veda-se, entre outros exemplos,<sup>66</sup> a realização de despesa a título de taxa de administração, de gerência ou similar, assim como a utilização dos recursos para finalidade diversa da estabelecida no instrumento, ainda que em caráter emergencial. Contudo, admite-se o uso dos recursos recebidos para *custear despesas administrativas* das entidades privadas sem

---

<sup>66</sup> A lista de vedações atinentes à execução de convênio ou contrato de repasse consta do art. 39, incisos I a IX, da Portaria Interministerial 127/2008; eis, sinteticamente, as vedações que ele estabelece: *i*) realizar despesa a título de taxa de administração, de gerência ou similar; *ii*) pagar servidor público por serviços de consultoria ou assistência técnica; *iii*) alterar o objeto do convênio ou contrato de repasse; *iv*) utilizar os recursos, ainda que em caráter emergencial, para finalidade diversa da estabelecida no instrumento; *v*) realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento; *vi*) efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento; *vii*) realizar despesa com taxas bancárias, multas, juros ou correção monetária; *viii*) transferir recursos para clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades congêneres; e *ix*) realizar despesas com publicidade. Boa parte dessas vedações admite exceções, previstas na própria portaria interministerial.

fins lucrativos, desde que observado o limite de até 5 % do valor do objeto do convênio ou contrato de repasse.<sup>67</sup>

Nos **Regimes das OS e das OSCIP** também se encontram algumas proibições relativas à destinação de recursos pelas entidades qualificadas como tais qualificadas. Algumas dessas vedações se aplicam quando da dissolução da entidade<sup>68</sup> ou eventual perda da sua qualificação;<sup>69</sup> outras dizem respeito à sua gestão administrativa da entidade de um modo geral;<sup>70</sup> outras à destinação de bens imóveis;<sup>71</sup> outras proibições, ainda, referem-se à questão da remuneração dos dirigentes da entidade.<sup>72</sup>

No **Regime das Entidades de Apoio** veda-se a destinação de recursos humanos em caráter permanente, pelas instituições federais contratantes, para as fundações de apoio contratadas. Nesse sentido, a lei estabelece que as instituições federais contratantes poderão autorizar a participação de servidores públicos federais nas atividades realizadas pela fundação de apoio, mas fora da jornada de trabalho a que estão sujeitos (excetuada a colaboração

---

<sup>67</sup> Essas despesas devem estar expressamente previstas no plano de trabalho, relacionar-se diretamente ao objeto do convênio ou contrato de repasse e não ser custeadas com recursos de outros convênios ou contratos de repasse. Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 39, parágrafo único, incisos I a III.

<sup>68</sup> Em caso de dissolução da entidade qualificada como OSCIP, o respectivo patrimônio líquido deve ser transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social (cf. Lei 9.790/99, art. 4º., IV). Fica proibida, assim, outra destinação. Regra semelhante vale para o caso de extinção de OS (cf. Lei 9.637/98, art. 2º., I, alínea i).

<sup>69</sup> Neste caso, o acervo patrimonial disponível da entidade, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou a qualificação, também deve ser transferido (como no caso da dissolução) a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social (cf. Lei 9.790/99, art. 4º., V). Regra semelhante vale para o caso de extinção de OS (cf. Lei 9.637/98, art. 2º., I, alínea i).

<sup>70</sup> É o caso da previsão, no **Regime das OSCIP**, de que a entidade adote práticas de gestão administrativa que coíbam a obtenção de benefícios ou vantagens pessoais (cf. Lei 9.790/99, art. 4º., II), ficando proscritas, portanto, práticas não condizentes com esta exigência.

<sup>71</sup> Sob o **Regime das OSCIP**, caso de a entidade adquira bem imóvel com recursos provenientes do ajuste celebrado com o Poder Público, este deverá ser gravado com cláusula de inalienabilidade. Cf. Lei 9.790/99, art. 15.

<sup>72</sup> No **Regime das OSCIP**, embora tenha sido permitida a remuneração para os dirigentes que atuem efetivamente na gestão executiva da entidade e para aqueles que prestem serviços específicos, ficou proibido o pagamento de valores acima dos de mercado (cf. Lei 9.790/99, art. 4º., VI). Embora tenha sido admitida, também, a participação de servidores públicos na gestão da entidade, ficou proibido o recebimento por estes de qualquer remuneração ou subsídio, a qualquer título (cf. Lei 9.790/99, art. 4º., parágrafo único, incluído pela Lei 10.539/2002). No **Regime das OS**, embora tenha sido permitida a cessão especial de servidor público para a entidade qualificada como OS, com ônus para a origem (cf. Lei 9.637/98, art. 14, *caput*) e, ainda, tenha sido permitido o pagamento de vantagem pecuniária pela OS ao servidor cedido, ficou proibida a incorporação desta vantagem aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido (cf. Lei 9.637/98, art. 14, § 1º.).

esporádica).<sup>73</sup> Também não pode a fundação de apoio, a pretexto de prestar seu “apoio”, valer-se dos recursos públicos recebidos (ou mesmo de quaisquer recursos) para a contratação de pessoal para a prestação de serviços de caráter permanente na instituição federal de ensino superior apoiada.<sup>74</sup> Também é vedado o uso, pela fundação, de bens e serviços da instituição federal contratante sem ressarcimento ou por prazo superior ao estritamente necessário à execução do objeto do contrato.<sup>75</sup>

## 2.2. Processo de contratação de fornecedores

No **Regime das Entidades Conveniadas** encontra-se, na atualidade, previsão de que as entidades sem fins lucrativos que celebrem contratos à conta dos recursos de convênios ou contratos de repasse “...deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.”<sup>76</sup> Tal cotação prévia de preços deverá ser realizada por intermédio do SICONV, na forma disciplinada pela regulamentação federal.<sup>77</sup> Fica dispensada a sua realização, no entanto, quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais)<sup>78</sup>, ou, então, “quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.”<sup>79</sup> Na hipótese de não acudirem interessados à cotação, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, ao menos, “...pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamento de três fornecedores.”<sup>80</sup> Fica facultado às entidades privadas sem fins lucrativos, ainda, nas suas contratações de bens, obras e serviços, a utilização do sistema de registro de preços dos entes federados.<sup>81</sup>

---

<sup>73</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 4º.

<sup>74</sup> Cf. Decreto 5.205/2004, art. 3º, parágrafo único c/c Lei 8.958/94, art. 4º, § 1º.

<sup>75</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 6º.

<sup>76</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 45, *caput*.

<sup>77</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46.

<sup>78</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46, § 1º, I.

<sup>79</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46, § 1º, II.

<sup>80</sup> Cf. Portaria Interministerial 127, art. 45, parágrafo único.

<sup>81</sup> Cf. Portaria Interministerial 127, art. 48.

Todas as disposições *supra*, introduzidas no ordenamento a partir de 2008, sobrepõem-se à exigência feita em 2003, por intermédio da IN/STN 03/2003, que conferiu nova redação ao art. 27 da IN/STN 01/97 para exigir que as entidades beneficiárias de recursos financeiros da União realizassem licitação, inclusive na modalidade de pregão, para fins de contratação de bens e serviços comuns com os recursos transferidos.<sup>82</sup> Esta exigência, além de prevista na IN/STN 03/2003, veio a ser reiterada pelo Decreto 5.504/2005, desta feita dirigindo-se explicitamente não apenas ao Poder Público mas também a entidades privadas sem fins lucrativos, inclusive as qualificadas como OS e OSCIP, beneficiárias de transferências da União.<sup>83</sup> Ocorre que, com relação às entidades privadas sem fins lucrativos, a exigência foi tornada praticamente sem efeito por atos normativos ulteriores. Primeiro, sua aplicação foi diferida no tempo a depender do tipo de entidade beneficiária dos recursos federais e do valor do contrato por ela celebrado com terceiros, nos termos da Portaria Interministerial MPOG/MF 217, de 31.7.2006.<sup>84</sup> Depois, houve novo diferimento de sua aplicação no tempo,

---

<sup>82</sup> Confira-se o inteiro teor do art. 27 da IN/STN 01/97 (com a redação que lhe foi atribuída pela IN/STN 03/2003): “Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.”

<sup>83</sup> A ementa do Decreto 5.504, de 5.8.2005, sintetiza o seu conteúdo: “Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.” As entidades privadas sem fins lucrativos são expressamente mencionadas no art. 1º, § 4º, enquanto as OS e as OSCIP são expressamente aludidas no § 5º do mesmo artigo.

<sup>84</sup> Dita portaria, editada com fundamento no art. 4º do Decreto 5.504/2005, que previra uma instrução complementar conjunta dos citados ministérios, fixou prazos e condições para a aplicação da exigência de licitação na modalidade de pregão às entidades beneficiárias de transferências da União. Neste sentido dispôs o seu art. 2º: “Art. 2º. A obrigatoriedade de licitar na modalidade de pregão [...] deverá ocorrer nos seguintes prazos, a partir da data de publicação desta Portaria: I – imediatamente, quando: a) o valor total do instrumento for igual ou superior a R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais); ou b) o conveniente, consorciado, ou partícipe, for órgão ou entidade pertencente a Estado, ao Distrito Federal, município capital de Estado ou município com mais de 200 mil habitantes; II – 60 (sessenta) dias, quando o valor total do instrumento for igual ou superior a R\$ 251.000,00 (duzentos e cinquenta e um mil reais) e inferior a R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais); III – 120 (cento e vinte) dias, quando o valor total do instrumento for igual ou superior a R\$ 101.000,00 (cento e um mil reais) e inferior a R\$ 251.000,00 (duzentos e cinquenta e um mil reais); IV – 180 (cento e oitenta) dias, quando o valor total do instrumento for igual ou superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e inferior a R\$ 101.000,00 (cento e um mil reais); e V – 240 dias, nos demais casos. [...]” Além da fixação desses prazos e condições, a portaria, curiosamente, previu em seu art. 1º, parágrafo único, que a exigência de licitação na modalidade de pregão não se aplicaria até 31 de dezembro de 2006 a determinadas OSCIP e OS que tivessem regulamentos próprios para a contratação de bens e serviços, a saber, aquelas que se destinassem “a ações de segurança alimentar e de combate à fome, bem como àquelas de apoio a projetos produtivos em assentamentos constantes do Plano Nacional de Reforma Agrária ou financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza” (*cf.* art. 1º, parágrafo único, inciso I), ou “ao atendimento dos programas de educação básica” (*cf.* art. 1º, parágrafo único, inciso II).

desta feita suspendendo-se a sua aplicação para todas as entidades privadas sem fins lucrativos até a data de 30 de junho de 2008, nos termos da Portaria Interministerial MPOG/MF 75, de 9.4.2008.<sup>85</sup> Praticamente um mês depois, com o advento da Portaria Interministerial 127, de 29.5.2008, a *cotação prévia de preços no mercado* passou a ser exigida das entidades privadas sem fins lucrativos beneficiárias de transferências da União, mantendo-se a exigência de licitação na modalidade de pregão apenas para as hipóteses de beneficiários estatais.<sup>86</sup>

Em suma, pode-se dizer que a exigência de licitação na modalidade de pregão para entidades privadas sem fins lucrativos, nas contratações de bens e serviços comuns com recursos recebidos em transferência da União, foi um fracasso. No seu acidentado percurso, ela foi introduzida no ordenamento em 2003, ocasião em que pairaram dúvidas sobre a sua efetiva aplicabilidade a entidades privadas sem fins lucrativos, até que em 2005 foi afirmada esta aplicabilidade, mas apenas para que, em 2006, fossem estabelecidos novos prazos e condições para a sua aplicação, seguindo-se, em abril de 2008, nova regra geral de que não se aplicaria a quaisquer entidades sem fins lucrativos até junho daquele mesmo ano e, enfim, a sua revogação (tácita) em maio de 2008, em função da nova exigência de cotação de preços no mercado.

No **Regime das OSCIP** fixa-se, dentre as obrigações da organização como tal qualificada, a de fazer publicar, no prazo máximo de trinta dias contado da assinatura do termo de parceria com o Poder Público, 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.<sup>87</sup> Tal publicação de regulamento próprio sobre procedimento de contratação obras, bens serviços deverá ser feita na imprensa oficial da União, do Estado ou do Município, e deverá ser remetida cópia para conhecimento do órgão estatal parceiro.<sup>88</sup>

A reforçar, de certa maneira, esta exigência de regulamento próprio para contratações, a lei diz ainda que a OSCIP, em todas as suas atividades – inclusive, portanto, nas suas

---

<sup>85</sup> Cf. Portaria Interministerial 75, de 9.4.2008, art. 1º.

<sup>86</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 49, § 1º.

<sup>87</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 14.

<sup>88</sup> Cf. Decreto 3.100/99, art. 21.

compras e contratações de serviços e obras – deverá observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.<sup>89</sup> E exige que ela adote, de uma forma geral, práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção de benefícios ou vantagens pessoais em decorrência da participação de seus agentes nos respectivos processos decisórios.<sup>90</sup>

Exigência semelhante encontra-se no **Regime das OS**. As entidades como tal qualificadas ficam obrigadas a fazer aprovar, por meio dos respectivos conselhos de administração e, ainda, por maioria, no mínimo, de dois terços dos seus membros, um regulamento próprio contendo os procedimentos que devem adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações em geral.<sup>91</sup> A lei reforça esta exigência ao estabelecer, desta feita apenas para as contratações efetuadas pela OS *com emprego de recursos provenientes do Poder Público*, que um regulamento próprio deverá ser publicado, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão.<sup>92</sup>

Finalmente, há o caso bastante peculiar do **Regime das Fundações de Apoio**, sem paralelo em qualquer outro, em que a própria *lei* exige que a fundação de apoio, quando da execução de contrato ou convênio que envolva a aplicação de recursos públicos, observe toda a legislação federal que institui normas sobre licitações e contratos administrativos para a contratação de bens, serviços e obras.<sup>93</sup>

### 2.3. Acompanhamento da execução

No **Regime das Entidades Conveniadas** houve recentemente um esforço de definição normativa mais precisa das competências, finalidades a alcançar e providências a tomar a

---

<sup>89</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 4º, I.

<sup>90</sup> Lei 9.790/99, art. 4º, II.

<sup>91</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 4º., VIII.

<sup>92</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 17.

<sup>93</sup> É o que dispõe o art. 3º., I, da Lei 8.958/94; veja-se: “Art. 3º. Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a: I – observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;”.

título de acompanhamento, por parte da União, da execução do pactuado. Também houve um empenho em exigir-se ampla publicidade das providências de acompanhamento tomadas.

Nesse sentido, é competente para acompanhar e fiscalizar a execução do objeto pactuado, para além dos órgãos de controle interno e externo da administração federal, o órgão ou entidade concedente ou contratante.<sup>94</sup> O concedente ou contratante deve, inclusive, nomear representante seu, especialmente designado e registrado no SICONV, para ficar encarregado de anotar, em registro próprio no SICONV, todas as ocorrências relacionadas à consecução do objeto, além de cuidar para que sejam adotadas as medidas necessárias à regularização das falhas observadas.<sup>95</sup> Este representante do concedente ou contratante deve, no exercício do acompanhamento, elaborar relatório sintético trimestral sobre o andamento da execução do convênio ou contrato de repasse, incluindo-o no SICONV.<sup>96</sup>

São privilegiadas, contudo, as instituições financeiras controladas pela União, também chamadas instituições financeiras oficiais, como entidades mandatárias da União para a execução e fiscalização das transferências de recursos financeiros ao terceiro setor. Há, aliás, obrigatoriedade de que a transferência e a sua fiscalização sejam feitas por intermédio dessas instituições.<sup>97</sup> Ficam elas, então, a par do concedente ou contratante, incumbidas do acompanhamento e fiscalização da execução do pactuado. Define-se que toda movimentação financeira dos recursos públicos envolvidos será feita mediante conta bancária específica para cada instrumento de transferência (convênio ou contrato de repasse)<sup>98</sup> e estipula-se que todos os pagamentos a fornecedores e prestadores de serviços do conveniente ou contratado serão feitos mediante crédito em suas contas bancárias, facultada a dispensa deste procedimento por ato da autoridade máxima do concedente ou contratante, devendo o conveniente ou contratado identificar o destinatário da despesa por meio de registro dos dados de identificação no

---

<sup>94</sup> É o que se infere do disposto na Portaria Interministerial 127/2008, art. 51, especialmente no seu § 3º.

<sup>95</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, *caput* e § 1º.

<sup>96</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, § 3º.

<sup>97</sup> É o que determinada o Decreto 6.170/2008, art. 10, *caput*, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto 6.428/2008.

<sup>98</sup> Cf. Decreto, 6.170/2008, art. 10, § 3º, I.

SICONV.<sup>99</sup> Procura-se evitar, com esta última regra, o pagamento em dinheiro com a falta de identificação daquele que o recebeu e do registro da transação.

Definida a competência para o acompanhamento, a regulamentação federal também se esmera em assegurar ampla publicidade aos atos de acompanhamento, havendo previsão em decreto, nesse sentido, de que “[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” (negrito acrescentado).<sup>100</sup> Sabe-se que, na hipótese de não serem saneadas eventuais irregularidades ou ilegalidades verificadas por ocasião do acompanhamento, fica o órgão ou entidade concedente sujeito ao procedimento chamado tomada de contas especial. Também este procedimento deverá ser realizado integralmente às claras, com registro de todos os atos que lhes são pertinentes no SICONV.<sup>101</sup>

Mas, falando-se em acompanhamento e na sua necessária publicidade, seria necessário esclarecer, evidentemente, de que forma de acompanhamento, ou de que providências específicas de acompanhamento, se está falando. Neste sentido, há previsão em decreto de que constitui cláusula necessária de qualquer convênio a que indique a forma pela qual a execução do objeto será acompanhada pelo concedente,<sup>102</sup> e, ainda, previsão de que a forma de acompanhamento estipulada deverá ser suficiente para garantir a plena execução física do objeto.<sup>103</sup> Fica para o instrumento de ajuste, portanto, o detalhamento das providências de acompanhamento a serem tomadas. Algum detalhamento, contudo, já se encontra previsto na Portaria Interministerial 127/2008, que dedica capítulo específico ao tema – o Capítulo V, “DO ACOMPANHAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO”, sob o Título V, “DA EXECUÇÃO”. Ali estão detalhados tanto os objetivos almejados com este acompanhamento de execução quanto os principais deveres do concedente ou contratante para que o levem a efeito.

---

<sup>99</sup> Cf. Decreto, 6.170/2008, art. 10, § 3º., II, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto 6.619/2008.

<sup>100</sup> Decreto 6.170/2008, art. 13, *caput* (com a redação dada pelo Decreto 6.619/2008).

<sup>101</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 3º., *caput*.

<sup>102</sup> Cf. Decreto 6.170/2008, art. 6º., *caput*.

<sup>103</sup> Cf. Decreto 6.170/2008, art. 6º., parágrafo único.

Sobre as finalidades do acompanhamento, a citada portaria prevê que consistem, essencialmente, em “...garantir a regularidade dos atos praticados e a plena execução do objeto...”<sup>104</sup>. Prevê, ainda, que tais finalidades se desdobram em três específicos desideratos: *i*) verificar a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos, na forma da legislação aplicável; *ii*) verificar a compatibilidade entre a execução do objeto, o que foi estabelecido no Plano de Trabalho e os desembolsos e pagamentos, conforme os cronogramas apresentados; e *iii*) verificar a regularidade das informações registradas pelo conveniente ou contratado no SICONV.<sup>105</sup>

De outro lado a portaria estabelece, como dito, os principais deveres do concedente ou contratante relativamente ao acompanhamento da execução, entre os quais os seguintes: *i*) dever de verificar a consonância da execução do objeto pactuado com o plano de trabalho e a metodologia estabelecida no instrumento, programando, inclusive, visitas ao local da execução com a finalidade de verificação desta consonância;<sup>106</sup> *iii*) o supra-aludido dever de designação e registro no SICONV de um representante seu, encarregado de anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à consecução do objeto e cuidar para a adoção das medidas necessárias à regularização das falhas observadas;<sup>107</sup> *iv*) o dever de registrar no SICONV, efetivamente, todos os atos de acompanhamento da execução do objeto;<sup>108</sup> *v*) o também supra-aludido dever de incluir no SICONV relatório sintético trimestral sobre o andamento da execução do instrumento;<sup>109</sup> *vi*) o dever de comunicar ao conveniente ou contratado e ao interveniente, quando houver, quaisquer irregularidades decorrentes do uso dos recursos ou outras pendências de ordem técnica ou legal;<sup>110</sup> *vii*) o dever de suspender a liberação dos recursos, fixando prazo de até trinta dias, ao conveniente ou contratado, para saneamento ou apresentação de informações e esclarecimentos, podendo este prazo ser prorrogado por igual período;<sup>111</sup> *viii*) o dever de, recebidos os esclarecimentos e informações solicitados, apreciá-

---

<sup>104</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 51, *caput*.

<sup>105</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 54, I a III.

<sup>106</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 52, *caput*.

<sup>107</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, *caput*.

<sup>108</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, § 1º.

<sup>109</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, § 3º.

<sup>110</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 55, *caput*.

<sup>111</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 55, *caput*.

los no prazo de dez dias e decidir quanto à aceitação das justificativas apresentadas;<sup>112</sup> **ix)** o dever de, na hipótese de não regularização no prazo previsto, realizar a apuração do dano e comunicar o fato ao conveniente ou contratado para que seja ressarcido o valor referente ao dano,<sup>113</sup> sob pena de instauração de tomada de contas especial.<sup>114</sup>

Já no **Regime das OSCIP**, os Conselhos de Política Pública pertinentes à área de atuação da entidade qualificada como OSCIP, para além de emitirem parecer prévio à execução do termo de parceria, ficaram encarregados de acompanhar e fiscalizar a execução do objeto do termo de parceria.<sup>115</sup> Estipulou-se, porém, que tal acompanhamento ou fiscalização “...não pode introduzir nem induzir modificação das obrigações estabelecidas pelo Termo de Parceria celebrado”, e que “...eventuais recomendações ou sugestões sobre o acompanhamento dos Termos de Parceria deverão ser encaminhadas ao órgão estatal parceiro, para adoção de providências que entender cabíveis”.<sup>116</sup> Ademais, ficaram encarregados tais Conselhos de, na hipótese de verificação de indícios irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos de origem pública pela entidade parceira, dar imediata ciência ao Tribunal de Contas competente e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>117</sup>

Para além dos Conselhos de Política Pública, também ficaram encarregadas do acompanhamento da execução do pactuado no termo de parceria as chamadas comissões de avaliação, compostas de comum acordo entre o órgão ou entidade estatal e a OSCIP. Nesta composição deve haver 02 (dois) membros integrantes do Poder Executivo ao qual esteja atrelado o órgão ou entidade estatal, 01 (um) membro integrante da OSCIP e 01 (um) membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver.<sup>118</sup> A esta comissão compete monitorar a execução do termo de parceria,<sup>119</sup> analisar os

---

<sup>112</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 55, § 1º.

<sup>113</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 55, § 2º, I e II.

<sup>114</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 55, § 3º.

<sup>115</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 11, *caput*.

<sup>116</sup> Cf. Decreto 3.100/99, art. 17, *caput* e § 1º.

<sup>117</sup> Cf. Lei 9.790/99, arts. 12 e 13, *caput*.

<sup>118</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 11, §§ 1º. e 2º.

<sup>119</sup> Cf. Decreto 3.100, art. 20, parágrafo único.

resultados atingidos com a sua execução<sup>120</sup> e encaminhar à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.<sup>121</sup>

No **Regime das OS**, tal como no **Regime das OSCIP**, o titular do órgão da administração pública supervisor ou regulador da área de atuação da entidade parceira é investido na atribuição de fiscalizar a execução do contrato de parceria.<sup>122</sup> No exercício deste mister é auxiliado, também como no **Regime das OSCIP**, por comissão de avaliação, só que neste caso indicada pela própria autoridade supervisora e composta – eis as únicas exigências – por especialistas de “notória capacidade e adequada qualificação”, que devem produzir em conjunto relatórios conclusivos sobre as avaliações procedidas.<sup>123</sup> Não há sob o **Regime das OS**, contudo, uma previsão de supervisão da execução do pactuado por Conselhos de Política Pública.<sup>124</sup>

O acompanhamento da execução do contrato de gestão pelo órgão supervisor ou regulador envolve, entre outras providências, as de: *i*) receber os **relatórios gerenciais e de atividades** da entidade privada qualificada como OS, que lhe devem ser encaminhados após aprovação pelo respectivo conselho de administração,<sup>125</sup> entre os quais os **relatórios pertinentes à execução do contrato de gestão**, contendo **comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados**, elaborados ao término de cada exercício ou a qualquer momento;<sup>126</sup> *ii*) indicar os integrantes da comissão de avaliação, responsável pela análise periódica dos resultados atingidos com a execução do contrato pela entidade parceira, e dela receber, periodicamente, **relatórios conclusivos sobre cada avaliação procedida** quanto aos resultados atingidos;<sup>127</sup> e *iii*) dar ciência ao TCU de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos de origem pública por OS, sob pena de responsabilidade

---

<sup>120</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 11, § 1º. e Decreto 3.100/99, art. 20, *caput*.

<sup>121</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 11, § 2º. e Decreto 3.100/99, art. 20, *caput*.

<sup>122</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 8º., *caput*.

<sup>123</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 8º., § 3º.

<sup>124</sup> Vale a menção de que, sob o **Regime das Entidades Conveniadas**, os convenientes ou contratados devem notificar, se houver, o Conselho de Política Pública da área onde será executada a ação, dando-lhe ciência da celebração (cf. Portaria Ministerial 127/2008, art. 36, parágrafo único).

<sup>125</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 4º., IX.

<sup>126</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 8º., § 1º.

<sup>127</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 8º., § 3º.

solidária,<sup>128</sup> além de representar ao Ministério Público, à AGU ou à “Procuradoria da entidade”,<sup>129</sup> havendo indícios fundados de malversação de recursos de origem pública por OS, para que tais órgãos requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.<sup>130</sup>

De resto, no **Regime das Fundações de Apoio** há previsão legal explícita da sujeição da execução do contrato ou convênio celebrado pela fundação de apoio com a instituição federal de ensino superior, que envolva a aplicação de recursos públicos, a um controle “finalístico e de gestão” pelo órgão máximo dessa instituição.<sup>131</sup> A execução da avença também fica sujeita à fiscalização do TCU e do órgão de controle interno da administração pública competente.<sup>132</sup> Como se vê, há um papel de acompanhamento da execução da avença inequivocamente atribuído à instituição de ensino superior repassadora dos recursos. É claro que esta, em se tratando de convênio ou ajuste congênere, deverá cumprir, enquanto órgão concedente, todas as exigências de acompanhamento previstas para órgãos concedentes no **Regime das Entidades Conveniadas**.

### 3. O controle posterior

#### 3.1. Prestação de contas

Na redação original da Lei 91/35, em que está ancorado o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, impunha-se à entidade como tal declarada a obrigação de apresentar ao MJ *relatório anual circunstanciado dos serviços prestados à coletividade*, sob pena de cassação

---

<sup>128</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 9º.

<sup>129</sup> A menção legal à “procuradoria da entidade” só se explica no contexto da qualificação de entidades como OS, que, como visto, são entidades que tiveram sua origem na própria administração pública federal, isto é, como integrantes do aparelho do Estado e, assim, dispondo de um órgão de assessoria e representação jurídica normalmente chamado de “procuradoria jurídica”.

<sup>130</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 10, *caput*.

<sup>131</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 3º, III.

<sup>132</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 3º, IV.

da declaração de utilidade pública.<sup>133</sup> De se notar, portanto, que, ainda que não houvesse um contrato entre o Poder Público e a entidade declarada como de utilidade pública, com vistas à execução de qualquer programa, projeto ou serviço de interesse comum, o Estado exigia-lhe que prestasse contas de serviços que tivesse prestado.

A tal exigência constante da redação original da lei vigente desde 1935 veio a somar-se outra, em 1961, desta feita prevista em decreto. Introduziu-se a exigência de que a entidade qualificada como de utilidade pública publicasse, semestralmente, a demonstração da receita obtida e da despesa realizada no período anterior.<sup>134</sup> Houve parcial modificação da exigência em 1967, quando esta passou a ser a de que a entidade publicasse, anualmente, a *demonstração da receita e despesa* realizadas no período anterior, desde que tivesse sido contemplada com subvenção por parte da União no mesmo período.<sup>135</sup> Ficou esclarecido, assim, que a prestação de contas de que o Poder Público estava interessado era aquela relativa à aplicação das subvenções recebidas, e não à aplicação de todo e qualquer recurso por parte da entidade.

No **Regime das Entidades Benéficas de Assistência Social**, as exigências de prestação de contas não parecem muito bem definidas. Como já visto, um dos requisitos para que a entidade de assistência social obtenha o CEBAS, e o mantenha, é o de que aplique, anualmente, determinado percentual de sua receita bruta em gratuidades.<sup>136</sup>

Relativamente às entidades de saúde, esta obrigação de aplicação de percentual mínimo da receita bruta em gratuidades é, de regra, substituída pela obrigação de prestação de um percentual mínimo de serviços ao SUS.<sup>137</sup> Pode, ainda, ser substituída pela obrigação de

---

<sup>133</sup> Cf. Lei 91/35, art. 4º., *caput*. Não faltam críticas ao modo lacônico pelo qual esta exigência de apresentação de relatório dos serviços prestados à coletividade, a cada ano, ficou estabelecida no **Regime das Entidades de Utilidade Pública**. Segundo o Coordenador de Justiça, Títulos e Qualificações do Ministério da Justiça, Damião Alves de AZEVEDO, o problema reside em que “...não se estabelecem quais informações devem estar contidas neste relatório. Não se determina como os serviços devem ser prestados e nem os critérios de conferência das informações prestadas.” E acrescenta: “Esta indeterminação permanece ainda hoje, mesmo no Decreto 50.517/61 que regulamenta a Lei 91/35”. *O título de utilidade pública federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patronal*, p. 3.

<sup>134</sup> Cf. Decreto 50.517/61, art. 2º., g, na sua redação original, já revogada.

<sup>135</sup> Cf. Decreto 50.517/61, art. 2º., g, com a redação dada pelo Decreto 60.931/67.

<sup>136</sup> Cf. Decreto 50.517/61, art. 3º., VI.

<sup>137</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º., § 4º., com a redação dada pelo Decreto 5.895/98.

realização de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS<sup>138</sup>, concomitantemente ou não à prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares, não remunerados, ao SUS.<sup>139</sup> Parece haver, em todos esses casos, obrigação de envio, pela entidade de saúde, de *relatórios semestrais* ao Ministério da Saúde e ao CNAS, para fiscalização.<sup>140</sup>

De resto, este regime, relativamente a todas as entidades de assistência social – e não apenas às classificadas como de saúde –, prevê a obrigatoriedade de apresentação, ao CNAS, de *relatório de execução de plano de trabalho de assistência social*<sup>141</sup> – plano este que tenha sido previamente submetido ao CNAS e por ele aprovado, como já apontado<sup>142</sup> – e, ainda, a obrigatoriedade de apresentação das seguintes *demonstrações contábeis e financeiras* relativas aos três últimos exercícios: balanço patrimonial, demonstração do resultado do exercício, demonstração de mutação do patrimônio, demonstração das origens e aplicações de recursos e notas explicativas.<sup>143</sup> Previamente à sua submissão ao CNAS, tais demonstrações contábeis e financeiras deverão ter sido auditadas por auditor independente legalmente habilitado,<sup>144</sup> exceto quando a receita bruta da entidade, em cada um dos três últimos exercícios financeiros, tenha sido igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).<sup>145</sup>

No **Regime das Entidades Conveniadas**, a exigência de prestação de contas sobre a execução física do objeto pactuado faz-se a cada etapa ou fase da execução. Neste sentido, prevê-se em lei que as parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação dos recursos financeiros previamente aprovado, e que, para liberação de parcela subsequente, deve haver comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável.<sup>146</sup> De resto, nesse regime prevê-se em lei, de forma genérica, “prestações de contas do ajuste”, que devem incluir a discriminação das receitas auferidas com as aplicações financeiras (em cadernetas de poupança, fundos de

<sup>138</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, § 17.

<sup>139</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, § 21.

<sup>140</sup> É o que faz crer, com todas as suas imperfeições, o disposto no art. 3º, § 23 do Decreto 2.536/98.

<sup>141</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 4º, *caput*.

<sup>142</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º, § 1º.

<sup>143</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 4º, *caput* e incs. I a V.

<sup>144</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 5º, *caput*.

<sup>145</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 5º, § 1º, com a redação dada pelo Decreto 3.504/2000.

<sup>146</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 3º, I.

investimento ou mercado aberto, conforme o caso) dos saldos de convênio, enquanto não utilizados.<sup>147</sup>

O detalhamento acerca do modo de realização desta prestação de contas vem estabelecido em âmbito infralegal. Neste sentido, o Decreto 6.170/2007 apenas estipula que o convenente ficará obrigado a prestar contas dos recursos recebidos mediante convênio ou contrato de repasse “...na forma da legislação aplicável e segundo diretrizes e normas...” fixadas em ato conjunto de vários ministros de Estado,<sup>148</sup> o que veio a ser feito, afinal, por meio da Portaria Interministerial 127/2008. Nesta, em capítulo especificamente dedicado ao tema – Capítulo VI, “DA PRESTAÇÃO DE CONTAS”, sob o Título V, “DA EXECUÇÃO” –, fixam-se: *i*) objetivos da prestação de contas (“a boa e regular aplicação dos recursos” recebidos);<sup>149</sup> *ii*) prazo para a sua realização (trinta dias contados do término da vigência do convênio ou contato do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior àquela do encerramento da vigência);<sup>150</sup> *iii*) prazo para sua apreciação pelo concedente (noventa dias contados da data do seu recebimento);<sup>151</sup> *iv*) documentos cuja apresentação é necessária como prestação de contas;<sup>152</sup> *v*) conseqüências da omissão relativamente ao dever de prestar contas (concessão de novo prazo para sua apresentação ou para devolução dos recursos transferidos,<sup>153</sup> findo o qual, tendo persistido a omissão, deve haver a instauração de tomada de contas especial e a adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário;<sup>154</sup> *vi*) deveres de outorga de ampla publicidade aos atos de acompanhamento da prestação de contas,<sup>155</sup> inclusive os atos referentes à confirmação de seu recebimento,<sup>156</sup> à decisão sobre a

<sup>147</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 4º.

<sup>148</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 10, § 6º. *c/c* art. 18.

<sup>149</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, *caput*. A idéia de “boa e regular aplicação dos recursos” transferidos é reiterada no art. 59, *caput*, do mesmo ato normativo, que se reporta à “regularidade da aplicação dos recursos transferidos”, e no art. 60, § 1º., que se refere à “declaração expressa de que os recursos transferidos tiveram boa e regular aplicação.”

<sup>150</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, *caput*.

<sup>151</sup> Este prazo não consta da citada portaria interministerial, mas é previsto no Decreto 6.170/2008, art. 10, § 7º.

<sup>152</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 58, *caput* e incs. I a VII.

<sup>153</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, § 1º.

<sup>154</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, § 2º.

<sup>155</sup> Este dever de outorga de ampla publicidade aos atos de acompanhamento da prestação de contas da execução de convênios e instrumentos congêneres é também previsto no próprio Decreto 6.170/2008, cujo art. 13, *caput*, como já visto, exige seja esta prestação de contas registrada no SICONV, e determina que este será aberto ao público, via rede mundial de computadores – Internet, por meio de página específica denominada Portal dos Convênios. Regra semelhante encontra-se prevista na Portaria Interministerial 127/2008, art. 3º., *caput*.

<sup>156</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 58, parágrafo único.

aprovação ou não da prestação de contas (isto é, sobre regularidade da aplicação dos recursos transferidos)<sup>157</sup> e ao registro da insuficiência das contas prestadas, se for o caso, para que possa ser instaurada tomada de contas especial.<sup>158</sup>

O **Regime das Fundações de Apoio** contém, em matéria de prestação de contas, expressa previsão legal de que a fundação de apoio fica obrigada, quando da execução de contratos ou convênios que envolvam a aplicação de recursos públicos, a prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;<sup>159</sup> a submeter-se a controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da instituição federal de ensino superior ou similar da entidade contratante;<sup>160</sup> e a submete-ser à fiscalização da execução do ajuste pelo TCU e pelo órgão de controle interno da administração pública competente.<sup>161</sup>

Já os **Regimes das OSCIP e das OS** guardam a peculiaridade da previsão específica, quanto à prestação de contas sobre a execução *física* do objeto pactuado, das seguintes obrigações: *i*) a de fixação de *critérios objetivos de avaliação de desempenho*, baseados em indicadores de resultado;<sup>162</sup> *ii*) a de apresentação, ao término de cada exercício, de *relatório sobre a execução do objeto* pactuado;<sup>163</sup> *iii*) a de discriminação, no relatório sobre a execução do objeto, de *comparativo específico de metas propostas com resultados alcançados*;<sup>164</sup> e *iv*) a de publicação, na imprensa oficial da área de abrangência do projeto, de *extrato do contrato pactuado e demonstrativo da sua execução física e financeira*.<sup>165</sup>

---

<sup>157</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 60, § 1º.

<sup>158</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 60, § 2º.

<sup>159</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 3º, II.

<sup>160</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 3º, III.

<sup>161</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 3º, IV.

<sup>162</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, III, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 7º, I, referente às OS. Note-se que, no **Regime das OS**, a lei se refere a “indicadores de qualidade e produtividade”, o que, embora um tanto diferente da linguagem empregada no **Regime das OSCIP**, equivale, em essência, ao mesmo tipo de exigência.

<sup>163</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 8º, § 1º, referente às OS. Esta última lei refere-se à exigência de “prestação de contas correspondente ao exercício financeiro”, o que, na essência, equivale à exigência prevista no **Regime das OSCIP**.

<sup>164</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 2º, I, *f*, referente às OS. Note-se que, no **Regime das OSCIP**, prevê-se a exigência de publicação de extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira, ambos no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir do término de cada exercício financeiro, de acordo com modelo pré-estabelecido em regulamento pelo Poder Público; no **Regime das OS**, de maneira mais genérica, prevê-se a exigência de publicação de “relatórios financeiros”.

<sup>165</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, VI *c/c* Decreto 3.100/99, art. 18 e Anexo II, referentes às OSCIP.

Os regimes **das OSCIP e das OS** também guardam a peculiaridade da previsão específica, quanto à prestação de contas da execução *financeira* do objeto pactuado, das seguintes obrigações: *i*) a de discriminação, no citado relatório de execução do objeto, da *prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados*, independentemente da apresentação de estimativa de receitas e despesas;<sup>166</sup> e *ii*) como já mencionado, na publicação do demonstrativo da execução física e financeira do objeto.<sup>167</sup> De resto, há relevante peculiaridade do **Regime das Entidades Conveniadas** quanto à prestação de contas da execução financeira do objeto pactuado: quando da extinção do convênio, os saldos financeiros porventura remanescentes devem ser devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de trinta dias do evento da extinção, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.<sup>168</sup>

### 3.2. Infrações e sanções administrativas

No **Regime das Entidades de Utilidade Pública** há previsão legal da cassação da declaração de utilidade pública nalguma hipóteses estabelecidas.<sup>169</sup>

No **Regime das Entidades Benéficas de Assistência Social** há previsão de que as entidades de assistência social que incorrerem em irregularidade na aplicação dos recursos que lhes forem repassados pelo Poder Público terão cancelado seu registro no CNAS, sem prejuízo de ações cíveis e penais.<sup>170</sup> Existe, ainda, previsão de que o CNAS detém competência para “julgar a qualidade de entidade beneficente de assistência social” e, ainda, cancelar a CEBAS de qualquer entidade se verificado o descumprimento das condições e requisitos para a sua

---

<sup>166</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP.

<sup>167</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, VI c/c Decreto 3.100/99, art. 18 e Anexo II, referentes às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 2º, I, f, referente às OS. Observe-se mais uma vez que, no **Regime das OS** prevê-se, genericamente, a exigência de publicação de “relatórios financeiros” na imprensa oficial.

<sup>168</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 6º.

<sup>169</sup> Cf. Lei 91/35, art. 4º, *caput* e parágrafo único c/c Decreto 50.517/61, art. 5º.

<sup>170</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 36.

obtenção.<sup>171</sup> Prevê-se, ainda, um processo administrativo para a apresentação, tramitação, análise e decisão de pedido de cancelamento do certificado concedido a alguma entidade.<sup>172</sup>

No **Regime das Entidades Conveniadas**, as principais previsões sobre a matéria dizem respeito às hipóteses de instauração e ao processo de tomada de contas especial.<sup>173</sup> Além disso, prevê-se que “os agentes que fizerem parte do ciclo de transferência de recursos são responsáveis, para todos os efeitos, pelos atos que praticarem no acompanhamento da execução do convênio, contrato, acordo, ajuste ou instrumento congêneres.”<sup>174</sup> E se prevê a sujeição a “responsabilização administrativa, civil e criminal” daquele que causar embaraço ou de qualquer modo obstaculizar a atuação dos órgãos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização da execução de convênios e instrumentos congêneres.<sup>175</sup>

Na lei de regência do **Regime das Fundações de Apoio** não se encontra previsão sobre infrações e sanções administrativas.

Sob os **Regimes das OS e das OSCIP**, a legislação prevê que os responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão ou termo de parceria, conforme o caso, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao TCU e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>176</sup> Além disso, prevêem a possibilidade de adoção de medidas acautelatórias, pelo Poder Judiciário (mediante provocação, evidentemente), como a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, na hipótese de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública.<sup>177</sup> Isto sem prejuízo da aplicação aos responsáveis, caso efetivamente apurada alguma infração, das penalidades

---

<sup>171</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 7º.

<sup>172</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 7º, § 2º.

<sup>173</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 12, parágrafo único; e Portaria Interministerial 127/2008, arts. 54, § 3º; 56, § 2º; 60, § 2º; 61, parágrafo único; 62, parágrafo único; e 63 a 65.

<sup>174</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 51, § 1º.

<sup>175</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 51, § 3º.

<sup>176</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 9º; e Lei 9.790/99, art. 12.

<sup>177</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 10; e Lei 9.790/99, art. 13.

previstas na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e na Lei Complementar 64/90 (sobre a inelegibilidade para cargos políticos).

De resto, a Lei das OS prevê a sanção de desqualificação da entidade como OS, na hipótese de descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.<sup>178</sup> Já a Lei das OSCIP prevê a sanção de perda da qualificação de OSCIP, mas, curiosamente, nada diz sobre a infração que a acarreta.<sup>179</sup>

## Conclusão

Este panorama do direito positivo, atinente aos diversos **Regimes Especiais de Controle**, permite algumas constatações.

A criação de *proibições quanto à transferência de recursos* avança nalguns **Regimes Especiais**, como o **das Entidades Conveniadas** e o **das OSCIP** (bem como no **Regime Orçamentário-Financeiro**, como se verá no próximo capítulo).

O *planejamento geral da execução de programa* é técnica de que lança mão apenas o **Regime das Entidades Benéficas de Assistência Social**. Os demais silenciam a este respeito, faltando-lhes a exigência de um planejamento global da execução de programas mediante parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos.

O uso da técnica do *credenciamento* de entidades ganhou novo impulso no final da década de 1990, com a criação dos **Regimes das OS** e **das OSCIP**. Mais recentemente, a técnica veio a ser expandida para o **Regime das Entidades Conveniadas**, em que uma nova regulamentação passou a exigir o “credenciamento” e o “cadastramento” de entidades como pré-requisitos para a celebração de convênios e contratos de repasse.

---

<sup>178</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 16.

<sup>179</sup> Cf. Lei 9.637/98, arts. 7º. e 8º.

A outorga de algumas credenciais traz a marca da discricionariedade, enquanto a de outras se faz por ato administrativo vinculado. A obtenção de algumas credenciais serve como condição de acesso a benefícios tributários, enquanto a de outras serve como requisito para a celebração de contratos de parceria e acesso a transferências de recursos. Ademais, os benefícios oriundos da obtenção de algumas credenciais estão claramente previstos na legislação, enquanto os resultantes de outras precisam ser identificados em leis esparsas. Finalmente, os aspectos procedimentais referentes à outorga ou à cassação de algumas credenciais estão claramente previstos na legislação, enquanto os referentes a outras não estão.

O uso da técnica do *processo de seleção* de entidades parceiras, por sua vez, também avança paulatinamente. Novas modalidades foram criadas, primeiro sob o **Regime das OSCIP** e, mais recentemente, sob o **Regime das Entidades Conveniadas**, em ambos os casos pela via infralegal e como procedimentos de adoção facultativa pela autoridade competente (ademais, como se verá no **próximo capítulo**, a LDO de 2010 contém exigência que caminha no mesmo sentido, embora sem alcançar todas as parcerias).

A técnica do *planejamento da execução de parceria* está prevista em todos os **Regimes Especiais**. Mesmo os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública, das Beneficentes de Assistência Social e das Fundações de Apoio**, que não criam novos tipos de parceria, tomam emprestada a disciplina dos convênios e instrumentos congêneres dada pelo **Regime das Entidades Conveniadas**. E submetem-se, assim, às regras sobre planejamento da execução de convênios próprias deste último.

O uso da técnica da *contratualização dos vínculos de parceria* entre o Estado e entidades privadas sem fins lucrativos também ganhou novo impulso no final da década de 1990, com a criação dos **Regimes das OS e das OSCIP**. Aos tradicionais convênios somaram-se, então, os contratos de gestão e termos de parceria, previstos nas novas leis – ambos concebidos com o intuito de facilitar um controle de resultados quanto às parcerias e à aplicação de recursos públicos recebidos em transferência. Mais recentemente, o **Regime das Entidades Conveniadas** passou, nesta matéria, por ampla reforma infralegal.

A técnica da instituição de *proibições relativas à destinação de recursos* de origem pública, pela entidade sem fins lucrativos, está prevista com destaque no **Regime das Entidades Conveniadas**, nos **das OS** e **das OSCIP** e, ainda, no **das Fundações de Apoio**.

A exigência de adoção, pela entidade sem fins lucrativos, de certo *processo de contratação de fornecedores* de bens, serviços e obras, sempre que o pagamento seja feito com recursos públicos, é prevista nos **Regimes das Entidades Conveniadas, das OS e das OSCIP**. Nesses dois últimos encontra-se a exigência de que as entidades adotem *regulamento próprio* para este fim, instituidor de processo de contratação de fornecedores que observe os princípios constitucionais da administração pública. Naquele primeiro houve a instituição, em caráter obrigatório, do processo de *cotação de preços* no mercado para o mesmo fim.

A técnica do *acompanhamento da execução* do objeto da parceria está presente tanto no **Regime das Entidades Conveniadas** quanto no **das OS** e no **das OSCIP**. Os dois últimos inovaram ao conferirem atribuições de acompanhamento não apenas ao órgão repassador dos recursos, mas também a uma comissão de avaliação, constituída justamente para avaliar a execução da avença e produzir relatórios a esse respeito. No caso do **Regime das OSCIP** houve ainda a previsão inovadora de acompanhamento obrigatório pelo Conselho de Política Pública da área pertinente ao objeto da parceria. Recentemente, a regulamentação federal pertinente ao **Regime das Entidades Conveniadas** exigiu o acompanhamento da execução das parcerias por instituições financeiras oficiais e, ainda, passou a exigir ampla transparência, por intermédio do Portal dos Convênios, aos atos de acompanhamento. Além disso, passou a exigir a designação específica de um representante do órgão concedente dos recursos, a fim de que este fique encarregado do acompanhamento da execução do pactuado, registrando os atos de acompanhamento no SICONV e tornando-os acessíveis, dessa maneira, pelo Portal dos Convênios; também lhe incumbiu de produzir relatórios periódicos sobre o acompanhamento realizado.

A técnica da *prestação de contas final* ganhou uma disciplina legal mais detalhada apenas com o advento dos **Regimes das OS e das OSCIP**. Isto porque, no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas**, a Lei 8.666/93 pouco tratava do assunto. Todavia, o tema é

detalhadamente tratado na recente regulamentação federal pertinente a este último regime. A diferença ainda persiste, no entanto, quanto ao fato de que nos **Regimes das OS e das OSCIP** a prestação de contas encontra-se alinhada com uma forte preocupação com o controle de resultados, enquanto no **Regime das Entidades Conveniadas** não está clara qual a ênfase do controle.

Quanto à previsão de infrações e sanções administrativas, nota-se que nem sempre se encontram pormenorizadamente discriminadas nos **Regimes Especiais**, mas, de um modo geral, o descumprimento de deveres de prestação de contas ou requisitos atinentes a uma credencial obtida enseja sanção.

O resultado geral é um verdadeiro “mosaico” de sistemas normativos, cada qual com previsão de determinada técnica e um grau de disciplinamento maior ou menor da mesma.

## **CAPÍTULO 4**

### **REGIME ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRO**

Introdução. **1.** Formas de destinação de recursos ao setor privado. **2.** O setor privado legitimado a receber transferências. **3.** Requisitos para transferências a entidades privadas sem fins lucrativos. **4.** Requisitos fixados nas LDO federais. **4.1.** Objetos vedados. **4.2.** Transferência a título de subvenção social. **4.3.** Transferência a título de auxílio. **4.4.** Transferência a título de contribuição corrente. **4.5.** Transferência a título de contribuição de capital. **4.6.** Outros requisitos. **4.7.** A importância dos sistemas informatizados de gestão. Conclusão.

#### **Introdução**

A transferência de recursos financeiros ao setor privado é regida por um importante conjunto de normas de Direito Financeiro, notadamente as constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), da Lei de Orçamentos (nº. 4.320/64) e das três espécies de leis orçamentárias – Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) – editadas pelo ente da federação repassador dos recursos.

Trata-se de uma técnica de fomento estatal da qual é possível destacar, em particular, a transferência de recursos feita especialmente a entidades privadas sem fins lucrativos. O **presente capítulo** foca-se no papel cumprido pelas LDO neste contexto. Seu objetivo é compreender o papel que tem sido desempenhado pelas LDO *federais* no que tange à disciplina das transferências ao setor privado sem fins lucrativos, tomando-se por base as LDO editadas pela União num período de pouco mais de dez anos – a saber, da LDO para o exercício de 1998 à LDO para o exercício de 2010, conforme lista apresentada na **tabela 4.1**, a seguir.

**Tabela 4.1 – Leis de Diretrizes Orçamentárias federais examinadas**

LDO de 2010	Lei 12.017, de 12 de agosto de 2009
LDO de 2009	Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008
LDO de 2008	Lei 11.514, de 13 de agosto de 2007
LDO de 2007	Lei 11.439, de 29 de dezembro de 2006
LDO de 2006	Lei 11.178, de 20 de setembro de 2005
LDO de 2005	Lei 10.934, de 11 de agosto de 2004
LDO de 2004	Lei 10.707, de 30 de julho de 2003
LDO de 2003	Lei 10.524, de 25 de julho de 2002
LDO de 2002	Lei 10.266, de 24 de julho de 2001
LDO de 2001	Lei 9.995, de 25 de julho de 2000
LDO de 2000	Lei 9.811, de 28 de julho de 1999
LDO de 1999	Lei 9.692, de 27 de julho de 1998
LDO de 1998	Lei 9.473, de 22 de julho de 1997

A análise do papel das LDO se justifica na medida em que estas, com o advento da LRF, tornaram-se um dos mais importantes instrumentos normativos de disciplina dos requisitos para a transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos. Há quem diga que a LDO foi uma peça orçamentária valorizada, de uma forma geral, pela LRF;<sup>1</sup> de todo modo, cabe reconhecer que, no campo das transferências de recursos (inclusive ao setor privado sem fins lucrativos, mas não só), seu relevo é notável. Isto porque o art. 4.º, I, *f* da LRF, ao expandir o conteúdo obrigatório da LDO para além daquele previsto na Constituição Federal, tornou-a um diploma definitivamente essencial de planejamento das transferências de recursos ao setor privado; veja-se:

***Lei de Responsabilidade Fiscal***

“Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I – disporá também sobre:

f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;”

Note-se que, a partir da LRF, cumpre às LDO dispor, necessariamente, sobre condições e exigências para transferências de recursos ao setor privado. Isto já vinha sendo feito

---

<sup>1</sup> Neste sentido, Marcos NÓBREGA observa que “não há sombra de dúvida de que a peça orçamentária mais valorizada na Lei de Responsabilidade Fiscal foi a Lei de Diretrizes Orçamentárias, lei esta que, embora tenha seu delineamento básico estabelecido na Carta Constitucional, ao longo de mais de uma década de existência, não surtiu o efeito pretendido pelo legislador constituinte”. *Lei de Responsabilidade Fiscal e leis orçamentárias*, p. 104.

anteriormente à LRF, mas, com a exigência desta última, a expectativa era a de que a disciplina da matéria nas LDO ganharia novo impulso.

O dispositivo da LRF suscita questões interessantes. Que exigências as LDO têm estabelecido desde então? Terão as LDO se tornado, realmente, importante referência na matéria, como prometia a inovação da LRF? Ou será que esta inovação nada ou pouco influenciou sobre as LDO subsequentes? Afinal, quais as tendências normativas no que tange à fixação de requisitos para as transferências de recursos ao terceiro setor que uma análise das LDO pode revelar?

O **presente capítulo** procura investigar essas questões a partir, como dito, do exame de um amplo conjunto de LDO federais. Ainda que se admita que seja da essência da LDO a sua transitoriedade – isto é, “seus efeitos cessam no momento em que cumpre sua função anual”, como dizem alguns<sup>2</sup> –, o exame das várias LDO que têm se sucedido no tempo permite obter alguma noção do que tem sido feito da inovação da LRF, concretamente, pelos legisladores federais e, quem sabe, inferir alguma tendência para o futuro.

## **1. Formas de destinação de recursos ao setor privado**

Existem várias formas de destinação de recursos públicos ao setor privado. A LRF dedica um capítulo ao tema (Capítulo VI da lei, intitulado “Da Destinação de Recursos Públicos para o Setor Privado”), deixando claro que essa destinação compreende, até mesmo, “...a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital” (art. 26, § 2.º). A lei confirma, assim, a existência de várias técnicas de fomento estatal, tal como visto no **capítulo 2** desta tese.

Pelo menos três formas de destinação de recursos públicos ao setor privado são pormenorizadamente disciplinadas na lei: **a)** a renúncia de receitas (art. 14); **b)** as operações de

---

<sup>2</sup> Consoante observa Carlos Valder do NASCIMENTO, in: Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento (organizadores), *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, pp. 42-43.

crédito ou empréstimos (arts. 32 e 33); e *c*) as transferências sob a forma de subvenções sociais, auxílios ou contribuições (art. 4.º, I, *f*). Como já salientado, as mais aderentes ao setor privado sem fins lucrativos são as transferências e as renúncias de receita. É tão somente destas últimas — as transferências — que se tratará aqui.

Reitere-se que as transferências ao setor privado não se confundem com as chamadas *transferências voluntárias*; as transferências voluntárias, nos termos do art. 25 da LRF, correspondem à “entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”<sup>3</sup> Transferências voluntárias, portanto – como já advertido no **capítulo 2** –, são necessariamente transferências intergovernamentais (feitas entre entes da federação e não de um ente da federação para o setor privado).<sup>4</sup> Isso não impede, todavia – consoante observou Gustavo Justino de OLIVEIRA –, que entidades privadas sem fins lucrativos possam ser destinatárias *indiretas* ou *decorrentes* de repasses financeiros voluntários.<sup>5</sup> Diretamente, porém, o beneficiário de uma transferência voluntária será sempre, nos termos da lei, um ente da federação. Esta dicotomia entre *transferências voluntárias* e *transferências ao setor privado* tem sido reproduzida no trato da matéria pelas LDO federais.

É evidente que tal dicotomia gera alguma dificuldade de compreensão. Afinal, a classificação das transferências em *obrigatórias* ou *voluntárias*, pela significação ordinária das palavras, nada teria a ver com a natureza jurídica – pública ou privada, estatal ou não-estatal – do destinatário dos recursos, mas apenas com a obrigatoriedade ou não de se realizar a

---

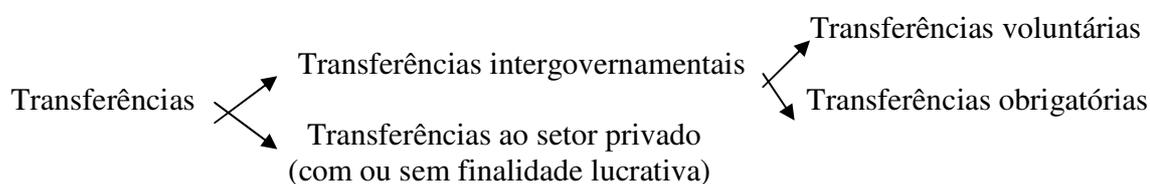
<sup>3</sup> A disciplina das transferências voluntárias é um dos pontos centrais da LRF. Além de virem definidas no precitado art. 25 da lei, também são abordadas no parágrafo único do art. 11. Neste, com vistas ao pleno exercício das competências tributárias pelos entes da federação, prevê-se que, aquele ente que não instituir, prever e efetivamente arrecadar todos os tributos da sua competência, não receberá transferências voluntárias. Cuida-se de uma espécie de sanção ao ente que renunciar, dessa forma, às suas receitas tributárias. Nas LDO federais as transferências voluntárias também têm merecido atenção, mas delas não se ocupará o **presente capítulo**, voltado apenas às efetuadas às entidades privadas sem fins lucrativos.

<sup>4</sup> As transferências obrigatórias opõem-se às voluntárias no sentido de que, embora também voltadas a outro ente federado (portanto, intergovernamentais), decorrem de imposição legal ou constitucional. Observa José Maurício CONTI que “o sistema de transferências de recursos tornou-se mecanismo importante na alocação das receitas públicas governamentais, na maior parte dos países, sendo instrumento fundamental para assegurar a autonomia financeira das entidades subnacionais nos Estados Federais.” *A autonomia financeira do Poder Judiciário*, p. 147.

<sup>5</sup> Cf. “Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP”, p. 238.

transferência. O termo *obrigatória*, num sentido ordinário, apenas revelaria que a transferência seria fruto de verdadeira *determinação* constitucional ou legal (daí ser obrigatória), mas nada diria sobre a natureza jurídica do destinatário (não fosse a lei ter estabelecido que este destinatário deve ser um outro ente da federação). Adotou a lei, assim, um conceito próprio de *transferência voluntária*, que pode mais confundir do que esclarecer. Para facilitar, confira-se o esquema de classificação das *transferências* pelo Poder Público, cunhado à luz da LRF:

#### Quadro 4.1 – Tipos de transferência segundo a LRF



A expressão *transferências voluntárias* e o seu significado na LRF parecem constituir, assim, mais um exemplo de dispositivo, nesta matéria, excessivamente talhado e pensado em função dos problemas da concertação federativa, como se a concertação entre o Estado e o setor privado sem fins lucrativos fosse algo secundário, de menor importância. Este problema de marginalização legal das parcerias com o setor privado será explorado no **capítulo 8**.

Mas vale lembrar que as *transferências*, quaisquer que sejam, são uma categoria de despesa orçamentária, consoante apontado no **capítulo 2** desta tese. A Lei de Orçamentos prevê que a transferência é a despesa que não tem contraprestação direta em bens ou serviços (a fundo perdido, portanto). Pode ser *transferência corrente* (para cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas) ou *transferência de capital* (para cobrir-lhes despesas de investimento). Cabe *transferência corrente* a título de *subvenção social* (para custeio de entidade privada sem fins lucrativos nas áreas de assistência social, saúde, educação ou cultura), de *subvenção econômica* (para custeio de empresa) ou *contribuição corrente* (para custeio de qualquer beneficiada, quando derive de lei especial). Cabe *transferência de capital* a título de *auxílio* ou de *contribuição de capital* (em ambos os casos para custeio de qualquer beneficiada); a diferença está em que o *auxílio* deriva diretamente da LOA, enquanto a *contribuição de capital* decorre de lei especial.

Seja qual for o tipo de transferência, diz a LRF que a LDO deve fixar as condições para que seja realizada. O que estabelecem as LDO, então, sobre as transferências ao setor privado?

## **2. O setor privado legitimado a receber transferências**

O setor privado é diversificado, composto por vários tipos de sujeitos. E não é qualquer sujeito do setor privado que está legitimado, à luz das LDO, a beneficiar-se de transferências a título de subvenção social, auxílio, contribuição corrente ou contribuição de capital. Regra que tem sido recorrente nas LDO federais, por exemplo, é a proibição de transferências, a qualquer título, a determinadas categorias de pessoas. Cuidam-se das *vedações* à transferência de recursos, das quais se tratará adiante.

Cumpre, neste passo, observar apenas que as transferências têm sido reservadas pelas LDO federais a *entidades privadas sem fins lucrativos* – ficando proscritas, portanto, transferências a empresas em geral, que têm finalidade lucrativa. Seria correto dizer, então, que as transferências, nas LDO, têm mirado entidades do terceiro setor? Não, se considerado o conceito extrajurídico de terceiro setor apontado no **capítulo 1**. O terceiro setor corresponde apenas a um subconjunto das entidades privadas sem fins lucrativos, composto por aquelas que têm fins públicos; as regras das LDO federais têm se referido a universo mais amplo, compreensivo de todas as entidades privadas sem fins lucrativos (abarcador, por exemplo, das entidades de benefício mútuo).

## **3. Requisitos para transferências a entidades privadas sem fins lucrativos**

Não é tarefa fácil identificar todos os requisitos a serem observados para a destinação de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos. Eles não se encontram somente nas LDO. Na verdade, espalham-se pelo **Regime Orçamentário-Financeiro**, mais

especificamente pela Lei 4.320/64, a LRF e a LDO, assim como pelos seis **Regimes Especiais de Controle**.

Em cada caso, é preciso atentar para os requisitos constantes das leis orçamentário-financeiras e, ainda, conforme o **Regime Especial** em questão, atentar especialmente para o regime de parceria a observar, pois os contratos de parceria são necessários para veicular as transferências de recursos (sejam eles convênios, contratos de repasse, termos de parceria, contratos de gestão ou quaisquer instrumentos congêneres).

Atentando-se primeiro para a Lei 4.320/64, basta lembrar que ela fixa categorias de despesa e, nesta sua classificação, já estabelece requisitos – como o de que a subvenção social deve destinar-se a uma de quatro áreas (assistência social, saúde, educação ou cultura), sem exceção. Mirando-se a LRF, outros tantos requisitos já podem ser encontrados. No seu capítulo acerca “Da Destinação de Recursos Públicos para o Setor Privado”, já mencionado, encontram-se pelo menos três requisitos para tal destinação: a *autorização por lei específica*, o *atendimento às condições estabelecidas na LDO* e a *sua previsão no orçamento ou nos créditos orçamentários adicionais*. Sobram as LDO e os **Regimes Especiais de Controle**. Sobre estes últimos já se deu uma notícia nos **capítulos anteriores**; é hora, portanto, de adentrar o exame das LDO, verificando como têm cumprido a incumbência que lhes foi dada pela LRF, especialmente quanto à fixação de requisitos para a transferência de recursos ao setor privado sem fins lucrativos.

#### **4. Requisitos fixados nas LDO federais**

A primeira constatação é a de que a disciplina das transferências de recursos para o setor privado tem se tornado mais detalhada nas LDO federais a cada exercício financeiro. Prova disso são as LDO para os exercícios de 2005 (arts. 29 a 43), 2006 (arts. 30 a 43), 2007 (arts. 31 a 44), 2008 (arts. 35 a 42), 2009 (arts. 32 a 39) e 2010 (arts. 32 a 38) que já previam, como parte integrante de capítulo acerca “Das Diretrizes para Elaboração e Execução dos Orçamentos da União e suas Alterações”, uma subseção cujo título era, justamente, “Das

*Vedações e Das Transferências para o Setor Privado*” ou, simplesmente, “*Das Transferências para o Setor Privado*”, ou, ainda, “*Das Transferências – Setor Privado*”.

Antes, nas LDO para os exercícios de 2003 (arts. 29 a 39) e 2004 (arts. 27 a 40), subseção análoga intitulava-se “*Das Vedações*”. E nas LDO para os exercícios de 1998 (art. 18 e seguintes), 1999 (art. 19 e ss.), 2000 (art. 25 e ss.), 2001 (arts. 26 e ss.) e 2002 (arts. 25 e ss.) ainda não havia seção ou subseção especificamente dedicada ao assunto.

Apesar de vir crescendo o detalhamento normativo acerca deste tema, percebe-se facilmente um conjunto de aspectos que, invariavelmente, tem sido disciplinado. Pelo menos três aspectos da transferência de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos têm sido reiteradamente abordados: **a)** os objetos vedados, isto é, os escopos para os quais fica proibida a transferência de recursos; **b)** quais os tipos de transferência admitidos e as condições para tanto; e **c)** os requisitos comuns a quaisquer transferências.

#### 4.1. Objetos vedados

Para determinados objetos ou fins específicos a LDO vem se encarregando de vedar a destinação de recursos orçamentários. Podem ser chamados, por assim dizer, de “objetos vedados”, no sentido de que a eles o dinheiro público não pode servir. A **tabela 4.2** a seguir apresenta um panorama<sup>6</sup> a respeito.

**Tabela 4.2 – Leis de Diretrizes Orçamentárias federais: objetos que não podem ser socorridos com recursos orçamentários**

LDO referentes aos exercícios de	Objetos vedados
1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004.	Não poderão ser destinados recursos para atender despesas com: <b>i)</b> imóveis residenciais, <b>ii)</b> mobiliário para imóveis residenciais, <b>iii)</b> automóveis, <b>iv)</b> ações de caráter sigiloso, <b>v)</b> ações que não sejam de competência da União, <b>vi)</b> clubes e associações de servidores, <b>vii)</b> pagamentos a servidores por serviços de consultoria, <b>viii)</b> compra de títulos públicos por entidades da administração federal indireta.
2005, 2006, 2007,	Não poderão ser destinados recursos para atender despesas com os objetos anteriores e,

<sup>6</sup> A tabela contém apenas uma síntese da legislação, que omite partes significativas dos textos normativos. Para o conhecimento integral das normas é indispensável a consulta direta à íntegra de cada lei.

2008 e 2009.	ainda, com: <i>ix</i> ) diárias e passagens a servidores.
2010.	Não poderão ser destinados recursos para atender despesas com os objetos anteriores e, ainda, com: <i>x</i> ) concessão de benefício a agentes públicos para atendimento de despesas com moradia, hospedagem, transporte ou similares, <i>xi</i> ) pagamentos a empresas privadas, que tenham em seus quadros servidores, por serviços prestados.

O panorama acima não esgota todas as vedações à destinação de recursos orçamentários constantes das LDO, mas é suficiente como ilustração do tratamento conferido ao tema. Algumas dizem respeito a entidades privadas sem fins lucrativos, como a vedação à destinação de recursos a clubes e associações de servidores (no caso, entidades de benefício mútuo).

#### 4.2. Transferência a título de subvenção social

As LDO federais têm admitido a concessão de subvenções sociais pelo Poder Público. Reproduzem o requisito essencial previsto na Lei 4.320/64 (art. 12, § 3.º, I), que é o de que as beneficiadas sejam *entidades privadas sem fins lucrativos*.

O segundo requisito essencial tem girado em torno do objeto social da entidade. Assim, num primeiro período (LDO para os exercícios de 1998 e 1999), exigia-se que a entidade fosse voltada a “*atividades de natureza continuada*”. Em seguida (LDO para os exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003) passou-se a exigir que a entidade privada sem fins lucrativos fosse voltada a “*atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde e educação*”. Num terceiro período, que se estende até a atualidade (LDO para os exercícios de 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010), tem-se exigido que a entidade privada sem fins lucrativos seja voltada, precisamente, a “*atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação, observado o disposto no art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964.*” A previsão deste requisito, portanto – seja na forma que assumia há mais de dez anos, seja na atual –, também se limita a ecoar o que já dispõe a Lei 4.320/64. Esta já estabelece que as subvenções sociais destinam-se a instituições “*de caráter assistencial ou cultural*” (art. 12, § 3.º, I) ou, ainda, à “*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*” (art. 16, *caput*).<sup>7</sup> Da conjugação dessas disposições da Lei 4.320/1964, portanto, extrai-se a regra básica, que vem sendo reproduzida nas LDO, de que as subvenções sociais destinam-se a atividades nas áreas de cultura, saúde, educação e assistência social.

A remissão explícita feita nas últimas LDO ao art. 16 da Lei 4.320/1964 não significa que antes, por falta de remissão, ele não fosse aplicável; fica apenas mais clara a sua vigência. E merece destaque o parágrafo único deste art. 16, que contém importante mandamento: “o valor das subvenções [sociais], 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.” Nota-se que, apesar de as subvenções sociais serem transferências correntes (por definição, despesas a fundo perdido), devem existir parâmetros para o cálculo do seu valor. Não é porque elas não se vinculam a uma contraprestação direta em bens ou serviços que o seu valor pode ser arbitrariamente calculado. Seu valor deve considerar como parâmetro não o preço do bem ou serviço recebido pelo Poder Público (porque este inexistente), mas o valor daquele bem ou serviço fornecido a terceiros pela entidade. A entidade sem fins lucrativos é encarada pela lei, assim, como uma espécie de intermediária da aplicação dos recursos públicos, que não de ser destinados, efetivamente, às finalidades a que estão preordenados e que justificaram o repasse. Quer a lei que, sempre que possível, seja quantificada ou valorada monetariamente a atividade desempenhada pela entidade, a fim de que seja possível estimar o quanto cabe ao Estado transferir a título de subvenção social. E a eficiência no desempenho dessa atividade, isto é, a qualidade na aplicação dos recursos públicos recebidos, também há de ser passível de avaliação, a partir, justamente, de “padrões mínimos de eficiência” previamente estipulados, aos quais a lei também faz expressa alusão.

---

<sup>7</sup> Esta parte final do dispositivo – “sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica” – não é clara. Parece, de todo modo, que a lei quis estabelecer que a subvenção social a entidades sem fins lucrativos só prefere à prestação direta desses serviços pelo Poder Público quando, na realidade, subvencionar seja alternativa mais econômica para os cofres públicos do que a prestação direta. Se é este o sentido da disposição, a sua interpretação à luz da Constituição Federal pode gerar questões interessantes, como, por exemplo, em que medida o Estado, para desincumbir-se dos seus deveres constitucionais de prestar serviços essenciais de educação, saúde e assistência social, pode ser menos *prestador* e mais *subvencionador* ou *subsidiário*.

Como terceiro requisito para a transferência a título de subvenção social tem-se exigido, nas LDO federais, que a entidade beneficiária atenda, para além dos ditames da Lei 4.320/64, a pelo menos *uma* exigência dentre as constantes de uma lista de três ou quatro. Neste sentido estabelecia-se, num primeiro período (LDO para os exercícios de 1998 e 1999), que a entidade podia ser: *i*) de atendimento direto ao público, de forma gratuita, nas áreas de assistência social, saúde ou educação e, bem assim, registrada no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS); ou *ii*) vinculada a organismo internacional de natureza filantrópica; ou, então, *iii*) beneficente e de assistência social (conforme disposto no art. 204 da Constituição), educacional (conforme disposto no art. 61 do ADCT *c/c* art. 213 da Constituição) e em conformidade com a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93). Num segundo período (LDO para os exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003) dispunha-se que a entidade podia ser de qualquer dos três tipos supra-apontados ou, ainda, de uma quarta espécie: *iv*) vinculada a missão diplomática ou repartição consular brasileira no exterior, voltada à divulgação da cultura brasileira e ao idioma português falado no Brasil. Num terceiro período (LDO para os exercícios de 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010) este quarto tipo, antes admitido expressamente, deixou de sê-lo, prevendo-se, em seu lugar, um outro: *iv*) ser qualificada como OSCIP e ter firmado termo de parceria com o Poder Público, nos termos da Lei 9.790/1999.

A **tabela 4.3** a seguir apresenta uma visão panorâmica dos requisitos específicos para que a entidade possa vir a receber subvenção social.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Como as demais **neste capítulo**, a tabela contém apenas uma síntese da legislação, que omite partes significativas dos textos normativos. Para o conhecimento integral das normas é indispensável a consulta à integra de cada lei.

**Tabela 4.3 – Requisitos para a destinação de subvenções sociais nas LDO federais**

<b>LDO referentes aos exercícios de</b>	<b>Entidades privadas sem fins lucrativos legitimadas a receber subvenções sociais</b>
1998, 1999.	Voltadas a “atividades de natureza continuada” e, ainda, que atendam a uma das seguintes condições: <i>i)</i> as de atendimento direto ao público, de forma gratuita, nas áreas de assistência social, saúde ou educação, registradas no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS; <i>ii)</i> as vinculadas a organismos internacionais de natureza filantrópica, institucional ou assistencial; <i>iii)</i> as que atendam ao art. 204 da Constituição, ao art. 61 do ADCT, e à Lei 8.742/1993.
2000, 2001, 2002, 2003.	Voltadas a “atividades de natureza continuada” e, ainda, que atendam a uma das seguintes condições: <i>i)</i> as de atendimento direto ao público, de forma gratuita, nas áreas de assistência social, saúde ou educação, registradas no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS; <i>ii)</i> as vinculadas a organismos internacionais de natureza filantrópica, institucional ou assistencial; <i>iii)</i> as que atendam ao art. 204 da Constituição, ao art. 61 do ADCT, e à Lei 8.742/1993; <i>iv)</i> as vinculadas a missão diplomática ou repartição consular brasileira no exterior, voltadas à divulgação da cultura brasileira e ao idioma português falado no Brasil.
2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010.	Voltadas a “atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde e educação” e, ainda, que atendam a uma das seguintes condições: <i>i)</i> as de atendimento direto ao público, de forma gratuita, nas áreas de assistência social, saúde ou educação, registradas no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS; <i>ii)</i> as vinculadas a organismos internacionais de natureza filantrópica ou assistencial; <i>iii)</i> as que atendam ao art. 204 da Constituição, ao art. 61 do ADCT, e à Lei 8.742/1993; <i>iv)</i> as qualificadas como OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público, nos termos da Lei 9.790/1999.

### **4.3. Transferência a título de auxílio**

As LDO federais têm admitido transferências a título de auxílio apenas para entidades privadas que sejam sem fins lucrativos e que se enquadrem nalguma das categorias previstas. A lista de categorias vem crescendo a cada exercício financeiro. Tamanho tem sido o seu crescimento que, se na LDO para o exercício de 1998 eram três as categorias de beneficiárias passíveis de auxílio, na atinente ao exercício de 2010 elas já totalizavam mais de dez. A **tabela 4.4**, a seguir, apresenta este panorama.

**Tabela 4.4 – Requisitos para a destinação de auxílios nas LDO federais**

<b>LDO referentes aos exercícios de</b>	<b>Entidades privadas sem fins lucrativos legitimadas a receber auxílios</b>
1998.	Dedicadas: i) à educação especial; ii) a programas ambientais; iii) a ações de saúde prestadas pelas Santas Casas de Misericórdia.
1999.	Qualquer das supra-referidas ou ainda: iv) outras entidades dedicadas a ações de saúde; v) signatárias de contrato de gestão com a administração federal, mas não qualificadas como OS.
2000.	Qualquer das supra-enumeradas ou ainda: vi) os consórcios intermunicipais de saúde.
2001, 2002.	Qualquer das supra-enumeradas ou ainda: vii) as qualificadas como OSCIP.
2003, 2004.	Qualquer das supra-enumeradas ou ainda: viii) as dedicadas à pesquisa científica e tecnológica.
2005.	Qualquer das supra-enumeradas, com a peculiaridade de que, em lugar de consórcios intermunicipais de saúde, previa-se genericamente consórcios públicos com qualquer objeto.
2006, 2007 e 2008.	Qualquer das supra-enumeradas ou, ainda: ix) as dedicadas a atividades esportivas.
2009.	Qualquer das supra-enumeradas ou ainda: x) as dedicadas ao atendimento de pessoas portadoras de necessidades especiais.
2010.	Qualquer das supra-enumeradas (exceto os consórcios públicos) ou ainda: xi) as dedicadas às atividades de coleta e processamento de material reciclável; xii) as dedicadas ao atendimento de pessoas carentes em situação de risco social; xiii) as dedicadas ao atendimento de crianças e idosos.

#### **4.4. Transferência a título de contribuição corrente**

Nas LDO federais, a fixação dos requisitos para essas transferências costumava reproduzir aqueles já previstos seja na Lei 4.320/64, seja na LRF (art. 26, *caput*). Mais recentemente – LDO para os exercícios de 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009 –, porém, tem-se exigido, de forma genérica, que a beneficiária de repasses a título de contribuições correntes seja entidade sem fins lucrativos cujas ações contribuam para o alcance das diretrizes, objetivos e metas previstas no PPA. A novidade ficou por conta da LDO de 2010, que admitiu a transferência corrente na hipótese de a entidade privada sem fins lucrativos estar nominalmente identificada no projeto de lei enviado pelo Executivo e na própria lei. Confira-se a tabela<sup>9</sup>:

<sup>9</sup> Mais uma vez, vale esclarecer que a tabela contém apenas uma síntese da legislação e que o conhecimento integral das normas demanda a consulta direta a cada lei.

**Tabela 4.5 – Requisitos para a destinação de contribuições correntes nas LDO federais**

LDO referentes aos exercícios de	Entidades privadas sem fins lucrativos legitimadas a receber contribuições correntes
1998 e 1999.	Silenciam a respeito.
2000.	A destinação de recursos a título de contribuições deverá atender ao que determina o art. 12, §§ 2º e 6º da Lei n.º 4.320/1964, estar prevista na lei orçamentária e ser feita mediante a identificação do beneficiário do convênio.
2001.	Silencia a respeito.
2002.	A destinação de recursos para entidades privadas, a título de “contribuições”, nos termos do art. 12, §§ 2º e 6º, da Lei n.º 4.320, de 1964, fica condicionada à autorização específica prevista no <i>caput</i> do art. 26 da Lei Complementar n. 101, de 2000 (ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na própria LDO e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais).
2003.	Silencia a respeito.
2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009.	Fica autorizada a destinação de recursos, a título de “contribuição corrente”, a entidade privada sem fins lucrativos “...selecionada 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.”
2010.	Fica autorizada a destinação de recursos, a título de “contribuição corrente”, a entidade privada sem fins lucrativos na hipótese admitida no período de 2004-2009 e, <i>também</i> , na hipótese de a entidade estar nominalmente identificada no projeto de lei enviado pelo Executivo e na própria lei.

#### 4.5. Transferência a título de contribuição de capital

Como visto, tais contribuições são espécies de transferências de capital (Lei 4.320/1964, art. 12, § 6.º), destinadas, portanto, a investimentos a serem feitos pelas entidades beneficiárias, com a peculiaridade de derivarem de lei especial (não diretamente da lei orçamentária, como no caso dos auxílios). Basicamente, as LDO federais, quando não silenciam a respeito deste tipo de transferência, fazem simples remissão aos requisitos da própria Lei 4.320/1964 (art. 12, §§ 2º e 6º), conforme se depreende da **tabela 4.6** a seguir.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Como as demais neste **capítulo**, a tabela contém apenas uma síntese da legislação, de modo que o conhecimento integral das normas demanda a consulta direta a cada lei.

**Tabela 4.6 – Requisitos para a destinação de contribuições de capital nas LDO federais**

<b>LDO referentes aos exercícios de</b>	<b>Entidades privadas sem fins lucrativos legitimadas a receber contribuições de capital</b>
1998 e 1999.	Silenciam a respeito.
2000.	A destinação de recursos a título de contribuições deverá atender ao que determina o art. 12, §§ 2º e 6º da Lei n.º 4.320/1964, estar prevista na lei orçamentária e ser feita mediante a identificação do beneficiário do convênio.
2001.	Silencia a respeito.
2002.	A destinação de recursos a título de contribuições deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na própria LDO e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.
2003.	Silencia a respeito.
2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010.	Autorização em lei especial anterior, conforme disposto no art. 12, § 6.º da Lei n.º 4.320/1964.

#### **4.6. Outros requisitos**

Sem prejuízo daqueles requisitos relacionados ao tipo de transferência (subvenção social, contribuição corrente, auxílio ou contribuição de capital), outros requisitos gerais, aplicáveis a quaisquer transferências, têm sido previstos nas LDO, sobretudo a partir da LDO de 2003.

Desde então, pelo menos quatro requisitos gerais têm sido previstos: *i*) a publicação de normas adicionais, pelo Executivo, sobre as transferências a título de subvenções sociais, auxílios e contribuições, prevendo-se cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade; *ii*) a observância de um rol restrito de finalidades para as quais pode se voltar a aplicação de recursos de capital; *iii*) a identificação do beneficiário e do valor transferido no respectivo convênio ou instrumento congêneres; e *iv*) a declaração de funcionamento regular da entidade beneficiária nos últimos três anos, além da comprovação de mandato da sua diretoria.<sup>11</sup> A partir da LDO de 2007, o rol de requisitos começa a crescer de forma mais acelerada, como se vê nas LDO de 2008, 2009 e 2010.

Confira-se, a seguir, mais uma tabela que sintetiza o percurso normativo.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Na LDO para o exercício de 2003 exigia-se a comprovação de funcionamento regular por um prazo mais longo, o dos últimos cinco (e não três) anos.

<sup>12</sup> Trata-se, ainda uma vez, de simples resumo do conteúdo legislativo, cujo inteiro teor só pode ser conhecido mediante consulta direta a cada diploma legal.

**Tabela 4.7 – Outros requisitos gerais para as subvenções sociais, auxílios e contribuições nas LDO federais**

<b>LDO referentes aos exercícios de</b>	<b>Requisitos adicionais</b>
1998, 1999, 2000, 2001 e 2002.	Não há outros requisitos que mereçam destaque.
2003.	Quatro requisitos em destaque: - publicação, pelo Poder Executivo, de normas sobre concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições; - restrição das finalidades contempláveis com recursos de capital; - identificação do beneficiário e do valor transferido; e - declaração de funcionamento regular da entidade beneficiária.
2004.	Acresce ao rol anterior a exigência de que haja, nas normas publicadas pelo Executivo sobre concessão de subvenções, auxílios e contribuições correntes: - definição de critérios objetivos de habilitação e seleção de entidades beneficiárias; - definição de critérios objetivos de alocação de recursos; - definição de prazo do benefício; e - previsão de cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade.
2005 e 2006.	Acresce ao rol anterior novo requisito importante: - a necessidade de a entidade beneficiária atender a uma possível exigência de contrapartida.
2007.	Prevê todo o rol anterior, mas tornando o quinto requisito obrigatório: - exigência de contrapartida; - em caso de alocação de recursos por emendas parlamentares, observância das normas regimentais do Congresso Nacional sobre a matéria, em especial quanto à explicitação, na justificativa da emenda, do nome da entidade que atenda às normas do Executivo (inclusive aos critérios objetivos de habilitação e seleção de entidades), o número do CNPJ, o endereço, o registro no CNAS, quando couber, e o nome e o CPF dos dirigentes ou responsáveis.
2008.	Acresce ao rol anterior os seguintes requisitos: - comprovação de regularidade do mandato da diretoria da entidade beneficiária; - execução da despesa na “modalidade de aplicação 50 – Transferências a Instituições Privadas sem Lucrativos”; - compromisso da entidade beneficiária de disponibilizar ao cidadão, na Internet (ou, na sua falta, em sua sede) consulta ao extrato do convênio ou instrumento congêneres, contendo objeto, finalidade e detalhamento da aplicação dos recursos; - apresentação de prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, nos prazos e condições fixados na legislação.
2009.	Prevê todo o rol anterior, à exceção do requisito referente à destinação de recursos por emendas parlamentares.
2010.	Prevê todo o rol anterior, à exceção dos requisitos referentes à destinação de recursos por emendas parlamentares e à exigência de contrapartidas. Acresce, ainda, ao rol anterior os seguintes requisitos: - mais do que a regular a apresentação de prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, nos prazos e condições fixados na legislação, há a exigência de inexistência de prestação de contas rejeitada e a admissão de pendência de aprovação de no máximo duas prestações; - 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; - manutenção de escrituração contábil regular; - apresentação de certidão negativa (ou certidão positiva com efeito de negativa) de débitos relativos aos tributos administrativos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e à dívida ativa da União; - apresentação de certificado de regularidade do FGTS; e - apresentação de certificado de regularidade em face do CADIN.

Merece atenção o fato de que a primeira exigência – publicação de normas adicionais sobre transferências pelo Executivo – tornou-se mais detalhada na LDO para o exercício de 2004, estabelecendo-se que tais normas deveriam prever também, entre outros aspectos, “critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício”. Esta exigência mais detalhada viria a ser reproduzida nas LDO para os exercícios de 2005, 2006 e 2007. Subjacente a este detalhamento está a necessidade de observância dos princípios da igualdade e da impessoalidade (nos termos da Constituição Federal, art. 5.º, *caput* e 37, *caput*) na seleção das entidades interessadas em receber transferências de recursos orçamentários escassos.

É relevante observar que esta preocupação com o processo de seleção das entidades a serem beneficiadas por transferências pelo Poder Público tem se mostrado presente nas sucessivas LDO. Primeiro, na LDO de 2004, houve esta exigência de critérios objetivos de seleção e habilitação de entidades e de alocação de recursos, bem como de prazo definido para a fruição de benefícios. A exigência, como dito, repetiu-se nas LDO de 2005, 2006 e 2007. Todavia, na aprovação desta última um fato ainda mais notável aconteceu: o respectivo projeto de lei tinha ido além, em seu art. 36, inciso VI, e exigido a “publicação de edital, pelos órgãos responsáveis pela execução de programas constantes da lei orçamentária, para habilitação e seleção de instituições prestadoras de serviços à comunidade ou que devem realizar outras atividades vinculadas à consecução dos objetivos previstos”. O dispositivo acabou, entretanto, vetado pelo Presidente da República, por recomendação do MPOG, ao argumento de que entidades nominalmente previstas na LOA ou que já viessem prestando serviços mediante transferências de recursos orçamentários deveriam ser liberadas da exigência de processo de seleção. Deveria haver – argumentava-se na justificativa dada ao veto – um “processo gradual” de implantação da exigência de processo de seleção e não a sua imposição sem exceções, como teria sido feito. Em razão do veto, a LDO de 2007 permaneceu como as três anteriores, prevendo a exigência de tais critérios objetivos de habilitação e seleção de entidades, mas sem qualquer exigência específica – e, portanto, mais enfática – de publicação de edital de seleção neste sentido. Passados três anos, no entanto, a LDO de 2010 viria a prever exigência análoga àquela vetada na LDO de 2007; com efeito, a LDO de 2010, em seu

art. 36, § 8º., previu que a escolha de OSCIP para a celebração de termo de parceria com governo federal dependeria de “processo de seleção, com ampla divulgação”. Note-se que o dispositivo é realmente análogo ao vetado em 2007, com a peculiaridade de que alcança apenas às OSCIP. Trata-se de um marco importante na legislação brasileira porque, pela primeira vez, uma norma *legal* é tão explícita no sentido de que a celebração de parcerias com entidades do terceiro setor (no caso, apenas as qualificadas como OSCIP) depende de um processo de seleção, com ampla divulgação, ficando latente a idéia – ainda que a tanto não tenha chegado o texto expresso da norma – de que um processo como este deva respeitar princípios básicos da administração pública, como o da impessoalidade. Uma análise crítica desta evolução normativa será feita no **capítulo 8**. Por hora, cumpre apenas ter em mente o ocorrido, percebendo-se o paulatino crescimento da ênfase das sucessivas LDO federais em regras que visam a dar maior concreção aos princípios constitucionais da igualdade e da publicidade na seleção de entidades a serem beneficiadas por transferências.

Outro requisito geral merecer de atenção, este na LDO de 2007, mantido na de 2008, mas não mais estabelecido nas de 2009 e 2010, foi o atinente à previsão de transferências destinadas a entidades nominalmente apontadas por emendas parlamentares ao orçamento público. O requisito era, basicamente, de que estas transferências não se furtassem a cumprir as normas sobre a escolha de entidades parceiras baixadas pelo Executivo; na justificativa da emenda parlamentar, então, exigia-se alguma demonstração deste cumprimento. Como se viu, o requisito não prosperou, mas o problema que visava a endereçar permanece. De todo modo, no **capítulo 8**, ao tratar-se do problema do clientelismo na elaboração da LOA, esta prática parlamentar de escolha, mediante emenda ao orçamento, da específica entidade beneficiária de transferência de recursos será discutida.

Atente-se, ainda, para a questão da exigência, aos beneficiados por transferências da União, de *contrapartidas*. Tratava-se de exigência comum em se tratando de *transferências voluntárias* (aquelas feitas da União para outros entes da federação),<sup>13</sup> mas não em se tratando

---

<sup>13</sup> A exigência de contrapartida para as *transferências voluntárias* consta de todas e cada uma das LDO pesquisadas (desde a LDO de 1998 até a de 2010). Segundo a sistemática adotada pelas LDO federais, exige-se a previsão de contrapartida na lei orçamentária dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para quaisquer transferências de recursos federais. O valor da contrapartida deve ser estabelecido em termos percentuais do valor

de transferências a entidades privadas sem fins lucrativos. Contudo, a partir da LDO para o exercício de 2005 passou-se a prever a possibilidade – reproduzida nas LDO de 2006, 2007, 2008 e 2009 – de exigência de *contrapartida* também a entidades sem fins lucrativos, nas transferências a título de subvenções sociais, auxílios, contribuições correntes e de capital. A partir da LDO de 2007, inclusive, a contrapartida deixou de ser uma possibilidade e passou a ser obrigatória, mantendo-se a previsão desta obrigatoriedade nas LDO de 2008 e 2009 (sempre se admitindo uma lista de exceções). Mais do que isso, a partir da LDO de 2007 o cálculo do seu valor deixou de ser simplesmente ajustável entre os interessados (como ocorria sob as LDO de 2005 e 2006) e passou a obedecer aos mesmos critérios previstos para o cálculo de contrapartidas referentes a *transferências voluntárias*. Assim, o montante da contrapartida passou a ter que ser estabelecido em termos percentuais do valor previsto no instrumento de transferência, considerados certos limites máximos e mínimos fixados em consonância com a capacidade financeira e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Município em que a ação da entidade sem fins lucrativos há de ser executada. Já na LDO de 2010, contudo, a exigência de contrapartida foi vetada pelo Presidente da República, aparentemente em caráter excepcional e por razões, alegadamente, mais atreladas à forma pela qual a exigência havia sido estabelecida no dispositivo vetado do que por razões de cunho mais substantivo (por exemplo, uma eventual discordância da idéia mesma de exigir-se contrapartida de entidades sem fins lucrativos).<sup>14</sup>

#### **4.7. A importância dos sistemas informatizados de gestão**

Determinados sistemas informatizados de gestão do Governo Federal têm servido como importantes instrumentos de controle e monitoramento das transferências em geral – tanto das destinadas a outros entes de federação (batizadas como *voluntárias* pela LRF, como visto) quanto das destinadas ao setor privado. É o que se depreende das próprias LDO. São eles: *i*) o CAUC – Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias para Estados

---

previsto no instrumento de transferência, considerados limites máximos e mínimos e, ainda, os seguintes fatores: a capacidade financeira da unidade da federação beneficiada (fator levado em conta desde a LDO de 1998) e, também, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da mesma unidade (fator levado em conta desde a LDO de 2004).

<sup>14</sup> Cf. Mensagem de veto n°. 648, de 12.8.2009.

e Municípios (instituído pela Instrução Normativa MF/STN 01, de 4.5.2001); *ii*) o SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal e o subsistema Cadastro de Convênios do SIAFI (o SIAFI foi implantado em janeiro de 1987,<sup>15</sup> significando, por sua importância, uma verdadeira “revolução” no controle e acompanhamento dos gastos públicos do país); *iii*) o SIASG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (instituído pelo Decreto 1.094, de 23.3.94), que serve à gestão de contratos firmados pela administração pública federal e à gestão de informações correlatas, como, por exemplo, um cadastro unificado de fornecedores e o registro de preços de bens e serviços; e *iv*) o SICONV – Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse, aliado à sua página específica de acesso na Internet denominada Portal dos Convênios (ambos previstos pelo Decreto 6.170, de 25.7.2007).

Por um lado, o registro das transferências nesses sistemas informatizados de gestão tem sido um requisito para a liberação dos recursos correspondentes. Importa, para os fins desta tese, cuidar das *transferências ao setor privado*; sobre estas, cumpre notar que as LDO vinham exigindo o seu prévio registro no subsistema Cadastro de Convênios do SIAFI como requisito para a liberação dos recursos (*cf.* as LDO de 2005, 2006, 2007 e 2008), até que as LDO de 2009 e 2010 passaram a exigir o seu prévio registro no SICONV.

Por outro lado, as LDO também têm exigido o registro, nesses sistemas informatizados, de informações sobre os *instrumentos firmados*, pelos quais transferências tenham se realizado. De início, as LDO exigiam o registro de informações sobre *contratos e convênios*, indistintamente, no SIASG (*cf.* as LDO de 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008). Com a criação do SICONV, este passou a congrega as informações sobre convênios em lugar do SIASG. Nesse sentido, as LDO de 2009 e 2010 continuaram a exigir o registro de informações sobre *contratos* no SIASG, mas passaram a exigir o das informações sobre *convênios* no SICONV. O mais recente detalhe a respeito dessa matéria coube à LDO de 2010: ela não mais exigiu simplesmente o registro de informações sobre *convênios* firmados, mas se referiu – de modo condizente com a realidade das parcerias no país – ao registro de dados

---

<sup>15</sup> O SIAFI foi definido e desenvolvido pela STN em conjunto com o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), que é empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda. *Cf.* informações sobre a história do SIAFI em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br> (acesso em 26.11.2009).

sobre *convênios e outros instrumentos congêneres*. Com isto, a exigência de registro de informações parece querer alcançar também os *contratos de repasse, termos de parceria, contratos de gestão* e outros ajustes de parceria firmados pela União. A **tabela 4.8**, a seguir, apresenta um panorama desta evolução normativa<sup>16</sup>

**Tabela 4.8 – Disponibilização de dados sobre contratos e convênios no SIAFI, SIASG e SICONV, segundo as LDO federais**

<b>LDO referentes aos exercícios de</b>	<b>Disponibilização de dados sobre contratos e convênios no SIAFI, SIASG e SICONV</b>
1999, 2000, 2001 e 2002.	Nada há previsões nesse sentido.
2003 e 2004.	Exige a disponibilização de informações referentes aos contratos e convênios firmados no SIASG.
2005, 2006, 2007 e 2008.	- Exige a disponibilização de informações referentes aos contratos e convênios firmados no SIASG. - Condiciona a liberação de recursos transferidos a prévio registro no subsistema Cadastro de Convênios do SIAFI.
2009.	- Exige a disponibilização de informações referentes aos contratos firmados no SIASG, bem como a disponibilização de informações referentes aos convênios firmados no SICONV. - Prevê que os convênios, contratos de repasse ou termos de parceria, celebrados a partir de 1º. de julho de 2008, deverão ser registrados, executados e acompanhados no SICONV. - Condiciona a liberação de recursos a serem transferidos via convênio, contrato de repasse ou termo de parceria a prévio registro no SICONV. - Prevê que, para fins de realização de transferências ao setor privado, o Poder Executivo consolidará as normas relativas à celebração de convênios e instrumentos congêneres, bem como as normas relativas à prestação de contas, mantendo-as atualizadas e divulgando-as por meio da Internet.
2010.	- Exige a disponibilização de informações referentes “aos contratos e aos convênios ou instrumentos congêneres firmados” no SIASG e no SICONV, “no que couber”, observadas “as normas estabelecidas pelo Poder Executivo”. - Prevê que ditas normas serão divulgadas até 15 de julho de 2009. - Condiciona a liberação de recursos transferidos a prévio registro no SICONV.

Mas se os sistemas informatizados de gestão têm servido como importantes ferramentas de monitoramento e controle de transferências de recursos federais, eles nem sempre estão abertos à consulta por qualquer cidadão interessado. De todos, o que está aberta à consulta de qualquer cidadão é o SICONV. Este último, por exigência da respectiva regulamentação, como já observado, deve estar acessível a qualquer cidadão pela Internet, por meio de página denominada Portal dos Convênios. É auspicioso notar nas sucessivas LDO

<sup>16</sup> Trata-se de tabela que sintetiza o conteúdo normativo, cuja íntegra só pode ser apreendida a partir da consulta ao texto integral da lei.

federais uma tendência a conferir-se cada vez maior transparência, via Internet, às informações sobre os recursos orçamentários destinados às entidades privadas. A tendência parece ser a disponibilização de dados sobre a execução orçamentária para acesso por qualquer do povo e não apenas por órgãos e entidades governamentais. É que se extrai do panorama apresentado na **tabela 4.9**, a seguir.<sup>17</sup>

**Tabela 4.9 – A Internet e a transparência da destinação de recursos federais ao setor privado**

<b>LDO referentes aos exercícios de</b>	<b>A Internet e a transparência da destinação de recursos federais ao setor privado</b>
2005, 2006 e 2007.	Não contêm disposições semelhantes às posteriores.
2008 e 2009.	Prevê que o Poder Executivo disponibilizará na Internet banco de dados de acesso público para fins de consulta aos recursos do Orçamento da União destinados às entidades privadas, contendo, no mínimo, órgão concedente, unidade da federação, nome da entidade, número de inscrição no CNPJ, objeto, valores e datas da liberação.
2010.	Além de conter a previsão anterior, também prevê que os Poderes e o Ministério Público divulgarão e manterão atualizada na Internet relação das entidades privadas beneficiadas na forma dos arts. 32, 33, 34 e 35 da Lei (referentes a transferências a título de subvenção social, contribuição corrente, auxílio e contribuição de capital), contendo, pelo menos: <i>i</i> ) nome e CNPJ; <i>ii</i> ) nome, função e CPF dos dirigentes; <i>iii</i> ) área de atuação; <i>iv</i> ) endereço da sede; <i>v</i> ) data, objetivo, valor e número do convênio ou instrumento congênere; <i>vi</i> ) órgão transferidor; e <i>vii</i> ) valores transferidos e respectivas datas.

Atente-se para o fato de que, a partir da LDO de 2010, a exigência de disponibilização de dados na Internet passou a envolver um conjunto mais compreensivo de informações, abrangendo inclusive dados sobre os dirigentes e a sede da entidade.

## **Conclusão**

Na esfera federal, a inovação trazida pela LRF, no sentido de que a LDO poderia fixar novos requisitos para a destinação de recursos ao setor privado, produziu impacto relevante. Observa-se que, paulatinamente, tem havido um maior detalhamento nas LDO federais acerca dos requisitos para as transferências a entidades privadas sem fins lucrativos a título de subvenções sociais, auxílios, contribuições correntes e contribuições de capital. Mesmo assim,

<sup>17</sup> Trata-se de tabela que apresenta mera síntese do conteúdo normativo, o qual só pode ser apreendido na íntegra a partir de consulta direta ao texto legal.

nos últimos anos as LDO federais têm delegado ao Poder Executivo a competência para a edição de normas adicionais sobre tais transferências, estabelecendo, inclusive, que a edição dessas normas é condição para que as transferências possam ser efetuadas.

Ademais, merecem destaque pelo menos três influências que as sucessivas LDO parecem vir exercendo sobre o trato normativo das transferências de recursos públicos ao terceiro setor: *i*) influência no sentido da consolidação normativa; *ii*) influência no sentido de incremento da transparência; e *iii*) influência no sentido de um tratamento normativo diferenciado entre transferências ao setor privado e transferências intergovernamentais.

Deveras, as LDO federais têm impulsionado um processo de consolidação das normas sobre transferências ao setor privado. Na LDO de 2004 se chegou a prever uma consolidação do trato *legislativo* da matéria.<sup>18</sup> Na LDO de 2009, numa aparente mudança de estratégias, previu-se uma consolidação do trato da matéria *em âmbito regulamentar*.<sup>19</sup> Isto mostra que a preocupação com a consolidação da disciplina normativa da matéria, há muito caótica tanto em âmbito legal quanto em âmbito regulamentar, já existe há algum tempo. Ao que se depreende do Decreto 6.170/2007 e das portarias interministeriais que o desenvolveram, o Poder Executivo fez a opção por enfrentar o desafio de uma consolidação normativa pela via regulamentar.<sup>20</sup>

Outra importante constatação diz respeito ao papel das sucessivas LDO na exigência de incremento da transparência da execução orçamentária pertinente às transferências de recursos ao setor privado. Vale o destaque para as LDO de 2008, 2009 e 2010, exigindo a

---

<sup>18</sup> Segundo a previsão do art. 35 daquela lei: “Art. 35. O Poder Executivo apresentará projeto de lei disciplinando a destinação de recursos da União ao setor privado, inclusive a Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a título de subvenções, auxílios, contribuições, correntes e de capital, e outras denominações, considerando o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº. 101, de 2000, no prazo de 270 (duzentos e setenta) dias após a publicação desta Lei.”

<sup>19</sup> Segundo a previsão do art. 39, parágrafo único, daquela lei: “Art. 39. (...) Parágrafo único. Para fins de realização de transferências ao setor privado, o Poder Executivo consolidará as normas relativas à celebração de convênios e instrumentos congêneres, bem como às correspondentes à prestação de contas, mantendo-as atualizadas e divulgando-as por meio da Internet.”

<sup>20</sup> Entretanto, a necessidade de uma lei disciplinadora do tema será discutida no **capítulo 7** do presente trabalho, sobre os problemas fundamentais do direito vigente, assim como no **capítulo 13**, em que se proporá uma reforma de cunho legislativo no direito vigente, na linha do que, de certa maneira, já antevia como necessário a LDO de 2004.

disponibilização na Internet, pelo Executivo, de informações didaticamente organizadas sobre os recursos orçamentários destinados a entidades privadas. Ainda mais auspiciosa é a LDO de 2010, em que se fez constar a exigência de disponibilização na Internet, inclusive, de dados sobre as entidades efetivamente beneficiadas.

A terceira auspiciosa evolução nas sucessivas LDO federais parece ser a diferenciação, que têm promovido, entre o tratamento normativo das transferências ao setor privado, de um lado, e das transferências intergovernamentais – ditas voluntárias –, de outro. Infelizmente, a legislação pertinente ao principal ajuste voltado a operacionalizar as transferências, que ainda é o convênio, não se segue a mesma linha de diferenciação. A Lei 8.666/93, como visto, prevê regras supostamente aplicáveis, indistintamente, a convênios para fins de transferências intergovernamentais e convênios para fins de transferências ao setor privado sem fins lucrativos. Isto, contudo, é inadequado, consoante se discutirá no **capítulo 8** desta tese. O Decreto 6.170/99 e as portarias interministeriais que o desenvolvem já começam a perceber esta inadequação, diferenciando entre parcerias com o setor privado e parcerias intergovernamentais.

De qualquer sorte, todas essas constatações relativamente às LDO federais levam a crer que, ao menos na esfera federal, a inovação trazida pelo art. 4.º, I, *f* da LRF tende a concretizar-se de maneira cada vez mais minuciosa a cada LDO, sem prejuízo de uma delegação de competências ao Executivo para uma disciplina complementar das transferências a título de subvenções sociais, auxílios e contribuições.

Por fim, não é demais lembrar que, em que pese a progressiva importância assumida nesta matéria pelas LDO federais – que restou evidenciada **neste capítulo** –, não se pode descuidar, quando da análise de um caso concreto, que se somam aos requisitos para transferência nelas previstos aqueles estabelecidos nos **Regimes Especiais de Controle**, em especial naquilo que dizem respeito às distintas espécies de ajustes que operacionalizam as parcerias entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos, bem como aqueles requisitos já estabelecidos na LRF e na Lei 4.320/1964.

## CAPÍTULO 5 REGIME DO CONTROLE INTERNO

Introdução. **1.** Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. **1.1.** Visão geral: objetivos, ferramentas e estrutura. **1.2.** O controle na prática. **2.** Síntese. Conclusão.

### Introdução

O sistema de controle interno da administração pública, tal como os seis **Regimes Especiais de Controle** do fomento estatal ao terceiro setor examinados no **capítulo 3**, está preordenado a promover a observância dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70, *caput*, da Constituição Federal. Este é o seu grande “norte”. Ao mesmo tempo deve perseguir finalidades específicas, enumeradas no art. 74 da mesma Constituição:

#### *Constituição Federal*

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

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar o resultado, 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;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

Importa notar, inicialmente, que deve haver um sistema de controle interno *para cada Poder*. Donde o mais correto é falar-se em *sistemas* de controle interno. É o que prevê o art. 70, *caput*, quando faz referência ao “...sistema de controle interno de cada Poder”.<sup>1</sup> Nesse

---

<sup>1</sup> O art. 74, *caput*, a seu turno, prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário “...manterão, *de forma integrada*, sistema de controle interno...” (itálico acrescentado). Ele poderia gerar alguma dúvida sobre a possibilidade de haver, em lugar de um sistema de controle interno no âmbito de cada Poder, um sistema único de

sentido, há um sistema de controle interno no âmbito do Poder Executivo federal, que se encontra disciplinado pela Lei 10.180, de 6.2.2001<sup>2</sup> e pelo Decreto 3.591, de 6.9.2000.<sup>3</sup> No âmbito do Poder Judiciário, a atividade administrativa é controlada, à luz da Emenda Constitucional 45/2004, pelo *Conselho Nacional de Justiça*.<sup>4</sup> No âmbito do Poder Legislativo, há *Secretarias de Controle Interno*, uma no Senado Federal, instituída pela Resolução do Senado Federal 71, de 1993,<sup>5</sup> e outra na Câmara dos Deputados, instituída pela Resolução da Câmara dos Deputados 69, de 1994.

---

controle interno comum aos três Poderes, que perpassasse todos eles de forma a incidir sobre a função administrativa aonde quer que ela fosse exercida. Eventual dúvida neste sentido, porém, não deve prosperar, pois a própria literalidade do supracitado *caput* do art. 70 não deixa margem para solução outra que não a de um sistema de controle interno *para cada Poder*. Nesse sentido, *cf.* Rodrigo Pironti Aguirre de CASTRO, *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*, p. 174.

<sup>2</sup> Referida lei “organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.” Trata-se de lei resultante de conversão da Medida Provisória 2.112-88, de 2001. Houve um longo caminho percorrido até esta conversão em lei, pois a originária foi a Medida Provisória 480, de 27.4.1994, que organizava apenas os sistemas de planejamento e orçamento e de controle interno, e não os quatro sistemas hoje tratados na lei convertida (de planejamento e orçamento, de administração financeira, de contabilidade e de controle interno do Poder Executivo, todos de âmbito federal). Note-se que, por quase oito anos (iniciando-se a contagem em 1994 e finalizando-se em 2001), o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal esteve bastante suscetível a alterações por parte do próprio Executivo (via edições e reedições de medidas supostamente provisórias), sem uma base sólida em lei aprovada pelo Congresso Nacional. Como se sabe, o flanco que dava margem a esta prática de sucessivas reedições de medidas provisórias no Brasil foi estancado, nalguma medida, em 2001, com a Emenda Constitucional 32, que prevê a vigência de medida provisória pelo prazo de 60 (sessenta dias), renovável uma única vez por igual período, findo o qual fica “trancada” a pauta de votações do Congresso Nacional até a apreciação da medida provisória que lhe foi submetida.

<sup>3</sup> Alterado pelos Decretos 4.112, de 4.2.2002; 4.113, de 5.2.2002; 4.238, de 21.5.2002; 4.304, de 16.7.2002; 4.428, de 17.10.2002; 4.440, de 25.10.2002; 5.481, de 30.6.2005; e 6.692, de 12.12.2008.

<sup>4</sup> Órgão integrante do Poder Judiciário (*cf.* Constituição Federal, art. 92, I-A), composto de quinze membros com mandato fixo, nos termos e condições constitucionalmente estabelecidos (*cf.* art. 103-B), nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (*cf.* art. 103-B, § 2º), compete ao Conselho Nacional de Justiça “...o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes...” (*cf.* art. 103-B, § 4º, *caput*). Anote-se que, com a citada Emenda 45, o Texto Constitucional também passou a prever o *Conselho Nacional do Ministério Público*, órgão composto de quatorze membros com mandato fixo, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (*cf.* art. 130-A, todo ele acrescentado pela EC 45/2004), competindo-lhe “...o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros...” (art. 130-A, § 2º, *caput*). No desempenho desta função de controle, tanto o Conselho Nacional de Justiça quanto o Conselho Nacional do Ministério Público foram investidos na atribuição específica de zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal (que, como se sabe, é o dispositivo central de regência da administração pública) e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário ou do Ministério Público federal e estadual, conforme o caso, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do TCU e dos demais tribunais de contas (*cf.* arts. 103-B, § 4º, II e 130-A, § 2º, II).

<sup>5</sup> A origem da Secretaria de Controle Interno do Senado Federal remonta à instituição do cargo de Auditor, por meio da Resolução 58, de 1972, que estabeleceu o Regulamento Administrativo do Senado Federal. Já a criação de um órgão de auditoria, com estrutura própria, ocorreria apenas com a edição da Resolução 109, de 1984. Este órgão viria depois a ser transformado pela Resolução 71, de 1993, na atual Secretaria de Controle Interno. *Cf.*

De qualquer dos sistemas de controle interno existentes importa destacar, para os fins deste trabalho, aquilo que neles toca especialmente às subvenções em favor de entidades do terceiro setor. Tomar-se-á como objeto de análise, aqui, apenas o sistema de controle interno existente no âmbito do Poder Executivo da União, a que a Lei 10.180/2001 apelidou de “Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal”. A ele é que se dá o nome, para os fins desta tese, de **Regime do Controle Interno**, reconhecendo-se o seu papel de destaque como um dos **Regimes Especiais** de controle da administração fomentadora. Espera-se que a sua análise seja suficiente para ilustrar possíveis relações entre o “Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal” e as transferências de recursos públicos para o terceiro setor.

## 1. Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal

### 1.1. Visão geral: objetivos, ferramentas e estrutura

O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal está atrelado aos mesmos fins de qualquer sistema de controle interno, previstos no supracitado art. 74 da Constituição. Contudo, sua lei de regência tratou de detalhá-las em maior grau.<sup>6</sup> Interessam, aqui, as

---

informações institucionais sobre a Secretaria de Controle Interno do Senado Federal disponíveis no sítio daquela Casa Legislativa na Internet: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/scint/insti/default.asp/> (acesso em 29.6.2009).

<sup>6</sup> Da conjugação dos textos constitucional e legal pode-se dizer que as finalidades deste específico sistema são: *i*) avaliar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, com vistas a comprovar a conformidade da sua execução (*cf.* Constituição Federal, art. 74, I; Lei 10.180/2001, art. 20, I c/c art. 24, I; e Decreto 3.591/2000, art. 2º, I c/c art. 3º, § 1º; no mesmo sentido, *v.* também Lei 8.443/92, art. 49, I); *ii*) fiscalizar e avaliar a execução dos programas de governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos Orçamentos da União, com vistas a comprovar o nível de execução das metas, o alcance dos objetivos e a adequação do gerenciamento (*cf.* art. 74, I; Lei 10.180/2001, art. 20, I c/c art. 204, II; e Decreto 3.591/2000, art. 2º, I c/c art. 3º, § 2º; *cf.* também Lei 8.443/92, art. 49, I); *iii*) avaliar a execução dos orçamentos da União, com vistas a comprovar a conformidade da execução com os limites e destinações estabelecidos na legislação pertinente (*cf.* Constituição Federal, art. 74, I; Lei 10.180/2001, art. 20, I c/c art. 24, III; e Decreto 3.591/2000, art. 2º, I c/c art. 3º, § 3º; *cf.* também Lei 8.443/92, art. 49, I); *iv*) avaliar a gestão dos administradores públicos federais, com vistas a comprovar a legalidade e a legitimidade dos atos praticados e a examinar os resultados quanto à sua economicidade, à sua eficiência e à sua eficácia, enfocando-se a gestão orçamentária, financeira, patrimonial, de pessoal e de outros sistemas administrativos e operacionais, inclusive a gestão pertinente à aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (*cf.* Constituição Federal, art. 74, II; Lei 10.180/2001, art. 20, II; e Decreto 3.591/2000, art. 2º, I c/c art. 3º, § 4º; *cf.* também Lei 8.443/92, art. 49, II); *v*) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, com vistas a aferir sua consistência e a adequação dos controles internos (*cf.* Constituição Federal, art. 74, III; Lei 10.180/2001, art. 20, III c/c art. 24, IV; e Decreto 3.591/2000, art. 2º, I c/c art. 3º, § 5º; *cf.* também Lei 8.443/92, art. 49, III); e *vi*)

finalidades que tocam mais intensamente ao controle das subvenções ao terceiro setor. Uma delas é a de *fiscalização e avaliação da execução de programas de governo*, na medida em que tais programas envolvam o repasse de recursos públicos a entidades do terceiro setor. Outra é a de *avaliação da gestão dos administradores públicos federais*, particularmente naquilo que a gestão possa envolver a aplicação de recursos públicos por entidades do setor privado. Uma terceira é a de *apoio ao sistema de controle externo*, naquilo que envolva tais subvenções.

Mas como é que o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal está estruturado para atingir estas finalidades? E quais as ferramentas de que ele dispõe para tanto?

Sua estrutura articula-se em torno de um órgão público posicionado como “órgão central”, que é a Controladoria-Geral da União (CGU).<sup>7</sup> Este está incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica de todos os demais órgãos que compõem o sistema.<sup>8</sup> Compete à CGU, mais especificamente – e nos termos da lei – assistir o Presidente da República no desempenho de suas atribuições atinentes: *i*) à defesa do patrimônio público, *ii*) ao controle interno, *iii*) à auditoria pública, *iv*) à correição, *v*) à prevenção e ao combate à corrupção, *vi*) às atividades de ouvidoria e *vii*) ao incremento da transparência da gestão na administração pública federal.<sup>9</sup> Todas essas atribuições legais, na prática, tem se traduzido –

---

apoiar o órgão de controle externo no exercício de sua missão institucional, por intermédio do fornecimento de informações e dos resultados das ações próprias do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (*cf.* Constituição Federal, art. 74, IV; Lei 10.180/2001, art. 20, IV; e Decreto 3.591/2000, art. 2º., I c/c art. 5º., *caput* e parágrafo único; *cf.* também Lei 8.443/92, art. 49, IV).

<sup>7</sup> A Controladoria-Geral da União é sucessora da antiga Corregedoria-Geral da União, assim como a Subcontroladoria-Geral da União sucedeu a antiga Subcorregedoria-Geral da União, tudo consoante disposto no art. 31 da Lei 10.683/2003 (fruto de conversão da MP 103/2003). Na mesma oportunidade foi transformado o cargo de Ministro de Estado Corregedor-Geral da União em Ministro de Estado do Controle e da Transparência (Lei 10.683/2003, art. 34, III) e de Subcorregedor-Geral da Corregedoria-Geral da União em Subcontrolador-Geral da Controladoria-Geral da União (art. 34, IV). Atualmente, a CGU, enquanto órgão integrante da Presidência da República (*cf.* art. 1º., § 3º., I), tem como titular o Ministro de Estado do Controle e da Transparência (*cf.* art. 17, § 1º., com a redação dada pela Lei 11.204/2005). Sua estrutura básica consiste em: *i*) um Gabinete; *ii*) uma Assessoria Jurídica; *iii*) o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção; *iv*) a Comissão de Coordenação de Controle Interno; *v*) uma Secretaria Executiva; *vi*) a Corregedoria-Geral da União; *vii*) a Ouvidoria-Geral da União; e *viii*) duas Secretarias, sendo uma delas a Secretaria Federal de Controle Interno (*cf.* art. 17, § 1º., com a redação dada pela Lei 11.204/2005).

<sup>8</sup> *Cf.* Lei 10.180/2001, art. 22, § 5º. e Decreto 3.591/2000, art. 8º., I, com a redação dada pelo Decreto 4.304/2002.

<sup>9</sup> *Cf.* Lei 10.683/2003, art. 17, *caput*, com a redação dada pela Lei 11.204, de 2005.

na visão da própria CGU – em quatro áreas essenciais de atuação: *controle interno, correição, prevenção da corrupção e ouvidoria*.<sup>10</sup>

Além da CGU como órgão central do sistema, há diversos outros órgãos que o compõem, os quais ficam efetivamente encarregados da execução do controle interno. Dentre eles destacam-se as Secretarias de Controle Interno setoriais<sup>11</sup> e a chamada Secretaria Federal de Controle Interno<sup>12</sup> – sendo esta última parte integrante da própria estrutura da CGU.<sup>13</sup> Integram a estrutura da CGU, ainda, conselhos com atribuições consultivas. Um deles é a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI), composto por representantes de órgãos federais de controle.<sup>14</sup> Outro é o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, composto paritariamente por representantes da sociedade civil organizada e

---

<sup>10</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 1. Relatório disponível em <http://www.cgu.gov.br> (acesso em 30.6.2009).

<sup>11</sup> Eis, precisamente, os órgãos tidos como “setoriais” do sistema: as Secretarias de Controle Interno da Casa Civil, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa (cf. Lei 10.180/2001, art. 22, § 2º. e Decreto 3.591/2000, art. 8º., II) e as unidades de controle interno dos comandos militares, estas últimas integrantes da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa (cf. Decreto 3.591/2000, art. 8º., III).

<sup>12</sup> A Secretaria Federal de Controle Interno está incumbida das atividades de controle interno de todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal que não estejam sujeitas aos órgãos setoriais supra-apontados, além de ter que cuidar das atividades operacionais da própria CGU. Cf. Decreto 3.591/2000, art. 8º., § 1º., com a redação dada pelo Decreto 4.304/2002.

<sup>13</sup> Na Lei 10.180/2001 há previsão de que o órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal é a Secretaria Federal de Controle Interno (art. 22, I). Contudo, pouco depois, mais precisamente por intermédio da Lei 10.683/2003, veio a ser estabelecida a CGU, que incorporou a Secretaria Federal de Controle Interno à sua estrutura. Esta parece ter sido a solução encontrada para a afirmação, por decreto (Decreto 3.591/2000, com alterações posteriores), de que o órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal é a Controladoria-Geral da União, em que pese a previsão legal de que tal órgão central deveria ser, isto sim, a Secretaria Federal de Controle Interno.

<sup>14</sup> O art. 23 da Lei 10.180/2001a define como “...órgão colegiado de coordenação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, com o objetivo de promover a integração e homogeneizar entendimentos dos respectivos órgãos e unidades.” Sua composição e exatas atribuições estão definidas pelo Decreto 3.591/2000, com alterações posteriores. A atual composição é a seguinte: *i*) Ministro de Estado do Controle e da Transparência; *ii*) Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União; *iii*) Secretário Federal de Controle Interno; *iv*) Chefe da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União; *v*) Coordenador-Geral de Normas e Orientação para o Sistema de Controle Interno; *vi*) um Secretário de órgão setorial de Controle Interno do Poder Executivo Federal; *vii*) um Assessor Especial de Controle Interno em Ministério; e *viii*) dois titulares de unidades de auditoria interna da administração pública federal indireta. Cf. Decreto 3.591/2000, art. 9º., *caput*, com a redação dada pelo Decreto 4.304/2002, e incisos I a VIII e parágrafo único com a redação dada pelo Decreto 6.692/2008.

representantes do governo federal. Um terceiro é a Comissão de Coordenação de Correição,<sup>15</sup> composta por representantes de órgãos federais de correição.<sup>16</sup>

Cumpra observar que a estruturação do sistema de controle interno deve ser profundamente capilarizada, de modo a enraizar-se dentro da própria estrutura dos órgãos e entidades objeto do controle. É o que observou Rodrigo Pironi A. de CASTRO: “Deve o sistema de controle interno ser exercido dentro da própria estrutura do órgão controlado, por meio de procedimentos e atividades intersetoriais (de colaboração), com vistas à realização eficiente do sistema e a esmerada gestão da coisa pública.”<sup>17</sup> Nesta linha, o autor defende ser vital, para a existência de um sistema de controle interno eficiente, a sua “descentralização em núcleos de controle interno”, isto é, em órgãos específicos dotados de atribuições específicas, em lugar de um órgão “central e único”, que fique responsável pelo controle de toda a administração pública. Argumenta que esta “descentralização” permite uma melhor ordenação ou planejamento das metodologias e procedimentos de controle, uma maior aproximação entre o servidor encarregado do controle e a realidade a ser controlada e, ainda, uma maior capacidade de o sistema lidar com o grande volume de trabalho com o qual ordinariamente se defronta.<sup>18</sup>

Em harmonia com esta idéia de capilaridade, o Decreto 3.591/2000 prevê que a CGU contará com o apoio dos Assessores Especiais de Controle Interno em cada um dos Ministérios, aos quais cumpre, entre outras atribuições, orientar os administradores de bens e recursos públicos nos assuntos pertinentes à área de competência do controle interno, inclusive sobre a forma de prestar contas.<sup>19</sup> Sobre cada assessor recai o ônus de, na hipótese de tomar conhecimento da ocorrência de irregularidades que impliquem lesão ou risco de lesão ao patrimônio público, dar ciência ao respectivo Ministro de Estado e à CGU, em prazo não

---

<sup>15</sup> Trata-se de “...instância colegiada com funções consultivas, com o objetivo de fomentar a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades que integram o Sistema de Correição...”. Cf. Decreto 5.480/2005, art. 4º, IV.

<sup>16</sup> Eis a sua exata composição: *i*) pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, que a preside; *ii*) pelo Subprocurador-Geral da CGU; *iii*) pelos Corregedores do órgão central do Sistema, isto é, da CGU; *iv*) por três titulares das unidades setoriais; e *v*) por três titulares das unidades seccionais. Cf. Decreto 5.480/2005, art. 3º, I a V.

<sup>17</sup> *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*, p. 178.

<sup>18</sup> Cf. *ibid.*, pp. 183-185.

<sup>19</sup> Cf. Decreto 3.591/2000, art. 13, II.

superior a quinze dias úteis, contado da data do conhecimento do fato, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>20</sup>

Todos os órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e que exercem efetivamente atribuições de controle – notadamente, a Secretaria Federal de Controle Interno, as demais Secretarias de Controle Interno e as chamadas unidades regionais do sistema – têm à sua disposição diversas técnicas ou ferramentas de controle. Paralelamente, a própria CGU detém as suas. Vejam-se quais são elas.

Dentre as técnicas utilizadas por todos os órgãos do sistema destacam-se as de auditoria de gestão e fiscalização de programas de governo. A auditoria se presta, entre outras finalidades, a *avaliar a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado*,<sup>21</sup> ou, mais especificamente, *avaliar a aplicação das subvenções e renúncias de receita*.<sup>22</sup> A fiscalização se presta a *comprovar se o objeto dos programas de governo corresponde às especificações estabelecidas, atende às necessidades para as quais foi definido, guarda coerência com as condições e características pretendidas e se os mecanismos de controle são eficientes*.<sup>23</sup> De ambas – auditoria e fiscalização – estão especificamente encarregadas a Secretaria Federal de Controle Interno,<sup>24</sup> as Secretarias de Controle Interno<sup>25</sup> e as unidades regionais do sistema.<sup>26</sup>

No âmbito de auditoria ou fiscalização, cumpre a tais órgãos de controle *apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais*,<sup>27</sup> bem como *dar ciência ao controle externo* (ao

---

<sup>20</sup> Cf. Decreto 3.591/2000, art. 13, parágrafo único, com a redação dada pelo Decreto 6.692/2008.

<sup>21</sup> Cf. Decreto 3.591/2000, art. 4º., *caput* e § 1º.

<sup>22</sup> Cf. Lei 10.180/2001, art. 24, VI e Decreto 3.591/2000, art. 11, XXII.

<sup>23</sup> Cf. Decreto 3.591/2000, art. 4º., *caput* e § 2º.

<sup>24</sup> Vale o registro de que a Lei 10.180/2001 atribui a competência para “realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados” (art. 24, VI), indistintamente, “...aos órgãos e às unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal” (art. 24, *caput*). Já o Decreto 3.591/2000 atribui esta competência, especificamente, à Secretaria Federal de Controle Interno (art. 11, *caput* e inc. XXII).

<sup>25</sup> Cf. Lei 10.180/2001, art. 24, *caput* e Decreto 3.591/2000, art. 12, *caput*.

<sup>26</sup> Cf. Lei 10.180/2001, art. 24, *caput* e Decreto 3.591/2000, art. 11, § 1º.

<sup>27</sup> Cf. Lei 10.180/2001, art. 24, VII e Decreto 3.591/2000, art. 11, XXV, com a redação dada pelo Decreto 4.304/2002. Mais uma vez, trata-se de competência que a lei atribuiu aos órgãos e unidades do Sistema de

TCU) e ao órgão central (à CGU) e, quando for o caso, à unidade responsável pela contabilidade, para as providências cabíveis.<sup>28</sup>

A CGU também se vale de algumas técnicas de controle cujo exercício lhe foi especialmente concedido, para que cumpra as suas missões institucionais. Uma delas é receber e processar denúncias e representações sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.<sup>29</sup> Para que isso ocorra, ela há de ser constantemente alimentada com informações sobre irregularidades na administração pública. Neste sentido a lei impõe aos titulares dos órgãos do sistema de controle interno o dever de cientificá-la das irregularidades verificadas e registradas em seus relatórios, atribuíveis a agentes da administração pública federal, de que tenham resultado ou possam resultar prejuízos ao erário.<sup>30</sup> A este dever corresponde o poder da CGU de exigir – não apenas dos demais órgãos do sistema, mas de quaisquer órgãos ou entidades da administração federal – o atendimento, em prazo indicado, de suas solicitações e requisições de informações e documentos.<sup>31</sup>

Mas à CGU também compete, para além de receber e processar denúncias e representações, ou solicitar e requisitar informações e documentos, cumprir as seguintes missões: instaurar sindicâncias,<sup>32</sup> inspecionar e avocar processos administrativos em curso,<sup>33</sup>

---

Controle Interno do Poder Executivo Federal indistintamente, mas que o decreto atribuiu, especificamente, à Secretaria Federal de Controle Interno.

<sup>28</sup> Cf. Lei 10.180/2001, art. 24, VII e Decreto 3.591/2000, art. 11, XXV, com a redação dada pelo Decreto 4.304/2002. Mais uma vez, trata-se de competência que a lei atribuiu aos órgãos e unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal indistintamente, mas que o decreto atribuiu, especificamente, à Secretaria Federal de Controle Interno.

<sup>29</sup> Neste sentido diz a lei que compete à CGU dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde. Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, *caput*. Cumpre-lhe, inclusive, quando não houver disposição legal que atribua competências específicas a outros órgãos, receber reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral e promover a apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal. Cf. art. 18, § 5º, X.

<sup>30</sup> Compete aos titulares dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal dar ciência à CGU das irregularidades verificadas, e registradas em seus relatórios, atinentes a atos ou fatos, atribuíveis a agentes da administração pública federal, dos quais haja resultado, ou possa resultar, prejuízo ao erário, de valor superior ao limite fixado pelo TCU relativamente à tomada de contas especial elaborada de forma simplificada. Cf. Lei 10.683/2003, art. 19.

<sup>31</sup> Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, § 5º, VII c/c art. 20, parágrafo único.

<sup>32</sup> Compete à CGU a instauração ou a requisição de instauração de sindicância ou de outros tipos de processos administrativos, ou, ainda, se for o caso, a representação ao Presidente da República para que apure a omissão de autoridade responsável. Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, §§ 1º, 2º e 5º, II.

anular processos administrativos,<sup>34</sup> receber ciência acerca de sindicâncias e processos administrativos instaurados<sup>35</sup> e requisitar pessoal necessário às seus trabalhos de investigação.<sup>36</sup>

Ao cabo de sua atuação, a CGU deve, conforme o caso, aplicar penalidades administrativas, assim como encaminhar suas conclusões para outros órgãos competentes – seja para que prossigam noutras vertentes de investigação, seja para que pleiteiem as medidas judiciais cabíveis.<sup>37</sup>

## 1.2. O controle na prática

Visto que a auditoria e a fiscalização são as duas principais técnicas legalmente previstas para a atuação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, cabe a pergunta: como elas têm sido aplicadas na prática? E, sobretudo, em que medida elas têm sido utilizadas para o controle das subvenções feitas a entidades do terceiro setor?

Uma notícia a respeito é dada por relatório da CGU, referente às suas ações durante o ano de 2008, já citado. De sua leitura constata-se que a CGU, no exercício de sua missão institucional de controle, tem se engajado em pelo menos cinco vertentes de atuação, a saber: *i) num programa de fiscalizações por sorteios, ii) num programa contínuo de fiscalização; iii)*

---

<sup>33</sup> Compete à CGU a inspeção e avocação de processos administrativos em curso em órgão ou entidade da Administração Pública federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível. Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, §§ 1º, 2º e 5º, IV.

<sup>34</sup> Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, §§ 5º, V.

<sup>35</sup> Compete à CGU receber ciência, em prazo indicado, acerca da instauração de sindicância ou outro processo administrativo por outros órgãos e entidades da Administração Pública, assim como a ciência do respectivo resultado. Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, § 5º, VII c/c art. 20, parágrafo único.

<sup>36</sup> Compete à CGU a requisição aos órgãos e entidades federais do pessoal necessário à constituição de comissões de investigação ou outras análogas, ou à instrução de processo administrativo, sendo tal requisição irrecusável. Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, § 5º, VIII c/c art. 20, *caput*.

<sup>37</sup> Neste sentido, cumpre-lhe tomar as seguintes providências finais, conforme o caso: *i)* promover a aplicação da penalidade administrativa cabível; *ii)* encaminhar à AGU os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo daquele órgão; *iii)* provocar, sempre que necessária, a atuação do TCU, da Secretaria da Receita Federal e dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal; e *iv)* provocar, quando houver indícios de responsabilidade penal, a atuação do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurem manifestamente caluniosas. Cf. Lei 10.683/2003, art. 18, § 3º.

noutras ações de fiscalização voltadas à avaliação do cumprimento de programas de governo; iv) em auditorias anuais sobre tomadas ou prestações de contas; v) em fiscalizações de recursos públicos federais transferidos sobre os quais pairam suspeições de desvios; e vi) em ações de controle originadas a partir de denúncias de cidadãos ou da imprensa.

O programa de fiscalizações por sorteios tem sido realizado desde abril de 2003. Trata-se de programa voltado à fiscalização da aplicação de recursos federais noutras unidades da federação brasileira. Inicialmente voltado apenas à fiscalização de Pequenos e Médios Municípios, o programa foi estendido, em 2004, à fiscalização da aplicação dos recursos federais nos Estados.<sup>38</sup> Merece registro o fato de que, nas *fiscalizações por sorteios*, a CGU por vezes realiza “focalizações temáticas”, por meio das quais ela elege temas específicos para constituírem objeto prioritário da sua ação fiscalizadora sobre os entes sorteados. Em 2008, o foco eleito foram as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – um dos mais propalados programas do Governo Lula, lançado em janeiro de 2007.<sup>39</sup>

Já o programa contínuo de fiscalização, também destinado à fiscalização da aplicação de recursos federais noutras esferas da federação, tem sido realizado desde 2007. Volta-se à fiscalização da aplicação de recursos federais por capitais e grandes Municípios (assim considerados os que têm mais de 500 mil habitantes).<sup>40</sup>

Outras ações de fiscalização têm se destinado ao objetivo de avaliar o cumprimento das metas previstas no PPA e na execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. O relatório da CGU aponta que, em 2008, foram realizadas fiscalizações que “...subsidiaram a avaliação dos principais programas [de governo], bem como de políticas públicas que não constam na Lei Orçamentária...”.<sup>41</sup> Alguns trabalhos desenvolvidos nesta linha de atuação são listados no relatório, entre os quais podem ser destacados, por sua relação com o controle de transferências em favor do terceiro setor, os seguintes:

---

<sup>38</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 4.

<sup>39</sup> Cf. *ibid.*, pp. 4-5.

<sup>40</sup> Este programa contínuo chama-se *Fiscalização de Recursos Federais Aplicados por Prefeituras de Capitais e Grandes Municípios*. Cf. *ibid.*, p. 4.

<sup>41</sup> Cf. *ibid.*, p. 5.

#### “PROGRAMA PRIMEIRO EMPREGO

Fiscalizações de acompanhamento das ações de qualificação profissional e de auxílio financeiro aos jovens, a partir da verificação dos Consórcios Sociais da Juventude e Juventude Cidadã, no montante total de R\$ 72,3 milhões.

[...]

#### PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA

“Trabalhos realizados em cerca de 200 municípios com o objetivo de verificar as atividades desenvolvidas pelos profissionais de saúde; as condições das unidades básicas de saúde; e qualidade dos atendimentos realizados.”<sup>42</sup>

Em quarto lugar, a CGU também tem se empenhado em *auditorias anuais sobre tomadas e prestações de contas*, que fazem parte de um esforço – segundo a própria CGU – “...de acompanhamento sistemático dos programas de governo e da atuação dos órgãos responsáveis [da esfera federal]”.<sup>43</sup> Algumas auditorias executadas no ano de 2008 são listadas no relatório, entre as quais podem ser destacadas, aqui, algumas relacionadas ao controle do fomento federal a entidades privadas sem fins lucrativos:

#### “CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Análise sobre a atuação da unidade na formulação de políticas sobre a concessão e renovação dos Certificados de Entidades Beneficentes de Assistência Social (Cebas), emitidos no período de 2000 a 2008. Principais constatações: falhas na instrução dos processos; falhas relacionadas à adequação de demonstrativos contábeis e requisitos legais.

[...]

#### UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)

Auditoria realizada por solicitação da reitoria da UnB, para apurar supostas irregularidades na gestão dos recursos da Fundação Universidade de Brasília e no relacionamento com as fundações de apoio, compreendendo o período de 1996-2008. Principais constatações: manutenção de folha de pagamento paralela; prestadores de serviço contratados sem processo seletivo ou sem contrato formal, inclusive com quantidade significativa de parentes de servidores da entidade; sobrepreço e superfaturamento na contratação de obras; existência de obras inacabadas; irregularidades no relacionamento com fundações de apoio; utilização das fundações para fuga ao procedimento licitatório e atendimento a interesses privados; pagamentos por serviços não prestados.”<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 1. Relatório disponível em <http://www.cgu.gov.br> (acesso em 30.6.2009), p. 6.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 7-9.

O quinto tipo de atividade na qual a CGU tem se engajado consiste nas *fiscalizações de recursos federais transferidos sobre os quais pairam suspeições de desvios*. Consoante esclarece o relatório, “não se trata do trabalho regular de fiscalização e auditoria, tampouco do acompanhamento feito por sorteio. Neste caso, a seleção é realizada de acordo com informações previamente coletadas pela fiscalização regular, em que se identifique um padrão de irregularidades, ou por escolha compartilhada com outros órgãos de defesa do Estado, tais como a Polícia Federal ou o Ministério Público. Muitas dessas ações deram origem a operações especiais em conjunto com a Polícia Federal...”<sup>45</sup>

Finalmente, a CGU tem efetuado *ações de controle a partir de denúncias fundamentadas de cidadãos ou da imprensa*. O relatório aponta que, em 2008, um total de 3.762 denúncias e representações foi recebido pela CGU. Desse total, 2.497 demandaram ação de controle específica por parte do órgão, “...objetivando identificar e apurar a procedência dos fatos apontados como irregulares na aplicação dos recursos públicos federais.”<sup>46</sup>

Note-se que, em quaisquer das hipóteses supra-mencionadas, a atuação de controle da CGU parece realizar-se, de regra, posteriormente à transferência de recursos federais a terceiros, sendo excepcionais as hipóteses em que o controle é concomitante à transferência e mais raras ainda as hipóteses de controle preventivo. Entretanto, isto não significa que o órgão não venha se empenhado em ampliar a sua atuação no controle preventivo. O relatório dá conta de que tem feito parte de um maior “...foco na ampliação do controle preventivo...” pela CGU, ao menos, duas iniciativas. Uma é a “realização de cursos, seminários, fóruns e reuniões de discussão com os gestores federais em diversos níveis, sobre temas inerentes à gestão pública...”, com destaque, no que interessa ao presente estudo, para o tema das “transferências de recursos públicos mediante ‘Convênios’ e ‘Contratos de Repasse’, destacando a implantação de sistema informatizado de registro, acompanhamento e controle da execução

---

<sup>45</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 9. Vale o registro de que o conceito de instituições ou “órgãos de defesa do Estado” perpassa o relatório da CGU noutras ocasiões. Na página 3 fala-se, por exemplo, em esforços do governo federal para o enfrentamento da corrupção “...empreendidos pelas instituições de defesa do Estado (CGU, Polícia Federal, Ministério Público, Advocacia-Geral da União, entre outras).

<sup>46</sup> Cf. *ibid.*, p. 9.

dessas transferências no âmbito de toda a Administração Pública (federal, estadual e municipal)”.<sup>47</sup> Outra iniciativa é a “implementação do Observatório da Despesa Pública (ODP), projeto promissor, que utiliza as ferramentas mais avançadas de tecnologia da informação para análise e acompanhamento da despesa pública.”<sup>48</sup>

Além dessas duas iniciativas de controle preventivo, outras duas medidas adotadas pela CGU – estas com base na sua já referida competência legal de incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal –<sup>49</sup> foram a implantação do Portal da Transparência ([www.portaldatransparencia.gov.br](http://www.portaldatransparencia.gov.br)) e, ainda, das Páginas de Transparência Pública na Internet (a respeito, v. [www.transparenciapublica.gov.br](http://www.transparenciapublica.gov.br)). Ambas são iniciativas previstas no Decreto 5.542, de 30.6.2005.<sup>50</sup>

De acordo com esta regulamentação, o Portal da Transferência tem por finalidade “...veicular dados e informações detalhados sobre a execução orçamentária e financeira da União”,<sup>51</sup> inclusive, no que mais interessa ao presente estudo, informações sobre “operações de descentralização de recursos orçamentários em favor de pessoas naturais ou de organizações não-governamentais de qualquer natureza.”<sup>52</sup> A gestão do Portal da Transparência compete à CGU,<sup>53</sup> devendo os órgãos e entidades da administração pública federal fornecer-lhe informações para divulgação no Portal até o décimo-quinto dia do mês

---

<sup>47</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 10. Veja-se, portanto, a preocupação especial da CGU com o tema do controle de possíveis irregularidades nas transferências de recursos públicos federais via convênios e contratos de repasse – instrumentos tipicamente empregados para a transferência de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos.

<sup>48</sup> Cf. *ibid.*, p. 10. Sobre este projeto, o relatório esclarece: “Lançado em dezembro de 2008, o ODP simula uma ‘malha fina’, concebida para identificar situações que possam constituir irregularidades, a fim de evitar que elas ocorram. Tais instrumentos já foram utilizados na análise de gastos realizados por meio de Suprimento de Fundos, para identificação de situações atípicas e de irregularidades potenciais no uso do CPGF, bem como no apoio aos trabalhos da CPMI relativa ao tema. O ODP está sendo utilizado, também, para análise da base de dados do Comprasnet o sistema de compras do Governo Federal, de forma a verificar tipologias de irregularidades potenciais e produzir estatísticas e relatórios gerenciais sobre as compras efetuadas pela Administração Federal.” *Ibid.*, pp. 10-11.

<sup>49</sup> Nos termos do art. 17, *caput*, da Lei 10.683/2003 (com a redação dada pela Lei 11.204, de 2005).

<sup>50</sup> Referido decreto “dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da Rede Mundial de Computadores – Internet”.

<sup>51</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 1º., *caput*.

<sup>52</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 1º., III.

<sup>53</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 1º., § 1º.

subseqüente ao da execução orçamentária.<sup>54</sup> A verificação do cumprimento destas exigências fica a cargo dos órgãos do próprio Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.<sup>55</sup> Segundo o relatório da CGU, o Portal, lançado em 2004, passou por aprimoramentos em 2008, como a introdução de novos instrumentos de busca de informações e facilitação de sua análise, entre os quais a possibilidade de consulta aos *gastos ou transferências feitos em favor de entidades sem fins lucrativos* desde o ano de 2004.<sup>56</sup>

Consultando-se o Portal da Transparência, de fato, encontram-se informações sobre: *i*) o montante de recursos destinado pelo governo federal, a cada exercício financeiro, a título de “transferências de recursos”; *ii*) desse total, o montante de recursos especificamente destinado a “entidades sem fins lucrativos”; e *iii*) a lista completa dos favorecidos, contendo “CNPJ”, “razão social (nome fantasia)” e “total de recursos (em Reais)” recebido por cada entidade favorecida no ano. A **tabela abaixo**<sup>57</sup> reúne alguns dados extraídos do portal:

**Tabela 5.1 – Valor total, em Reais, das transferências feitas pelo governo federal a entidades sem fins lucrativos, por ano**

Ano	Transferências feitas pelo Governo Federal	Total (R\$)
2008	Transferências de recursos	203.763.498.905,61
	Transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos	3.452.959.149,01
2007	Transferências de recursos	165.033.866.052,71
	Transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos	3.338.964.540,86
2006	Transferências de recursos	144.816.609.505,56
	Transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos	2.885.399.226,56
2005	Transferências de recursos	120.484.262.240,41
	Transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos	2.483.893.844,79
2004	Transferências de recursos	105.818.249.263,80
	Transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos	1.923.784.323,61

Uma observação necessária é a de que não está claro, no Portal da Transparência, se, efetivamente, os dados referentes a *todas* as transferências de recursos federais a entidades sem fins lucrativos estão ali disponibilizados. Em esclarecimento acerca da origem dos dados

<sup>54</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 1º, § 2º.

<sup>55</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 5º.

<sup>56</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 13.

<sup>57</sup> Tabela construída a partir de dados extraídos do Portal da Transparência (<http://www.portaldatransparencia.gov.br>), acesso em 1º.07.2009.

ali disponibilizados, afirma-se que “[o]s dados divulgados no Portal da Transparência são de responsabilidade dos ministérios, por serem eles os órgãos executores dos programas de governo [que envolvem transferências]. A CGU, por sua vez, reúne e disponibiliza as informações sobre a aplicação desses recursos federais no Portal da Transparência.”<sup>58</sup> Prossegue-se, então, apontando que os dados que alimentam o Portal mensalmente provêm de órgãos ligados a cada ministério, mas, aparentemente, nem todos os ministérios potencialmente envolvidos em transferências a entidades sem fins lucrativos figuram como provedores de informações.<sup>59</sup> Portanto, não é seguro afirmar que ali constam informações sobre o *total* das transferências, mas, seja como for, é nessa direção que se há de caminhar, dado que os órgãos e entidades da administração federal têm, consoante estampado no Decreto 5.482/2005, o *dever* de encaminhar estas informações à CGU.

Outra observação relevante é a de que a categoria de favorecidos “entidades sem fins lucrativos”, adotada como forma de organização das informações disponibilizadas no Portal, é muito mais abrangente do que uma categoria mais específica que envolvesse apenas as *entidades do terceiro setor*, tal qual conceituadas nesta tese.<sup>60</sup>

De qualquer sorte, é inequívoco o avanço representado pela disponibilização de dados feita no Portal da Transparência, que ilumina bastante a execução orçamentária brasileira no que tange, entre outros aspectos, às despesas federais com o terceiro setor (podendo-se cogitar, inclusive, do seu aprimoramento com alguma ferramenta de busca mais voltada às transferências de recursos ao terceiro setor, dentro do universo das transferências a entidades sem fins lucrativos). Registre-se, inclusive, que – como ressaltado no relatório da CGU e no próprio Portal da Transparência – ele já alcançou reconhecimento até mesmo em âmbito internacional. Em 2008, por ocasião da segunda Reunião dos Estados Parte da Convenção da

---

<sup>58</sup> Cf. informações sobre “Origem dos Dados” disponibilizadas no Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>), acesso em 1º.7.2009.

<sup>59</sup> Esclarece-se, neste sentido, que “[o]s dados que alimentam o Portal são oriundos do Fundo Nacional de Saúde (quando o tema é relativo ao Ministério da Saúde), da Caixa Econômica Federal (quando o assunto refere-se ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome ou ao Ministério do Desenvolvimento Agrário), da Secretaria do Tesouro Nacional (quando o tema é sobre o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Siafi) e do Banco do Brasil (quando os dados referem-se aos Cartões de Pagamento do Governo Federal).” Cf. informações sobre “Origem dos Dados” disponibilizadas no Portal da Transparência (<http://www.portaldatransparencia.gov.br>), acesso em 1º.7.2009.

<sup>60</sup> Sobre o conceito de terceiro setor, cf. **capítulo 1**.

ONU contra a Corrupção (de que o Brasil é signatário), realizada em Bali, na Indonésia, o Portal sagrou-se vencedor de “Prêmio da ONU”, na categoria “Finanças e Administração Pública”, tendo sido reconhecido como uma das melhores iniciativas, em todo o mundo, na área de prevenção da corrupção.<sup>61</sup>

Já as Páginas da Transparência Pública ([www.transparenciapublica.gov.br](http://www.transparenciapublica.gov.br)), que existem em paralelo ao Portal da Transparência, além de terem sido previstas no Decreto 5.482/2005 tiveram a sua regulamentação desenvolvida pela Portaria Interministerial 140, de 16.3.2006, editada em conjunto pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência e pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.<sup>62</sup> São páginas que devem ficar acessíveis, necessariamente, por meio de atalho inserido na página inicial dos sítios de órgãos e entidades federais na Internet,<sup>63</sup> apresentando informações relativas à execução orçamentária e financeira desses órgãos e entidades (estes, aliás, têm o dever de manter as respectivas Páginas de Transparência Pública).<sup>64</sup> Seu conteúdo mínimo deve compreender informações sobre a execução orçamentária e financeira, licitações, contratos, convênios e despesas com passagens e diárias dos órgãos e entidades da administração pública federal.<sup>65</sup> Em matéria de convênios e instrumentos congêneres, a própria regulamentação federal exige que seja apresentado um rol específico de informações.<sup>66</sup> Tal conjunto de informações deve ser extraído do SIAFI.<sup>67</sup> De acordo com o relatório da CGU, “até dezembro de 2008, 385 órgãos e entidades do Governo Federal haviam disponibilizado as Páginas de Transparência em seus sítios na Internet.”<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, pp. 14 e 20.

<sup>62</sup> Referida portaria “disciplina a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio da rede mundial de computadores – *internet*, e dá outras providências.”

<sup>63</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 3º.

<sup>64</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 2º., *caput*.

<sup>65</sup> Cf. Decreto 5.482/2005, art. 2º. c/c Portaria Interministerial 140/2006, art. 7º.

<sup>66</sup> Trata-se, nos termos do art. 13, incisos I a XI, da Portaria Interministerial 140/2006, do seguinte rol de informações: *i*) órgão superior; *ii*) órgão subordinado ou entidade vinculada; *iii*) unidade gestora; *iv*) nome do conveniado; *v*) número do convênio; *vi*) número do processo; *vii*) objeto; *viii*) valor de repasse; *ix*) valor da contrapartida do conveniado; *x*) valor total dos recursos; e *xi*) período de vigência.

<sup>67</sup> Cf. Portaria Interministerial 140/2006, art. 14, parágrafo único.

<sup>68</sup> Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 14.

## 2. Síntese

De todo o exposto **neste capítulo** merecem destaque, em resumo, algumas constatações. A primeira é a de que as normas que regem o sistema de controle interno da administração federal sofreram alterações importantes em 2003, ocasião em que a própria estrutura ou organização administrativa do sistema foi remodelada (com a criação da própria CGU pela Lei 10.683/2003). Tem-se a impressão de que esta remodelação exigiu algum período de adaptação, de modo que o novo sistema vem se tornando mais eficiente apenas paulatinamente, de acordo com a auto-avaliação do próprio relatório da CGU sobre suas ações em 2008.<sup>69</sup>

Nota-se ainda que alguma focalização da atuação do sistema no controle do fomento federal em favor do terceiro setor tem ocorrido. Prova disso são algumas iniciativas de acompanhamento da execução de programas de governo que tocam a este fomento, como a análise, feita em 2008, da atuação do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) na outorga de Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) durante o período de 2000 a 2008, ou, ainda, a realização de cursos e seminários para a discussão entre gestores federais do tema das transferências de recursos mediante convênios e contratos de repasse, que são, como dito, os instrumentos contratuais tipicamente utilizados para a operacionalização e controle dos repasses em favor de entidades do terceiro setor. Contudo, o foco nesta temática do fomento ao terceiro setor poderia ser ainda maior. Uma possibilidade seria a de que a focalização temática do *programa de fiscalização por sorteios*, que em 2008 dirigiu-se ao acompanhamento e à fiscalização das ações do PAC, fosse dirigida ao tema das transferências de recursos federais a entidades privadas sem fins lucrativos.

Fica claro, ainda, que inexistente fiscalização e auditoria, por parte da CGU, de todo e qualquer programa de governo que envolva transferências de recursos federais para entidades

---

<sup>69</sup> Neste sentido, o relatório alerta já na sua apresentação: “Desde que foi criada, em 2003, a CGU vem aperfeiçoando sua estrutura regimental e aprimorando os processos de trabalho, a fim de cumprir sua missão institucional com crescente eficiência.” Cf. BRASIL, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*, p. 1.

privadas sem fins lucrativos, ou, muito menos, de toda e qualquer específica transferência de recursos federais a entidades do gênero; na realidade, o trabalho da CGU desenvolve-se seja por sorteios (nos Pequenos e Médios Municípios e, mais recentemente, nos Estados), seja continuamente (neste caso, apenas nas capitais e Grandes Municípios), seja mediante seleção de alguns programas de governo (para serem objeto de avaliação ou de auditoria), seja mediante seleção de alguns casos sobre os quais pairam suspeições de desvios, seja, finalmente, mediante processamento de denúncias e representações que lhe tenham sido encaminhadas.

Em quarto lugar, também fica claro que a CGU tem sido protagonista de iniciativas importantes no sentido de conferir ampla transparência à execução orçamentária federal, inclusive aquela que envolve transferências de recursos federais a entidades privadas sem fins lucrativos. É o que evidenciam a implantação e aprimoramento do Portal da Transparência e das Páginas de Transparência da administração pública federal. São iniciativas auspiciosas na medida em que disponibilizam para consulta de qualquer cidadão dados que, antes, ou não existiam reunidos e consolidados ou se encontravam sob o acesso restrito do governo, como é o caso dos dados do SIAFI na matéria em questão. Vale, todavia, sugerir o aprimoramento do Portal no sentido de que viabilize a busca de informações sobre as transferências de recursos federais realizadas, a cada exercício, não apenas a “entidades sem fins lucrativos”, mas também segundo categorias de entidades do gênero (eventualmente, segundo as respectivas credenciais de OSCIP, Utilidade Pública Federal, etc.).

## **Conclusão**

A ilustração apresentada **neste capítulo** acerca do regime jurídico do “Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal” – chamado simplesmente **Regime do Controle Interno** para os fins desta tese –, bem como do funcionamento de seu órgão central – a CGU – no ano de 2008, parece suficiente para evidenciar duas coisas. De um lado, a ilustração mostra que tem havido alguma preocupação com as transferências de recursos públicos para entidades privadas sem fins lucrativos por parte da CGU. De outro, sugere que este último órgão

contribuiu, em especial, para conferir maior transparência à execução orçamentária do governo federal, inclusive no que tange às transferências de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos.

A atuação da CGU, assim, caminha no sentido de suprir aquela falta, apontada no **capítulo inicial** desta tese, de informações consolidadas sobre a política de fomento estatal em prol do setor privado sem fins lucrativos. Como se verá no **capítulo seguinte**, outro papel relevante desempenhado pela CGU tem sido o de, junto ao TCU, auxiliar as CPIs do Congresso Nacional, que investigam fatos relacionados à transferência de recursos públicos para o terceiro setor, a desenvolverem suas investigações.

## **CAPÍTULO 6**

### **REGIME DO CONTROLE EXTERNO**

Introdução. **1.** Visão geral: objetivos, ferramentas e estrutura. **2.** O controle na prática. **2.1.** As “CPIs das ONGs”. **2.2.** A jurisprudência do TCU em matéria de transferências. **a)** Transferências a Entidades Conveniadas. **b)** Transferências às OSCIP. **c)** Transferências intergovernamentais. **d)** Transferências a ONGs. **e)** Transferências em geral. **3.** Síntese. **3.1.** Publicidade às transferências. **3.2.** Influência na produção normativa sobre processo de seleção de entidades parceiras. **3.3.** Influência na produção normativa sobre seleção de fornecedores. **3.4.** Aperfeiçoamento do controle estatal. **3.5.** Auditorias focalizadas em transferências a ONGs. Conclusão.

#### **Introdução**

O sistema de controle externo da administração pública e, em particular – no que interessa ao presente estudo –, de controle externo da aplicação de recursos públicos pelo terceiro setor, é regido pela Constituição Federal (artigos 70, 71 e 72, sobretudo), pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.433/92), pelo Decreto 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial 127/2008. No exercício deste controle, os órgãos que têm se destacado são o próprio TCU e, no âmbito do Congresso Nacional, as CPIs.

Examinando este contexto normativo, o **presente capítulo** dá uma notícia acerca dos objetivos, ferramentas e estrutura do TCU e das CPIs, à luz do ordenamento jurídico vigente, para, em seguida, apresentar aspectos da atuação recente desses órgãos no controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor.

#### **1. Visão geral: objetivos, ferramentas e estrutura**

As finalidades do sistema de controle externo da administração pública são as mesmas

do sistema de controle interno. Estão estampadas no art. 70, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal, consistindo em *assegurar a legalidade, a legitimidade e a economicidade da gestão de dinheiros, bens e valores públicos, inclusive na aplicação de subvenções e renúncias de receitas, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial desta gestão*. No caso do TCU, tais finalidades são reproduzidas na respectiva lei orgânica.<sup>1</sup> No caso do Congresso Nacional, a tais finalidades alinha-se a sua ampla competência de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”;<sup>2</sup> também está em sintonia com as finalidades do controle externo a sua competência mais específica de “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”.<sup>3</sup>

Desse conjunto de finalidades que norteiam o sistema de controle externo, cabe recortar, em especial, a de assegurar a legalidade, legitimidade e economicidade da aplicação de subvenções concedidas a entidades do terceiro setor.<sup>4</sup>

Para a persecução dessa finalidade, o sistema de controle externo é constituído pelo Congresso Nacional e o TCU, atuando, este último, como órgão de auxílio daquele.<sup>5</sup> As comissões parlamentares constituem a principal forma de organização de Congresso Nacional para o desempenho de suas atribuições na matéria. Podem ser destacadas, no controle das subvenções ao terceiro setor, a atuação da Comissão Mista Permanente, de senadores e deputados,<sup>6</sup> à qual compete exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária da

---

<sup>1</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 1º., § 1º.: “(...) § 1º. No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas dele decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.”

<sup>2</sup> Cf. Constituição Federal, art. 49, X.

<sup>3</sup> Cf. Constituição Federal, art. 49, IX.

<sup>4</sup> Referindo-se à prestação de contas da aplicação de auxílios e subvenções, Antonio Roque CITADINI observa que “...caberá ao órgão de controle examinar se os valores concedidos tiveram a exata destinação pactuada e concluir pela correta, ou não, aplicação dos recursos recebidos.” *O controle externo da administração pública*, p. 47.

<sup>5</sup> Cf. Constituição Federal, art. 71, *caput*. Este auxílio deve manifestar-se por diversas maneiras, algumas das quais já previstas no Texto Constitucional; por exemplo, cumpre ao TCU, nos termos do art. 71, § 4º., da Constituição, encaminhar ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

<sup>6</sup> Cf. Constituição Federal, art. 166, § 1º. e Resolução 1/2006 do Congresso Nacional.

União,<sup>7</sup> e a instauração de comissões parlamentares de inquérito (CPIs), sobre as quais se falará adiante.<sup>8</sup> Já o TCU, integrado por nove ministros,<sup>9</sup> tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional. Junto ao TCU atuam *três auditores*, nomeados pelo presidente da República, dentre cidadãos que satisfaçam os requisitos exigidos para o cargo de ministro do TCU,<sup>10</sup> os quais, nas hipóteses previstas em lei – ausências, impedimentos, impossibilidade de comparecer à sessão e vacância –, podem ser convocados para substituir ministros nas deliberações do tribunal.<sup>11</sup> Quando não convocados para substituir ministros, presidem à instrução dos processos que lhes forem distribuídos, relatando-os com proposta de decisão a ser votada pelos integrantes do Plenário ou da Câmara para a qual estiverem designados.<sup>12</sup> Também atua junto ao TCU o *Ministério Público Junto ao Tribunal*, que conta com um Procurador-geral, três Subprocuradores-gerais e quatro Procuradores,<sup>13</sup> cumprindo-lhe, entre outras atribuições, a de guarda da lei e fiscal de sua execução.<sup>14</sup> O TCU conta ainda com a *Secretaria do Tribunal*, voltada a atender às atividades de apoio técnico e administrativo necessárias ao exercício de suas competências.<sup>15</sup> A lei permite que ela se desdobre em unidades técnicas nos Estados federados,<sup>16</sup> desempenhando os seus servidores tarefas fundamentais ao cumprimento das funções de auditoria, inspeção e diligência do tribunal.<sup>17</sup>

Quanto às ferramentas de que dispõem o Congresso Nacional e o TCU para o controle das subvenções a entidades privadas sem fins lucrativas, vale uma rápida referência às principais.

---

<sup>7</sup> Cf. Constituição Federal, art. 166, § 1º, II.

<sup>8</sup> Cf. Constituição Federal, art. 58, § 3º.

<sup>9</sup> Sobre os requisitos para que o cidadão possa ser nomeado ministro do TCU, cf. Constituição Federal, art. 73, § 1º, I a IV; e Lei 8.443/92, art. 71, I a IV. Sobre a escolha dos integrantes do TCU, vale referir que um terço é escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (cf. Constituição Federal, art. 73, *caput*; e Lei 8.443/92, art. 62), devendo, deste terço, dois serem escolhidos dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo critérios de antiguidade e merecimento (cf. Constituição Federal, art. 73, § 2º, I; e Lei 8.443/92, art. 72, I). Os outros dois terços são escolhidos pelo Congresso Nacional (cf. Constituição Federal, art. 73, § 2º, II; e Lei 8.443/92, art. 72, II).

<sup>10</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 77.

<sup>11</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 63, *caput* e §§ 1º e 2º.

<sup>12</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 78, parágrafo único.

<sup>13</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 80, *caput*.

<sup>14</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 81, *caput*.

<sup>15</sup> Cf. Lei 8.443/92, arts. 65 e 85, *caput*.

<sup>16</sup> Cf. Lei 8.443/92, art. 85, § 2º.

<sup>17</sup> Cf. Lei 8.443/92, arts. 86 e 87.

No caso do Congresso, a principal delas, cuja utilização no Brasil cresceu de maneira bastante significativa ao longo da década de 1990, tem sido a instauração de comissões parlamentares de inquérito (CPI). Trata-se de uma das espécies de comissões temporárias que as Casas Legislativas podem estabelecer, em separado ou reunidas no Congresso Nacional, para a apuração de fato determinado, por prazo certo.<sup>18</sup> Uma das razões pelas quais são consideradas poderosos instrumentos de controle das atividades da administração pública reside na circunstância de que podem ser criadas mediante iniciativa da minoria parlamentar – com efeito, mediante requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, em conjunto ou separadamente.<sup>19</sup> A oposição parlamentar ao governo, assim, ainda que minoritária, pode encontrar na CPI um valioso instrumento de fiscalização da administração governista. Outra razão pela qual a CPI é poderoso instrumento de controle da administração do Estado reside na circunstância de que, nos termos da Constituição,<sup>20</sup> detém ela “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas.” A interpretação acerca de quais sejam, exatamente, esses poderes constitui um dos temas mais salientes da jurisprudência do STF nos últimos quinze anos (de meados da década de 1990 até os dias de hoje). Tal jurisprudência estabeleceu-se paulatinamente a partir de casos concretos envolvendo a invocação de direitos e garantias fundamentais, perante o STF, por pessoas convocadas a depor em CPIs; o direito das CPIs nasce no Brasil, assim, deste arbitramento, exercido notadamente pelo STF, do conflito entre autoridade e liberdade no ambiente parlamentar. É antes um direito jurisprudencial do que legislado. Mas já está comprovado, pela experiência vivida, que os poderes em pauta são significativos, vez que aliam instrumentos de investigação da magistratura à arte da política. Noutras palavras, os instrumentais da magistratura e da política se unem nas mãos dos parlamentares integrantes da CPI, dando a esse órgão uma força política e jurídica extraordinária.

Por significativos que sejam os poderes de investigação das CPIs, faz-se necessário sempre lembrar das suas finalidades constitucionalmente previstas, que residem, justamente,

---

<sup>18</sup> Cf. Constituição Federal, art. 58, § 3º.

<sup>19</sup> Cf. Constituição Federal, art. 58, § 3º.

<sup>20</sup> Cf. Constituição Federal, art. 58, § 3º.

na apuração de fato determinado e por prazo certo – não na direta punição dos responsáveis. Por isso a Constituição prevê que as “...suas conclusões, se for o caso...”, devem ser “...encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.<sup>21</sup>

Houve pelo menos duas CPIs instauradas, nos últimos dez anos, cujo foco esteve direta e estreitamente relacionado à investigação de transferências de recursos públicos para entidades privadas sem fins lucrativos. Ambas ficaram conhecidas como “CPIs das ONGs”. Este é, na realidade, o apelido que receberam na mídia, sendo necessário atentar-se – como sempre, em matéria de CPIs – para a circunstância de que muito mais do que um amplo “tema”, como o das ONGs, cada qual esteve voltada, ou ao menos deveria ter se voltado, à apuração de *atos determinados* relativamente às ONGs. Com efeito, pelo prisma da Constituição, a exigência de “fato determinado” como objeto de investigação de CPI seria pouco eficaz caso pudesse ser reduzida a uma mera exigência de investigação de “tema” genericamente propalado. Todavia, ao que parece, é a segunda hipótese a que mais ocorre; CPIs são instauradas e dificilmente se consegue antever o rumo que tomarão as suas investigações, dada a imprecisão de seu objeto. A incerteza quanto aos rumos de uma CPI freqüentemente ocasiona, aliás, por parte da base parlamentar governista e geralmente majoritária, quando temerosa de certa investigação, a colocação em prática de grandes mobilizações estratégicas, seja para impedir a criação de uma CPI avaliada como hostil (são as chamadas “operações-abafa”), seja para, quando inevitável a sua criação, precisar-lhe o objeto de sorte a enquadrar melhor os seus rumos, seja, finalmente, para tomar-lhe os postos-chave (são as chamadas operações de “blindagem” do governo), a fim de efetivamente ditar-lhe os rumos por trilhas avaliadas como menos inconvenientes à administração da ocasião.

Já o TCU, no cumprimento de sua função de fiscalização das subvenções a entidades do terceiro setor, tem duas ferramentas à sua disposição, que são, em essência, a fiscalização e o julgamento de contas. Como ele pode utilizá-las?

---

<sup>21</sup> Cf. Constituição Federal, art. 58, § 3º, *in fine*.

Veja-se, inicialmente, que a entidade do terceiro setor há de prestar contas da aplicação de subvenção recebida diretamente ao órgão ou entidade da administração pública que lhe tenha repassado os recursos<sup>22</sup> – não ao TCU. Quem deve prestar contas sistemática e anualmente ao tribunal são os órgãos e entidades estatais.

Todavia, as atribuições de controle do TCU alcançam, sim, as aplicações de subvenções pelas entidades do terceiro setor. Primeiro, por ocasião do julgamento anual das contas do órgão ou entidade que tenha repassado recursos a entidades do setor.<sup>23</sup> Segundo, a título de fiscalização de determinado contrato de parceria celebrado entre a Poder Público e a entidade do terceiro setor. O TCU pode, inclusive, realizar inspeções e auditorias neste sentido.<sup>24</sup> Pode, ainda, estipular a realização de auditoria focalizada na execução de uma pluralidade de contratos de parceria (em vez de apenas um só). E pode, finalmente, realizar auditoria de programa de governo cuja execução envolva, justamente, contratos de parceria (e, bem assim, subvenções) com entidades do terceiro setor.

---

<sup>22</sup> Antonio Roque CITADINI esclarece que assim ocorre, em matéria de controle de auxílios e subvenções, na maioria dos países; veja-se: “Este tipo de despesa [com auxílios e subvenções] da Administração ocorre praticamente em todos os países, sendo mais comum a fiscalização efetuada perante o próprio órgão do Executivo, encarregado de conceder o auxílio ou subvenção e receber as comprovações da aplicação dos valores recebidos. Esta situação ocorre na maioria dos países, como por exemplo, Portugal, Espanha e França. No Brasil o quadro se repete nos Estados e, em São Paulo, existe um órgão estadual próprio para conceder auxílios e subvenções bem como verificar sua aplicação.” *O controle externo da administração pública*, p. 48, nota de rodapé 55.

<sup>23</sup> O julgamento das contas deve ser feito pelo tribunal até o término do exercício seguinte àquele em que estas lhe tiverem sido apresentadas (*cf.* Lei 8.443/92, art. 14). Ao julgar as contas, o TCU decide se estão regulares, regulares com ressalva, ou irregulares (*cf.* Lei 8.443/92, art. 15). Ao julgá-las regulares, o tribunal dá “quitação plena” ao responsável (*cf.* art. 17 *c/c* art. 23, I). Ao julgá-las regulares com ressalvas, dá-lhe simplesmente “quitação” (*cf.* art. 18 *c/c* art. 23, II) e lhe determina “...a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes” (*cf.* art. 18 *c/c* art. 23, II). Ao julgá-las irregulares, fixa a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular ou do terceiro que de qualquer modo tenha concorrido para o dano apurado (*cf.* art. 16, § 2º., alíneas *a* e *b*) e, em existindo débito, condena o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe multa punitiva prevista na lei, tendo o instrumento da decisão força de título executivo que fundamenta a respectiva a ação de execução (*cf.* art. 19, *caput*). A lei é enfática ao estabelecer que a decisão do TCU de que resulte imputação de débito ou cominação de multa torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, consoante se pode observar a partir do disposto em seus arts. 23, III, alínea *b* e 24.

<sup>24</sup> Este poder de realizar auditorias e inspeções recai, nos termos da Constituição, sobre as contas de todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, assim como recai sobre todo aquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (*cf.* art. 71, II e IV), de tal sorte que quaisquer entidades do terceiro setor que se encontrem nalguma dessas circunstâncias acabam sujeitas a tais inspeções ou auditorias.

O que ocorre caso, na fiscalização ou julgamento de contas, o TCU verifique alguma irregularidade? Cumpre-lhe instaurar o chamado *processo de tomada de contas especial* (mencionado, nalgumas ocasiões, no **capítulo 3**). Trata-se de um processo administrativo destinado à apuração de fatos relacionados a qualquer tipo de irregularidade na gestão de dinheiros, bens e valores públicos, bem como à identificação dos responsáveis e à quantificação do dano causado ao erário, com vistas ao seu imediato ressarcimento.<sup>25</sup> Normalmente é competente para tomar as providências necessárias à sua instauração a autoridade do órgão ou entidade titular dos recursos.<sup>26</sup> No caso de omissão desta autoridade, deve ser instaurada por determinação dos órgãos de controle interno ou do TCU.<sup>27</sup> Em qualquer hipótese, a tomada de contas especial deve ser sempre encaminhada ao TCU, a quem compete decidi-la.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> A Portaria Interministerial 127/2008 o define como “...processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento” (art. 63, *caput*). Na mesma linha, a Lei 8.443/92 refere-se à “...instauração de tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano” (art. 8º., *caput*).

<sup>26</sup> A Lei 8.443/92 atribui o dever de imediata adoção das providências necessárias à instauração de tomada de contas especial, nas hipóteses que especifica, à “...autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária...” (art. 8º.). Faz alusão à sua instauração pela “...autoridade administrativa competente...” ainda em outras passagens (art. 50, III). Já a Portaria Interministerial 127/2008, nalgumas passagens, cinge-se a referir a expressão “autoridade competente” para a instauração de tomada de contas especial (*cf.* arts. 60, § 2º.; 63, § 2º.). Noutra passagem se reporta ao fato de que o Poder Público, na figura do conveniente ou contratado, comunicará o fato da inadimplência no SICONV “...ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial sob aquele argumento...” (art. 56, § 2º.). É somente no art. 61, parágrafo único, que ela expressamente prevê que a instauração de tomada de contas especial será “...providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.”

<sup>27</sup> *Cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 63, § 2º. Na mesma toada, a Lei 8.443/93 prevê que, caso a autoridade administrativa competente não tomar as providências necessárias à instauração de tomada de contas especial, o TCU determinará a sua instauração, fixando prazo para cumprimento dessa decisão (*cf.* art. 8º., § 1º.). Ademais, mesmo se não estiver propriamente configurada qualquer omissão da autoridade titular dos recursos, o próprio TCU deve, quando do exercício de sua função de fiscalização dos atos e contratos praticados pelos administradores ou responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, na hipótese de vir a constatar a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, ordenar ele próprio, desde logo, a conversão do processo de fiscalização em tomada de contas especial (*cf.* art. 47, *caput*). Excepcionalmente, o tribunal não deverá promover a conversão do processo se o custo da cobrança for superior ao valor do ressarcimento, hipótese em que poderá determinar o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação (*cf.* art. 47, *caput*, *in fine c/c* art. 93).

<sup>28</sup> Uma vez instaurada, há duas hipóteses de prosseguimento: *i*) ela é anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto (*cf.* Lei 8.443/92, art. 8º., § 3º.) ou *ii*) ela é desde logo encaminhada ao TCU para julgamento (*cf.* art. 8º., § 2º.). Será encaminhada ao TCU, desde logo, apenas quando o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada em cada ano civil, na forma do regimento interno do tribunal (*cf.* art. 8º., § 2º.).

Quando em pauta algum ajuste entre o Poder Público e entidade do terceiro setor, o dever de instauração de processo de tomada de contas especial pode nascer durante a sua vigência, ou, então, após o término da vigência do pactuado. Nascerá durante a vigência do acordo quando medidas saneadoras determinadas pelo Poder Público, no exercício de suas funções de acompanhamento e fiscalização de sua execução, não tiverem sido atendidas.<sup>29</sup> Após o término da vigência do acordo, incidirá quando a prestação de contas não tiver sido aprovada,<sup>30</sup> não tiver sido encaminhada no prazo assinalado<sup>31</sup> ou, então, quando tiver havido denúncia ou rescisão do ajuste e dela resultado dano ao erário.<sup>32</sup> Assim, a instauração do processo de tomada de contas especial resultará sempre de algum tipo de inadimplemento por parte da entidade subvencionada relativamente ao pactuado. E há de ser precedida de abertura de oportunidade para que ela forneça esclarecimentos, adote providências saneadoras ou, ainda, promova o ressarcimento do dano que tenha causado. Todavia, a regulamentação aplicável prevê que a verificação de qualquer circunstância que demande a instauração de

---

<sup>29</sup> As exigências do Poder Público podem consistir, num primeiro momento, no saneamento de irregularidades constatadas ou na apresentação de informações e esclarecimentos dentro de prazo para este fim assinalado. Até que sejam apresentadas as informações e esclarecimentos ou saneadas as irregularidades, o Poder Público já pode, desde logo, suspender a liberação dos recursos para a entidade do terceiro setor. Na hipótese de não apresentação de informações ou de não saneamento das irregularidades, poderá o Poder Público exigir da entidade do terceiro setor o ressarcimento do valor do dano causado. Finalmente, caso não haja o ressarcimento do valor do dano, o Poder Público deverá submeter a entidade à tomada de contas especial (*cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 55, §§ 1º. a 3º.).

<sup>30</sup> Caso a prestação de contas *tenha sido apresentada*, incumbe ao Poder Público registrar o seu recebimento no SICONV (*cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 58, parágrafo único) e analisá-la dentro do prazo máximo de noventa dias, contado da data do recebimento, com fundamento nos pareceres técnico e financeiro expedidos pelas áreas competentes (*cf.* art. 60, *caput*). Dentro desse prazo, o Poder Público deve decidir pela sua aprovação ou não; caso *não seja aprovada* e, ainda, sejam exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, a autoridade competente, sob pena de responsabilização solidária, deverá registrar o fato no SICONV e adotar as providências necessárias à instauração de tomada de contas especial (*cf.* art. 60, § 2º.). Os motivos que ensejam a não aprovação das contas prestadas e, assim, a instauração de tomada de contas especial, estão enumerados no art. 63, § 1º., II, alíneas *a* até *h*, da citada portaria.

<sup>31</sup> Este prazo é de no “máximo de trinta dias contados do término da vigência do convênio ou contrato ou do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior àquela do encerramento da vigência” (*cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, *caput*). Nestes casos, diante do não encaminhamento da prestação de contas dentro do prazo, o Poder Público deve, num primeiro momento, estabelecer novo prazo máximo de trinta dias para sua apresentação ou para a devolução dos recursos pela entidade do terceiro setor; se, ao término do prazo estabelecido, a entidade do terceiro setor não tiver apresentado a prestação de contas nem devolvido os recursos, o Poder Público deve, neste segundo momento, registrar a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e comunicar o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado o repasse, para fins de instauração de tomada de contas especial sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilidade solidária (*cf.* arts. 56, §§ 1º. e 2º. e 63, § 1º., I).

<sup>32</sup> *Cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 62, parágrafo único. Inclusive, se, após a denúncia ou rescisão, os saldos financeiros remanescentes não forem devolvidos ao Poder Público no prazo improrrogável de trinta dias do evento, deve a autoridade competente providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial (*cf.* art. 61, parágrafo único).

tomada de contas especial já constitui, por si só – isto é, antes mesmo da instauração em si –, motivo para a rescisão do convênio ou contrato de repasse correspondente pela administração pública.<sup>33</sup>

É de se notar que tanto a Constituição como a Lei 8.443/92, ao preverem a competência do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, o fizeram referindo, exclusivamente, os repasses destinados a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.<sup>34</sup> Nada disseram sobre os repasses a entidades privadas sem fins lucrativos. A omissão parece ser uma reminiscência de época em que convênios e instrumentos congêneres serviam apenas à disciplina de avenças intergovernamentais.<sup>35</sup> Mas a competência fiscalizadora do TCU alcança, inequivocamente, os repasses a entidades do terceiro setor. Isto porque, apesar dessa omissão, a própria Constituição põe a cargo do TCU a missão de julgar as contas de quaisquer administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (*cf.* art. 71, II), bem como de quaisquer pessoas que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (*cf.* art. 71, II, *in fine*); ademais, põe a cargo do TCU a missão de fiscalizar a gestão pública quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade, inclusive quando envolva subvenções (*cf.* art. 70, *caput*), além de prever que prestará contas qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (*cf.* art. 70, parágrafo único). Tudo isso coloca as entidades do terceiro setor que recebam transferências de recursos públicos mediante convênios e instrumentos congêneres celebrados com o Poder Público, inequivocamente, sob o alcance da competência fiscalizadora do TCU.

Enfim, apresentado esse panorama acerca das finalidades, estrutura e ferramentas do controle externo das transferências de recursos ao terceiro setor, vale examinar como este controle tem ocorrido na prática.

---

<sup>33</sup> *Cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 62, III.

<sup>34</sup> *Cf.* Constituição Federal, art. 71, VI. Confira-se, também, Lei 8.443/92, arts. 5º., VII e 41, IV.

<sup>35</sup> A respeito deste viés de parceria intergovernamental do convênio, *cf.* **capítulo 8**.

## 2. O controle na prática

### 2.1. As “CPIs das ONGs”

Atuando de fevereiro de 2001 a dezembro de 2002, a primeira “CPI das ONGs” (doravante “CPI das ONGs de 2001/2002”) teve por objetivo

“...apurar as denúncias veiculadas pela imprensa a respeito da atuação irregular de Organizações Não-Governamentais – ONGs em território nacional, bem como apurar a interferência dessas organizações em assuntos indígenas, ambientais e de segurança nacional, sobretudo daquelas que são atuantes na Região Amazônica.”<sup>36</sup>

Foi criada no Senado Federal por intermédio do Requerimento 22, de 19.2.2001, contando-se a partir daquela data o prazo inicial de cento e oitenta dias para a conclusão de seus trabalhos. Com onze senadores titulares e sete suplentes, a CPI foi instalada em 27.3.2001, oportunidade em que seus integrantes elegeram, como presidente, o Senador Mozarildo Cavalcante (PFL/RR), e este indicou, como relatora, a Senadora Marluce Pinto (PMDB/RR). Em 9.5.2001, a CPI teve o respectivo plano de trabalho aprovado por seus integrantes. Dada a prorrogação de seus trabalhos em duas oportunidades (por intermédio da aprovação dos Requerimentos 481/2001 e 263/2002), o prazo final para que fossem concluídos ficou estabelecido como 15.12.2002. Em consonância com isso, seu relatório final foi aprovado em 12.12.2002.<sup>37</sup> No total, portanto, a CPI perdurou por cerca de um ano e dez meses.

Da leitura do *Relatório Final* da “CPI das ONGs de 2001/2002” nota-se que os seus trabalhos estiveram voltados, sobretudo, à questão da tensão entre os valores da soberania nacional e a atuação de ONGs estrangeiras em território brasileiro, especialmente na Região

---

<sup>36</sup> BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final*, p. 3, disponível em <http://www.senado.gov.br> (acesso em 8.12.2009; numeração de páginas não constante do documento disponibilizado, mas feita por este autor para facilitar a sua consulta e referência).

<sup>37</sup> Segundo informações constantes do sítio do Senado Federal na Internet (<http://www.senado.gov.br>), a aprovação do *Relatório Final* da CPI ocorreu na sua 31ª. Reunião, na data de 12.12.2002, tendo sido publicado como Relatório n.º. 2, de 2002, em Suplemento ao Diário do Senado Federal, n.º. 158, de 21.12.2002.

Amazônica. Não se tratou de uma CPI focada, portanto, na questão do controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, mas voltada, isto sim, a um controle mais amplo, baseado no pressuposto de que interesses de determinadas ONGs estrangeiras poderiam se chocar, nalguma medida, com interesses do Estado brasileiro. Não obstante este enfoque, a CPI tangenciou a questão do controle estatal sobre as transferências estatais de recursos. Acerca dessa questão merecem destaque quatro constatações feitas pelo órgão parlamentar.

A primeira é a de que os sistemas de controle interno e externo sobre o repasse de recursos públicos a ONGs não têm funcionado de modo eficaz. Nesse sentido colhem-se do *Relatório Final* da CPI as seguintes observações:

“Hoje, a prestação de contas de ‘ONGs que são OSCIPs’, ou de ‘ONGs que são apenas ONGs’, é encaminhada diretamente ao órgão estatal conveniente ou parceiro. A realidade é que são precárias as capacidades desses órgãos em termos de Controle Interno. Das ONGs investigadas, estranhamente, nenhuma delas apresentou pendências relativas a prestações de conta junto ao órgão parceiro. Segundo essa amostra, intui-se que contam-se nos dedos as prestações de conta glosadas em função de alguma falha ou irregularidade, em nível de análise no âmbito dos órgãos repassadores.

A Comissão [Parlamentar de Inquérito] verificou que todas as prestações de conta decorrentes de convênio ou de termo de parceria celebrados por ONGs sob investigação foram consideradas regulares pelos órgãos convenientes ou parceiros. Nenhuma delas está pendente no órgão repassador ou no Tribunal de Contas da União.

Ora, se o controle interno é inepto, o controle externo que compete ao Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, restará manietado e anêmico.

A verdade é que o Poder Público não está controlando as ONGs de modo algum, não só em razão da inépcia dos controles internos, mas também porque elas se encontram configuradas como qualquer associação da sociedade civil e suas ações estão imunes à ingerência estatal, estando ao resguardo de dispositivo constitucional (art. 5º., XVIII, da CF).”<sup>38</sup>

Verifica-se que, na avaliação da CPI, a inépcia do controle interno sobre as transferências de recursos às ONGs resultaria em dificuldades ao exercício do controle externo, de tal sorte que, na prática, controle algum estaria sendo exercido sobre tais

---

<sup>38</sup> BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final*, p. 30.

transferências.<sup>39</sup> A avaliação procedida afirma ainda que as liberdades constitucionalmente asseguradas às associações, vistas como ONGs, representariam um limite ao poder de controle estatal sobre as suas atividades.

A apontada inépcia do Poder Público no controle dos repasses às ONGs é, mais do que meramente afirmada pela CPI, ilustrada com diversos exemplos. Nesta linha, o *Relatório Final* aponta que, de todas as ONGs que atuam na área de assistência à saúde indígena investigadas, nenhuma delas apresentava “...qualquer cadastro em nenhum órgão voltado para a fiscalização de entidades que atuam em projetos sociais ou ambientais”, tampouco dispunha de certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, de declaração de Utilidade Pública Federal ou de qualquer outro certificado emitido por órgãos estatais competentes.<sup>40</sup> Entretanto, constata o *Relatório Final* que muitas receberam recursos da União, como o beneplácito dos órgãos de controle. Neste sentido, o *Relatório Final* discrimina casos específicos de entidades que, não obstante carecerem de certificações cuja obtenção é voluntária junto ao Poder Público, receberam, mesmo assim, recursos públicos federais.<sup>41</sup> Vê-se, destarte, que, segundo a apuração dos fatos procedida pela CPI, o próprio Poder Público contribuía para a inépcia do controle estatal sobre tais transferências.

Uma segunda constatação da CPI que tem relevo para fins do presente trabalho traduz-se na percepção de que a Lei 9.790/99, instituidora do regime das OSCIPs, constituiu importante iniciativa de reforma da legislação pré-existente, trazendo avanços que deveriam ter sido estendidos a todas as situações de transferência de recursos a entidades do terceiro setor, mas que não o foram. Neste sentido, confirmam-se as observações colhidas do *Relatório Final*:

**“Portanto, a tese que deveria prevalecer é que somente as ONGs qualificadas como OSCIPs poderiam receber recursos públicos. E o**

---

<sup>39</sup> Este diagnóstico da CPI repercutiria no TCU, o qual, mostrando-se atento às considerações parlamentares sobre a ineficácia dos controles interno e externo da administração pública nesta matéria, procuraria se mostrar empenhado em reverter este quadro. É o que evidencia a consulta a votos proferidos em sede do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**, oportunamente tratados neste capítulo.

<sup>40</sup> Cf. BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final*, p. 23.

<sup>41</sup> Cf. *ibid.*, pp. 23-25.

Congresso e o Poder Executivo deveriam pugnar juntos para que isso seja realidade em futuro próximo.

Hoje o que se verifica é inaceitável. Tudo leva a crer que a maioria esmagadora das ONGs evita qualificar-se como OSCIP para poder continuar a beneficiar-se do inaceitável mecanismo, que hoje prevalece, pelo qual o Poder Público distribui recursos a essas organizações por meio de convênios, sem recorrer a edital público para selecionar os melhores projetos. Em função de uma duvidosa concepção doutrinária do Direito brasileiro, dá-se uma espécie de ‘ação entre amigos’.”<sup>42</sup> (o negrito é do original).

.....  
“A indagação que se faz oportuna é: por que as ONGs que recebem recursos do Governo Federal evitam qualificar-se como OSCIPs? Não seria em razão da resultante ampliação do grau de transparência e de controle social?”<sup>43</sup>

.....  
“...Surge novamente a pergunta: por que as ONGs que recebem recursos do Governo Federal evitam qualificar-se como OSCIPs?

.....  
Presumivelmente, a baixa adesão à Lei n. 9.790/99 se verifique em razão de esta Lei induzir a escolha de ONGs parceiras por meio de concurso de projetos. A Administração ainda estaria relutante em incorporar o novo mandamento legal, optando pelo convite direto a ONGs conhecidas, em vez de democratizar o processo por meio de Edital público.

A pergunta seria: o que impede a Administração de estabelecer a habilitação por meio de concurso entre os projetos de diversas ONGs? Por que, por exemplo, exclusivamente o CIR [tratava-se da ONG denominada “Conselho Indígena de Roraima”] e a URHI [tratava-se de ONG aludida como “URIHI-Saúde Ianomami”] prestam serviços de assistência à saúde indígena no Estado de Roraima com recursos da FUNASA? Porque a FUNASA não convida ou incentiva ou prepara outras organizações governamentais ou não-governamentais roraimenses para fazê-lo?”<sup>44</sup>

Merece especial registro o fato de que os excertos traduzem verdadeira proposição, por parte da CPI, de que se promovesse extensão do alcance do **Regime das OSCIP** a toda e qualquer situação de transferência de recursos a ONGs. O pressuposto desta idéia de extensão foi o de que tal regime seria não apenas uma importante iniciativa do Poder Legislativo brasileiro diante do fenômeno da proliferação de entidades sem fins lucrativos e de suas parcerias com o Poder Público ao longo da década de 1990,<sup>45</sup> como também uma resposta

---

<sup>42</sup> BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final*, pp. 20-21.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>44</sup> BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final*, pp. 29-30.

<sup>45</sup> Confira-se, neste sentido, o seguinte excerto do *Relatório Final* da CPI: “Ao longo da década de 90, com a proliferação de fundações e associações sem fins lucrativos, evidenciando novos perfis e perspectivas de atuação, e, ao mesmo tempo, um considerável arsenal de intervenção e transformação no campo social, mediante um

apropriada ao novo cenário, porquanto mais consentânea com uma série de valores públicos, inerentes ao uso do dinheiro público – como a transparência, a eficiência e a economicidade – do que o antigo regime dos convênios. No sentido de ilustrar este caráter mais consentâneo do **Regime das OSCIP** com os valores públicos inerentes ao uso do dinheiro público, constam do *Relatório Final* da CPI as seguintes avaliações: a de que os requisitos e procedimentos para a celebração de termo de parceria são mais “simples” do que os necessários à celebração de convênio com o Poder Público;<sup>46</sup> a de que a forma de aplicação dos recursos públicos por meio do termo de parceria é mais “flexível” do que a forma de aplicação desses recursos por meio de convênio;<sup>47</sup> a de que a legislação tributária passou a permitir que entidades qualificadas como OSCIP que remunerem seus dirigentes possam receber contribuições dedutíveis de doadores particulares;<sup>48</sup> e a de que o tempo necessário para a obtenção de um certificado de qualificação como OSCIP junto ao Ministério da Justiça – cerca de noventa dias – é muito menor do que o necessário à obtenção de um título de Utilidade Pública ou de Entidade de Fins Filantrópicos – dois ou três anos em média.<sup>49</sup> Diante de tantas vantagens decorrentes da obtenção da qualificação como OSCIP, as constatações que nitidamente incomodaram os membros da CPI (ao menos segundo transpareceu no *Relatório Final* que

---

volume crescente de parcerias onerosas com o Poder Público, impôs-se a necessidade de alterar as formas jurídico-associativas clássicas, o que veio materializar-se na edição da Lei n. 9.790/99, mais conhecida como Lei do Terceiro Setor.” *Ibid.*, p. 19.

<sup>46</sup> Veja-se, neste sentido, o seguinte trecho do *Relatório Final* da CPI: “As ONGs atualmente têm acesso a recursos públicos para realização de projetos por meio da celebração de convênios, requerendo para tanto uma série de documentos, além do registro no Conselho de Assistência Social – CNAS. A realização de convênios é regulamentada pelas Instruções Normativas da Secretaria do Tesouro Nacional (IN/STN n° 1, de 1997, e n° 3, de 1993). Já as ONGs qualificadas como OSCIPs têm acesso a recursos públicos para a realização de projetos por meio da celebração de Termos de Parceria, nova figura jurídica cujos requisitos e procedimentos são simples. A regulamentação para a concretização de um Termo de Parceria é fornecida pela própria Lei n° 9.790/99 e pelo Decreto n° 3.100/99.” *Ibid.*, p. 28.

<sup>47</sup> Neste sentido, veja-se o trecho do *Relatório Final* da CPI: “A forma de aplicação dos recursos por meio de Termo de Parceria é mais flexível do que por meio de Termo de Convênio. Por exemplo, são legítimas as despesas realizadas com o pagamento de pessoal efetivamente envolvido na execução do programa de trabalho, inclusive encargos trabalhistas e previdenciários. Também são legítimas as despesas realizadas entre a data de término do Termo de Parceria e a data de sua renovação, o que pode ser feito por meio de simples apostila ou Termo Aditivo. São permitidos adiantamentos feitos pela OSCIP à conta bancária do Termo de Parceria em casos de atrasos nos repasses de recursos.” *Ibid.*, pp. 28-29.

<sup>48</sup> Neste sentido confira-se o trecho do *Relatório Final* da CPI: “Com a edição da Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002, as OSCIPs que optam por remunerar seus dirigentes podem ter isenção do Imposto de Renda e receber recursos dedutíveis pelas empresas doadoras. Até a edição da referida MP, a ONG que remunerasse seus dirigentes perdia esse benefício fiscal, conforme determinações expressas nas Leis n. 9.532/97 e 9.249/95.” *Ibid.*, p. 29.

<sup>49</sup> Neste sentido veja-se o trecho do *Relatório Final* da CPI: “Ora, a obtenção de um título de utilidade pública ou de fins filantrópicos demora em média dois ou três anos. No caso de qualificação como OSCIP, se a documentação estiver em ordem, o Ministério da Justiça leva cerca de noventa dias para concedê-la.” *Ibid.*, p. 29.

aprovaram) foram, por um lado, a de que poucas teriam buscado tal qualificação e, mais do que isso, todas aquelas sob alguma suspeita de irregularidade, segundo o apurado pela CPI, mostravam-se, talvez não por coincidência, desprovidas de qualquer certificação como OSCIP; por outro lado, a de que a própria administração pública estaria evitando promover contratações de parcerias com base na Lei das OSCIP. A avaliação da CPI, diante deste quadro, foi a de que ONGs e Poder Público, aparentemente, estariam evitando aderir ao **Regime das OSCIP** por não desejarem sujeitar-se a processos transparentes de seleção e a um maior grau de controle social para a constituição de parcerias envolvendo a transferência de recursos financeiros.<sup>50</sup>

Alternativamente à idéia de extensão do **Regime das OSCIP** para toda e qualquer transferência de recursos públicos a ONGs, a visão externada por meio do *Relatório Final* foi a de que, “[e]m atenção ao princípio da boa aplicação dos recursos públicos, a qualificação mínima obrigatória seria, sem dúvida, a Declaração de Utilidade Pública Federal e o registro no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, na legislação anterior e vigente, ou a qualificação de OSCIP, nos termos da Lei nº 9.790/99.”<sup>51</sup>

Um terceiro diagnóstico da CPI, relevante para os fins deste trabalho, foi o de que existe uma “...ausência de competência territorial atinente ao registro das pessoas jurídicas de direito privado no país.”<sup>52</sup> Dessa forma, uma entidade constituída sob as leis brasileiras não estaria obrigada a registrar-se no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, mas em qualquer cartório do gênero no país. Isto estaria “...em muito dificultando qualquer tipo de controle que se pretenda exercer sobre tais entes, em verdadeiro confronto

---

<sup>50</sup> Como se verá no **capítulo 8** desta tese, em fins da década de 2000 cresce o número de entidades privadas sem fins lucrativos que buscam o título de OSCIP, embora, da parte do Poder Público federal, pouquíssimos são os termos de parceria que tem celebrado com tais entidades. Na prática, parece que o Poder Público tem preferido celebrar convênios, mesmo com as OSCIP. Isto sugere que o grau de aderência ao **Regime das OSCIP** cresça da parte das ONGs, mas não da parte do Poder Público. Trata-se de diagnóstico que aprofunda um pouco, com conseqüências nada desprezíveis, o diagnóstico um mais genérico feito pela “CPI das ONGs de 2001/2002” – mas sem dúvidas importante – de que tanto o Poder Público quanto as ONGs, ao menos na Região Amazônica, estariam evitando a legislação das OSCIP que acabara de ser editada.

<sup>51</sup> BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final*, p. 22.

<sup>52</sup> Cf. Justificação a Projeto de Lei que “Institui a competência territorial no registro de atos relativos à pessoa jurídica de direito privado”, anexo ao *Relatório Final* da CPI.

com dois importantes princípios de direito registral: a publicidade e a segurança jurídica.”<sup>53</sup> Seria urgente, diante desse quadro, obrigar as pessoas jurídicas de direito privado a realizarem seus registros no local de sua sede, o que permitiria “...um maior conhecimento das ONGs por parte daqueles que necessitem de informações a elas pertinentes.”<sup>54</sup>

Um quarto diagnóstico foi o da existência de lacunas na legislação pertinente à autorização de funcionamento de entidades privadas sem fins lucrativos estrangeiras no Brasil (Lei 6.815, de 19.8.1980, também conhecida como Estatuto do Estrangeiro).

Outros diagnósticos e avaliações foram apresentados pela CPI em seu *Relatório Final*, mas são deixados de lado aqui por não servirem, ao menos diretamente, para os fins do presente trabalho.<sup>55</sup> O importante, para esses fins, reside mesmo nos diagnósticos de que: *i*) os sistemas de controle interno e externo sobre o repasse de recursos públicos a ONGs não vinham funcionando de modo eficaz; e *ii*) a Lei 9.790/99, instituidora do regime das OSCIP, foi uma importante iniciativa de reforma da legislação pré-existente e trouxe avanços mercedores de extensão a todas as situações de subvenção estatal às ONGs, extensão esta que, no entanto, a legislação não impõe. Perceba-se que estes diagnósticos traduzem a percepção de duas ordens de problema: uma na *prática* do controle estatal (tido como inepto) e outra no *direito* pertinente a este controle (tido como insuficiente para alcançar todo o universo de entidades e, assim, excessivamente evitado por válvulas de escape à fiscalização estatal, utilizadas por fiscalizados e fiscalizadores).

Diante do diagnóstico feito, a CPI propôs algumas alterações legislativas. No que tange especificamente ao controle de transferências de recursos públicos para ONGs, suas proposições foram duas: de um lado, um projeto de lei alterando a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31.12.1973), com vistas à instituição de uma competência territorial para o

---

<sup>53</sup> Cf. Justificação a Projeto de Lei que “Institui a competência territorial no registro de atos relativos à pessoa jurídica de direito privado”, anexo ao *Relatório Final*.

<sup>54</sup> Cf. Justificação a Projeto de Lei que “Institui a competência territorial no registro de atos relativos à pessoa jurídica de direito privado”, anexo ao *Relatório Final*.

<sup>55</sup> Por exemplo, apontou-se que os serviços prestados por ONGs na área de assistência à saúde indígena seriam de qualidade inferior àqueles anteriormente prestados pelo Poder Público por intermédio da FUNAI, com o apoio da FUNASA. Cf. BRASIL, Senado Federal, *Relatório Final* da CPI, pp. 27.

registro da criação de entidades privadas sem fins lucrativos;<sup>56</sup> de outro, um projeto de lei instituindo um Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO), administrado pelo MJ.<sup>57</sup>

A segunda proposição resultaria no PL do Senado nº. 07, de 2003, o qual, tendo sido aprovado no Senado Federal, se transformaria no PL da Câmara dos Deputados nº. 3.877, de 2004, que atualmente tramita naquela Casa. Ele será examinado no **capítulo 11** desta tese, referente às soluções para a reforma da legislação brasileira encontráveis em projetos e anteprojetos de lei na atualidade. Vale notar apenas, por hora, que dita proposição legislativa não esclarecia em seu corpo – ao menos na sua versão original, constante do *Relatório Final* da CPI –, qual seria o propósito do Cadastro Nacional ONGs que criava. Ficava apenas sugerido, na justificção da proposição oferecida pela CPI, que tal cadastro seria um dos “...requisitos para o registro e funcionamento desses novos entes civis” (as ONGs) no país. Seria alimentado por informações enviadas, periodicamente, pelos Cartórios de Registro Civil da Pessoa Jurídica e pelo Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Secretaria da Receita Federal.

Vale destacar o importante registro, porém – pede-se licença para reproduzi-lo ainda uma vez – de que “... **a tese que deveria prevalecer é que somente as ONGs qualificadas como OSCIPs poderiam receber recursos públicos.** E o Congresso e o Poder Executivo deveriam pugnar juntos para que isso seja realidade em futuro próximo.” Ficava ali registrada um embrião da idéia de que um regime mais consentâneo com a observância de valores públicos – supostamente o das OSCIP – deveria aplicar-se, indiscriminadamente, a todo e qualquer caso de transferência de recursos públicos a entidades do terceiro setor; idéia, contudo – eis uma complexidade das conclusões da CPI –, que poderia ser substituída, alternativamente, pela exigência de qualificação mínima obrigatória da entidade receptora de recursos, consistente tanto na posse de título de OSCIP quanto de título de Utilidade Pública ou de registro no CNAS.

---

<sup>56</sup> Eis a ementa de dito projeto de lei: “Institui a competência territorial no registro de atos relativos à pessoa jurídica de direito privado.”

<sup>57</sup> Eis a ementa de dito projeto de lei: “Dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das organizações não-governamentais e dá outras providências.”

Extinta a “CPI das ONGs de 2001/2002”, a instauração de uma nova “CPI das ONGs” em 2007 (doravante “CPI das ONGs de 2007/2009”), também no âmbito do Senado Federal, seria motivada por um levantamento do TCU sobre irregularidades no repasse de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos, com base em uma amostragem de repasses a vinte e oito organizações feitos entre os anos de 1999 e 2005.<sup>58</sup> Os resultados de uma ação fiscalizadora do TCU, portanto, estaria na origem da propositura da investigação parlamentar. Durante o seu funcionamento, houve alguma avaliação negativa, explicitada pela imprensa, quanto aos resultados que possivelmente alcançaria, mas é certo que, a concluir-se a partir de seu *Plano de Trabalho*, a CPI teria muito a contribuir para o enfrentamento dos problemas atuais em matéria de fomento e colaboração entre Estado e terceiro setor.

Esta “CPI das ONGs de 2007/2009” foi criada no Senado por intermédio da aprovação do Requerimento nº. 201, de 2007, com o objetivo de

“...apurar, no prazo de cento e oitenta dias, a liberação, pelo Governo Federal, de recursos públicos para organizações não governamentais – ONGs – e para organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do exterior, a partir do ano de 1999 até a data de 8 de novembro de 2007.”

Tal como a realizada no início da década, esta CPI mais recente contou com 11 (onze) senadores titulares e 7 (sete) suplentes. Foi instalada em 3.10.2007, oportunidade em que seus integrantes elegeram, como presidente, o Senador Heráclito Fortes (DEM/PI), e este indicou, como relator, o Senador Inácio Arruda (PC do B/CE). Em 23.10.2007 a CPI teve o respectivo plano de trabalho aprovado por seus integrantes. Em virtude de sucessivas prorrogações de seu prazo de funcionamento – por intermédio da aprovação dos Requerimentos nºs. 217 e 1324, de 2007, 515 e 1391, de 2008, e 623, de 2009 –, a CPI teve o prazo final para a conclusão de seus

---

<sup>58</sup> Esta explicitação do motivo que levou à propositura de instauração de CPI consta de manifesto da ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais, sob o título “Sobre as CPI das ONG’s”, disponível em <http://www.terramar.org.br/oktiva.net/1320/nota/28441> (acesso em 24.10.2008).

trabalhos estendido, a partir deste último requerimento,<sup>59</sup> para cento e oitenta dias contados a partir de 2º.7.2009 (ou seja, 3.1.2010). Até a conclusão desta tese, seu relatório final ainda não havia sido publicado.

Vale destacar, de todo modo, que, segundo o *Plano de Trabalho* da CPI, que fora aprovado em outubro de 2007, nada menos do que sete linhas de investigação seriam desenvolvidas: “A – AVALIAÇÃO DAS RELAÇÕES DO ESTADO COM AS ONGS”<sup>60</sup>; “B – MAPEAMENTO DA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DO ORÇAMENTO DA UNIÃO PARA ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS NO PERÍODO DE 1999 A 2006”;<sup>61</sup> “C – INVESTIGAÇÃO DE DENÚNCIAS OU EVIDÊNCIAS DE FRAUDES, DESVIOS DE RECURSOS PÚBLICOS E IRREGULARIDADES NAS PARCERIAS ESTADO/ONGS”;<sup>62</sup> “D – AVALIAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE DESTINAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS PELO GOVERNO FEDERAL PARA ONGS, DA REGULARIDADE DA APLICAÇÃO E

---

<sup>59</sup> O Requerimento nº. 623, de 2009, aprovado pela CPI em sessão de 27.5.2009, pode ser consultado em <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=62210> (acesso em 8.12.2009).

<sup>60</sup> Acerca desta linha de investigação esclarecia-se: “Algumas questões que devem ser debatidas são, por exemplo: 1) Em que medida deve o Estado se valer de parcerias com ONGs para prestação de serviços públicos? 2) Admite-se que o Estado conceda recursos a ONGs que apenas se mantêm operantes porque recebem recursos do Estado? 3) O padrão atual de relacionamento deve ser mantido ou modificado? Em que direção?”. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, p. 4.

<sup>61</sup> Sobre esta linha de investigação explicava-se: “É preciso descortinar o panorama das transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos, buscando identificar: a) os montantes envolvidos; b) as entidades beneficiadas, revelando quais mantêm relações episódicas com o Estado e quais mantêm relacionamento duradouro; c) o padrão de relacionamento Governo/ONG por programas e órgãos e por subperíodos, entre outras possibilidades, e; d) verificar o cumprimento das restrições legais para transferências de recursos para ONGs.” Cf. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, p. 4. Seguia-se esclarecendo que, dentre as parcerias instituidoras de vínculo mais duradouro com o Estado e significativo em termos financeiros, seriam selecionadas as mais relevantes, “...segundo critérios ainda a serem definidos...”, para avaliar o seu funcionamento, os resultados alcançados e os benefícios colhidos pelo Poder Público, bem como averiguar a regularidade da aplicação dos recursos; ao cabo, alertava-se: “Eventualmente, se no curso desse processo forem coletados indícios de irregularidades ou se tais entidades também forem objeto de denúncia, a CPI não se furtará a dirigir sua atuação para apuração dos fatos e identificação dos culpados.” *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>62</sup> Sobre esta linha de investigação detalhava-se: “No período de 1999 e 2005 foram noticiados inúmeros casos de irregularidades e fraudes perpetradas por ONGs que recebem recursos públicos. Várias CPIs investigaram a atuação de ONGs. Vários casos estão pendentes de aprofundamento. Nessa linha de investigação, a CPI identificará e examinará as denúncias que lhe chegarem ao conhecimento, bem como investigará os fatos irregulares que identificar. Serão selecionados casos que a própria Comissão apurará, na medida de sua capacidade operacional e do tempo disponível para a investigação. Outros casos serão encaminhados aos órgãos competentes para a devida apuração, com solicitação de fiscalização imediata e encaminhamento de relatório preliminar à CPI e, por fim, outros serão encaminhados àqueles órgãos sem essa solicitação. Os casos já investigados por outras CPIs não serão objeto de nova investigação, exceto se houver fato novo relevante.” Cf. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, pp. 7-8.

RESULTADOS OBTIDOS NESSAS PARCERIAS”,<sup>63</sup> “E – AVALIAÇÃO E APRIMORAMENTO DO MARCO LEGAL QUE REGULA A RELAÇÃO DAS ONGS COM O ESTADO”.<sup>64</sup> “F – AVALIAÇÃO DA RENÚNCIA FISCAL DERIVADA DA DESTINAÇÃO DE RECURSOS PRIVADOS PARA ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS POR ELAS USUFRUÍDAS”;<sup>65</sup> e “G – EXAMINAR O RECEBIMENTO DE RECURSOS EXTERNOS POR ONG ATUANTES NO BRASIL”.<sup>66</sup> Para cada uma dessas linhas de investigação, o *Plano de trabalho* apresentava detalhamentos e providências iniciais a tomar.

O aspecto mais importante a destacar, deste detalhado e abrangente *Plano de Trabalho* da citada CPI, parece ser o fato de que ele parte de importantíssimo diagnóstico da urgente necessidade de um conhecimento claro e sistematizado, por parte do Estado, acerca de suas políticas de fomento e colaboração com o terceiro setor, com vistas tanto à apuração de irregularidades praticadas no passado recente quanto ao aprimoramento futuro do direito que rege estas políticas. Com tal *Plano de Trabalho*, a CPI passaria a agir em sintonia com outros expoentes órgãos de controle do Estado, o TCU e a CGU, que também vinham investigando o assunto. Seria um sinal de que a “engenharia institucional brasileira” em matéria de controle das subvenções e renúncias de receita do Estado em favor do terceiro setor (ou, em última análise, em favor dos clientes e beneficiários dos serviços prestados pelas organizações do

---

<sup>63</sup> Esclarecia-se: “Nessa linha de atuação, serão discutidos e examinados: a) os procedimentos adotados pelos órgãos federais para escolha de parceiros do Terceiro Setor com os quais trabalhará para a implementação de políticas públicas; b) a suficiência/insuficiência das fiscalizações realizadas no âmbito do controle interno e do controle externo para verificar a correta aplicação dos recursos e o cumprimento das metas estabelecidas; c) os resultados produzidos por essas parcerias e o grau de conhecimento que o governo detém sobre a efetividade da atuação dessas entidades. Tais análises serão feitas a partir, principalmente, dos trabalhos já conduzidos pelos órgãos de controle interno (Controladoria-Geral da União) e externo (Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União). Cf. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, p. 13.

<sup>64</sup> Nesta linha de atuação esclarecia-se: “Vários especialistas avaliam que a relação das ONGs com o Estado precisa ser adequadamente disciplinada. A CPI pretende aprofundar esse debate.” Cf. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, p. 16.

<sup>65</sup> Sobre esta linha de investigação detalhava-se: “Aqui será examinada outra vertente da absorção de recursos públicos pelas entidades privadas sem fins lucrativos: a) o recebimento de doações de pessoas físicas e jurídicas que proporcionam aos doadores o benefício de redução do imposto de renda a pagar; b) isenções tributárias usufruídas por essas entidades em razão da atividade, sem fins lucrativos, que realizam em benefício da sociedade.” Cf. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, pp. 17-18.

<sup>66</sup> Finalmente, sobre esta linha de investigação, explicitava-se: “Trata-se de um segundo objetivo desta CPI avaliar essa situação. Num primeiro momento, a CPI procurará avaliar a sua dimensão: montantes envolvidos, número de entidades nessa posição, etc. Posteriormente, definirá, se for o caso, nova linha de ação.” Cf. BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, p. 18.

setor), apesar de todas as dificuldades, agiria de maneira concertada para o equacionamento de um problema. Em suma, a depender de seu *Plano de Trabalho*, o resultado das investigações conduzidas pela CPI pode ser auspicioso. Vale lembrar que, em matéria de aprimoramento das normas vigentes sobre o fomento e a colaboração entre Estado e terceiro setor, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, que reconhece o papel colaborador das entidades do terceiro setor com a moderna administração pública brasileira (apresentado e discutido na **parte 3** desta tese), faz proposições merecedoras de atenta consideração. Trata-se de valorosa contribuição para o aprimoramento do direito positivo, especialmente no tocante à vertente do fomento estatal feito pela via das transferências de recursos públicos, consoante oportunamente se apontará e discutirá.

Vale notar, ademais, que as manifestações das CPIs instauradas para apuração de fatos relacionados aos repasses de recursos federais ao terceiro setor têm reverberado, de alguma maneira, no TCU. Por outro lado, os posicionamentos do TCU reverberam nas CPIs, como ilustra o contundente exemplo da instalação desta “CPI das ONGs de 2007/2009” em função de auditorias realizadas pelo TCU. Ademais, tanto o TCU como a CGU são, normalmente, instados a colaborar com os trabalhos das CPIs. Nesta “CPI das ONGs de 2007/2009”, inclusive, nas “regras procedimentais” estabelecidas em seu *Plano de Trabalho* de outubro de 2007, cada requerimento de investigação deveria fazer constar a seguinte especificação: “...se a investigação será feita diretamente pela CPI ou, indiretamente, com o auxílio do Tribunal de Contas da União e/ou da Controladoria Geral da União, aos quais serão solicitados relatórios preliminares, posteriormente, pela CPI.”<sup>67</sup> Ademais, logo no início dos trabalhos desta “CPI das ONGs de 2007/2009”, o TCU foi instado a enviar, para a CPI, uma avaliação geral sobre as prestações de contas à administração pública feitas por ONGs acerca da aplicação de recursos recebidos em transferência, bem como uma síntese das principais denúncias e representações que já havia processado ou vinha processando acerca da matéria e, ainda, uma síntese dos procedimentos que vinha adotando para o desempenho de sua própria ação fiscalizadora; uma resposta do tribunal viria com a lavra do **Acórdão 2.619/2007-TCU-Plenário**, a ser oportunamente examinado no **presente capítulo**.

---

<sup>67</sup> BRASIL, Senado Federal, *Plano de Trabalho* da CPI, de 23 de outubro de 2007, p. 19.

O TCU, aliás, costumeiramente remete cópias de seus acórdãos, que tangenciem a questão dos repasses, à CPI pertinente ao assunto que esteja em andamento no Congresso Nacional. É o que ocorreu no **Acórdão-TCU-Plenário 2.066/2006**, em que o tribunal determinou o encaminhamento de cópia “...do relatório, do voto e do Acórdão que vier a ser proferido à [...] CPMI das Ambulâncias...”.<sup>68</sup> Da mesma forma, no **Acórdão-TCU-Plenário 1.331/2008**, o tribunal ordenou a remessa de cópia do acórdão “...à Comissão Parlamentar de Inquérito – ONGs”.<sup>69</sup>

O TCU também comenta manifestações das CPIs em seus julgados. No **Acórdão-TCU-Plenário 1.777/2005**, o relator Min. Marcos Vinícios Vilaça transcreve trechos do relatório da “CPI das ONGs de 2001/2002”,<sup>70</sup> para enfatizar, primeiro, a constatação daquela comissão parlamentar de que o universo das OSCIP estava longe de esgotar o universo das ONG, sendo este muito mais amplo do que aquele; segundo, a constatação da mesma CPI de que os sistemas de controle e externo sobre os repasses financeiros às ONGs em geral não vinham funcionando a contento; finalmente, a constatação de que, em virtude das conclusões alcançadas por aquela investigação parlamentar, fora proposto o PLS 7/2003, que previa como principais inovações a criação do Cadastro Nacional de ONGs e a prestação de contas ao Ministério Público.<sup>71</sup>

Feitas estas observações, o relator manifestou seu entendimento de que esta propositura de submissão das ONGs ao controle do Ministério Público seria sintoma de graves problemas vivenciados nos sistemas de controle interno e externo; o TCU, particularmente, estaria – na sua opinião – sobrecarregado no exercício de competências de menor importância, o que, por sua vez, estaria prejudicando o exercício de suas competências de maior relevo, fazendo-se necessário pensar em soluções, ainda que passassem por reforma constitucional. Nas suas palavras:

---

<sup>68</sup> O **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário** será oportunamente estudado **neste capítulo**.

<sup>69</sup> O **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário** será oportunamente estudado **neste capítulo**.

<sup>70</sup> O **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário** será oportunamente estudado **neste capítulo**.

<sup>71</sup> Vale lembrar que tal projeto de lei e outros projetos e anteprojetos de lei, ainda, serão apresentados e discutidos na **parte 3** desta tese, quando se cogita de soluções para alguns dos problemas da legislação vigente.

“171. Apesar de a proposta decorrer mais da deficiência do controle interno do que de eventuais problemas enfrentados por esta Corte, penso que o Tribunal de Contas da União deva refletir sobre seu papel e sobre sua importância para a Administração Pública. Falo isso por que me incomoda o fato de que amiúde nos debruçamos sobre processos sem qualquer relevância, seja financeira ou institucional. Um Ministro do Tribunal de Contas da União não deveria estar, por exemplo, cuidando de pequenos desvios na aplicação de recursos federais transferidos aos milhares de municípios brasileiros.

172. Sei que o ordenamento nos impinge tarefas como essa. Mas é hora de pensar uma solução, nem que passe por alterações constitucionais, sob o risco de vermos a instituição, que nos é cara, sofrer um processo de debilitação. A competência para tratar de ninharias acaba por enfraquecer o Tribunal, roubando tempo e energia que deveriam estar orientadas para matérias mais importantes.”<sup>72</sup>

Desse excerto depreende-se certa preocupação do ministro com o tema dos repasses a ONGs, que avalia ter importância ímpar e, no entanto, não vir sendo enfrentado a contento pelos sistemas de controle interno e externo da administração pública.

Problemas no funcionamento dos sistemas de controle interno e externo, quando incidentes sobre transferências financeiras, têm sido reiteradamente destacados pelo TCU. Convém examinar a sua jurisprudência a respeito.

## 2.2. A jurisprudência do TCU em matéria de transferências

A tabela a seguir apresenta alguns julgados selecionados, do TCU, que repercutiram de maneira significativa sobre o tema do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor.<sup>73</sup> Na seqüência, o teor desses julgados é descrito e analisado.

---

<sup>72</sup> Mais adiante, a reiterar este entendimento em tom ainda mais eloqüente, desta feita ressaltando a importância de o tribunal dedicar-se aos estudos necessários ao bom exercício do controle sobre as parcerias público-privadas disciplinadas pela então recém-editada Lei 11.079/2004, o relator Min. Marcos Vinícios Vilaça assevera: “182. ...parece-me oportuno que o Tribunal incremente os estudos acerca da matéria por meio da constituição de um Grupo de Trabalho coordenado pela Segecex e participação da Sefid. 183. Do contrário, ficaremos aqui cuidando de umas poucas latrinas que não foram concluídas em razão de cumprimento parcial das metas estabelecidas em convênio firmado entre uma prefeitura municipal e o Ministério da Saúde, enquanto o Mundo gira...”. **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário.**

<sup>73</sup> Outros julgados, ainda, poderiam ser mencionados, de sorte que não se pretende, aqui, fazer uma análise exaustiva da jurisprudência da corte de contas, mas apenas ilustrativa o suficiente de algumas de suas mais importantes linhas em construção.

**Tabela 6.1 – Acórdãos citados do TCU sobre controle das transferências financeiras da União**

<b>Controle sobre transferências para Entidades Conveniadas</b>	
2003	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 1.070/2003, relator Min. Ubiratan Aguiar, Plenário, sessão de 6.8.2003, DOU de 18.8.2003 (publicado na Ata 30/2003), vencidos os Mins. Marcos Vinícios Vilaça, Walton Alencar Rodrigues e Benjamin Zymler.
2005	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 353/2005, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, sessão de 6.4.2005, DOU de 18.4.2005 (aprovado pela Ata 11/2005).
<b>Controle sobre transferências para as OSCIP</b>	
1999	<b>Decisão</b> BRASIL, TCU, Decisão 931/1999, relator Min. Marcos Vinícios Vilaça, Plenário, Plenário, sessão de 15.12.1999, BTCU 78/1999.
2005	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 1.777/2005, relator Min. Marcos Vinícios Vilaça, Plenário, sessão de 9.11.2005, DOU de 22.11.2005, vencido o Min. Ubiratan Aguiar.
<b>Controle sobre transferências para Estados, Municípios e Distrito Federal (transferências voluntárias)</b>	
2006	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 788/2006, relator Auditor Augusto Sherman Cavalcanti, Plenário, sessão de 24.5.2006, DOU de 26.5.2006.
<b>Controle sobre transferências para ONGs</b>	
2006	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 2.066/2006, relator Auditor Marcos Bemquerer Costa, Plenário, sessão de 8.11.2006, DOU de 13.11.2006.
2007	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 2.619/2007, relator Ministro Guilherme Palmeira, Plenário, sessão de 05.12.2007, DOU de 11.12.2007.
<b>Controle sobre transferências em geral</b>	
2007	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 2.048/2007, relator Auditor Marcos Bemquerer Costa, Plenário, sessão de 3.10.2007, DOU de 5.10.2007 (acórdão constante da Ata 41, de 3.10.2007).
2008	<b>Acórdão</b> BRASIL, TCU, Acórdão 1.331/2008, relator Min. Benjamin Zymler, Plenário, sessão de 9.7.2008, DOU de 11.7.2008.

Da análise dessa amostra meramente ilustrativa da jurisprudência da corte de contas federal nesta matéria percebe-se que ela tem seguido, pelo menos, cinco linhas temáticas: *i*) a do controle das transferências para Entidades Conveniadas, tendo nos Acórdãos 1.070/2003-TCU-Plenário e 353/2005-TCU-Plenário dois precedentes importantes; *ii*) a do controle das transferências às OSCIP, fundada na Decisão 931/1999-TCU-Plenário e no Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário; *iii*) a do controle das transferências intergovernamentais (da União para os Estados, Municípios ou Distrito Federal), baseada no Acórdão 788/2006-TCU-Plenário; *iv*) a do controle das transferências a entidades privadas sem fins lucrativos, estribada no Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário; e *v*) a do controle de transferências em geral – sejam as intergovernamentais, sejam as feitas ao setor privado sem fins lucrativos –, amparada no Acórdão 2.048/2007-TCU-Plenário.

Todas essas linhas temáticas se sobrepõem, entre si, nalguma medida; por exemplo, o *controle sobre transferências para as OSCIP* e o *controle sobre transferências para Entidades*

*Conveniadas* nada mais são do que capítulos do *controle sobre transferências em geral*. Ademais, as linhas jurisprudenciais acerca dos *controles sobre transferências para Entidades Conveniadas, para ONGs e para as OSCIP* são todas, em certa medida, sobrepostas umas às outras – ainda que o tribunal nem sempre as perceba assim. De fato, nota-se que, a despeito destes entrecruzamentos das diversas linhas jurisprudenciais construídas pelo TCU, nem sempre há um explícito aproveitamento de umas pelas outras, uma articulação global entre elas, nas deliberações tomadas. Daí a necessidade de se identificá-las, colocá-las lado a lado e pensá-las globalmente – isto é, pensar se lidam com os mesmos problemas e, em caso positivo, em que medida alimentam umas às outras.

#### **a) Transferências a Entidades Conveniadas**

No **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**, a questão em pauta era a obrigatoriedade ou não de as entidades privadas sem fins lucrativos, beneficiárias de recursos federais, instaurarem procedimento licitatório, nos termos da Lei 8.666/93, para fins de contratação de seus fornecedores com os recursos recebidos.

A questão surgira no âmbito de auditoria realizada pelo TCU na obra de implantação de unidade do Instituto do Coração (InCor), no Distrito Federal, nas dependências do Hospital das Forças Armadas.

A contratação da empresa de engenharia responsável pela obra fora feita pela Fundação Zerbini, entidade mantenedora do InCor, fazendo uso de recursos públicos que lhe haviam sido repassados, via convênio, pela União. Para tal contratação, a Fundação Zerbini havia instaurado licitação na modalidade de convite. A eleição desta modalidade de certame fora então questionada no âmbito da auditoria do TCU, com base na alegação de que o valor previsto em convênio para repasse à fundação, com vistas à consecução da obra, era de quatro milhões de reais, mas este valor, nos termos da Lei 8.666/93, exigiria licitação na modalidade de concorrência – jamais de convite. Em sua defesa, a fundação contratante alegou que, por ser uma entidade privada, não estaria sujeita às regras da Lei 8.666/93, mas às da IN STN

01/97, cumprindo-lhe apenas, nos termos do art. 27, parágrafo único desta última, adotar procedimentos *análogos* aos previstos na Lei 8.666/93. Afirmou, ainda, que adotara todas as cautelas para resguardar a boa aplicação dos recursos recebidos.

A unidade técnica do TCU acolheu esta justificativa, assim como outras apresentadas. O relator do processo no TCU, Min. Ubiratan Aguiar, fez o mesmo, concluindo que, apesar da inobservância da Lei 8.666/93, inexistira qualquer prejuízo ao erário na contratação da empresa de engenharia, tendo, inclusive, sido realizada licitação – ainda que na modalidade de convite – e contratada a licitante que ofertara o menor preço. Entretanto, entendeu por bem tecer considerações sobre a legalidade e a constitucionalidade do disposto na IN STN/STN 01/97. Nesse sentido, sustentou a tese de que a aplicação de recursos provenientes de convênio, por entidades privadas, no exercício de funções públicas, deveria ser feita sempre mediante licitação pública, a realizar-se nos exatos termos da Lei 8.666/93. Em prol deste entendimento apresentou argumentação em três passos. Primeiro, ponderou que “...o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores da gestão da coisa pública, dentre os quais [...] o da licitação e o dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, respectivamente.” Tendo firmado este pressuposto de que o particular estaria obrigado a licitar, argumentou, num segundo passo, que, ante o disposto nos arts. 37, XXI, e 22, XXVII, da Constituição, “...as licitações públicas só podem ser realizadas nos termos de lei, em sentido estrito, especificamente aprovada para essa finalidade”, lei esta que seria a Lei 8.666/93; assim, o administrador público não poderia adotar procedimento análogo aos previstos na Lei 8.666/93, como queria a IN/STN 01/97. Finalmente, em passo conclusivo, alegou que a exigência de aplicação da Lei 8.666/93, no que couber, aos convênios e outros instrumentos congêneres, nos termos do seu art. 116, tornaria obrigatória a observância desta lei pelas entidades privadas que, para o exercício de função pública, recebessem recursos mediante convênios.

Simultaneamente à apresentação desses argumentos, o relator Min. Ubiratan Aguiar tratou de afastar outros que lhe pudessem ser opostos. Nesse sentido, reconheceu que

“...existem entidades privadas que, por alguma razão, podem se ver impossibilitada [sic] de aplicar, de forma plena, a Lei de Licitações. Entretanto...” – ponderou – “...a regra é a utilização da Lei 8.666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto.” Reconheceu também que embora a iniciativa privada, em geral, não se sujeite aos princípios que regem a licitação no setor público, tampouco esteja obrigada a aplicar a Lei 8.666/93 nas suas contratações, aquele particular que firma convênio com a administração pública assume “...todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público...”, inclusive o de licitar, como já havia asseverado. Por fim, rechaçou eventual alegação de que, caso prosperasse, sua tese implicaria ingerência indevida do setor público nas atividades desenvolvidas pela iniciativa privada; apontou, nessa linha, que a entidade privada não estaria obrigada a firmar convênio com a administração pública, mas, decidindo firmá-lo, deveria estar ciente de que administraria recursos públicos e, por isso, teria que observar todos os princípios que regem a coisa pública, em especial o que exigiria o cumprimento da Lei 8.666/93.

Feitas estas considerações, o relator Min. Ubiratan Aguiar concluiu seu voto propondo que o tribunal *ordenasse* a STN que promovesse uma alteração no ato normativo avaliado como ilegal e inconstitucional; veja-se:

“15. Em razão do exposto, compreendo que deve ser fixado prazo, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, para que a Secretaria do Tesouro Nacional revogue o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, dando-se notícia desse fato ao Exmo. Sr. Ministro da Controladoria-Geral da União.”

Deste entendimento, porém, divergiu o redator, Min. Benjamin Zymler. Para tanto argumentou, em primeiro lugar, que, à luz da Constituição Federal, não teria o tribunal competência para determinar a órgão ou entidade da administração pública, coercitivamente, sob pena de multa, a modificação ou a revogação de atos normativos, mas apenas a competência para, eventualmente, determinar ao gestor público, diante de um caso concreto, a não aplicação de dado dispositivo àquele caso, por alguma razão jurídica. No mérito, observou que não seria possível, em princípio, o exercício de prerrogativas públicas, tais quais previstas na Lei 8.666/93, por entes privados, uma vez que, “...dada a natureza dos mesmos, somente

entes públicos podem exercê-las”, como seria o caso, por exemplo, da aplicação de multas, da rescisão unilateral de contratos e da declaração de inidoneidade de licitantes. Ponderou, ainda, que somente mediante lei – nunca por convênio ou outro instrumento congênera – a delegação de *munus publico* a entidades privadas, como as precitadas prerrogativas, poderia ocorrer. Acrescentou que a observância de todos os dispositivos da Lei 8.666/93 por entidades privadas seria indesejável, por acarretar a elevação de seus custos operacionais, já que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações. Destacou também que tanto a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, quanto a Lei 8.666/93, em seu art. 2º., parágrafo único, restringiram a aplicabilidade do dever de licitar à administração pública direta e indireta dos entes da federação, sem incluir os particulares. De resto, apontou que toda vez que o Texto Constitucional teria desejado estender aos particulares regramentos típicos do setor público, ele o teria feito expressamente, como no caso do parágrafo único do art. 70, “...que estende o dever de prestar contas a todos que manuseiam recursos públicos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas”.

Concluiu o Min. Benjamin Zymler, enfim, com a proposição de que, no caso, fossem simplesmente acolhidas as justificativas apresentadas pela Fundação Zerbini em defesa da lisura de seu processo de contratação de empresa de engenharia para a construção de unidade do InCor no Distrito Federal. De acordo com sua proposta de encaminhamento do feito, em síntese, faleceria competência ao TCU para determinar a revogação do parágrafo único do art. 27 da IN/STN 01/97 e, mais do que isso, ainda que lhe fosse dado exercer tal competência, o dispositivo da instrução normativa em questão, ao prever que a entidade privada beneficiária de convênio não está sujeita à Lei 8.666/93, e que tal entidade, ao executar despesas com recursos recebidos em transferência, deve adotar procedimentos análogos aos estabelecidos na Lei 8.666/93, não seria merecedor de qualquer reparo.

Ante os posicionamentos dos Ministros relator e redator, todavia, o tribunal deu razão ao relator, Min. Ubiratan Aguiar, acolhendo a sua tese de que entidades privadas, quando investidas na gestão de recursos públicos, para o desempenho de funções públicas, estariam obrigadas à observância do disposto na Lei 8.666/93. À luz desse entendimento, eis a ordem expedida pelo tribunal à STN:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos...  
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em  
Sessão Plenária, em:

[...]

9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei nº 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58 inciso II, da mesma Lei;”.

Como se vê, o tribunal determinou à STN, sob pena multa, que alterasse o disposto no parágrafo único do art. 27 da IN/STN 01/97, com vistas à sua suposta adequação ao previsto na Constituição Federal. A STN acatou a ordem. Fez publicar, nesse sentido, a IN/STN 03, de 25.9.2003, que, entre outras disposições, deu nova redação ao citado parágrafo único do art. 27 da IN/STN 01/97.

A redação original do dispositivo da IN/STN 01/97 era:

“Art. 27. Quando o conveniente integrar a administração pública, de qualquer esfera de governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei nº. 8.666/93, especialmente naquilo que se refira a licitação e contrato.

Parágrafo único. Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita à Lei nº. 8.666/93, deverá, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei.”

Com a redação que lhe foi dada pela IN/STN 03, de 25.9.2003 – expedida em cumprimento à ordem do TCU –, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

“Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato,

admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.”<sup>74</sup>

Contudo, o novo entendimento do tribunal, que daria respaldo à nova redação conferida ao art. 27 da IN/STN 01/97, logo seria rechaçado por ele próprio, ao apreciar pedido de reexame de sua decisão.

Deveras, diante da decisão tomada no **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**, o Ministério Público junto ao tribunal interpôs pedido de reexame, o qual veio a ser parcialmente acolhido por intermédio do **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**. Nesse julgado, o tribunal decidiu:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos...

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48 c/c o art. 33 da Lei 8.443/92 e no art. 286 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial;

9.2. atribuir aos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 1070/2003 - Plenário a seguinte redação:

‘9.2. firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93;

9.3. arquivar os presentes autos;’

9.3. recomendar à Presidência de República, tendo em vista a competência prevista no art. 84, inciso IV, da CF/88, que proceda à regulamentação do art. 116 da Lei 8.666/93, estabelecendo, em especial, as disposições da Lei de Licitações que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos;”

Note-se que foi revertido o entendimento adotado pela corte anteriormente, de que as entidades privadas, subvencionadas com recursos públicos, deveriam aplicar a Lei 8.666/93, nos seus exatos termos, quando da contratação de terceiros. “Caiu por terra”, assim, a utilidade da nova redação conferida pela STN (a mando do TCU, como visto) ao art. 27 da IN/STN

---

<sup>74</sup> A Lei 10.520/2002, vale lembrar, institui a licitação na modalidade de pregão. Assim, o art. 27 da IN/STN 01/97, na sua nova redação, sugeria que as entidades privadas receptoras de recursos em transferência, obrigadas que ficavam a licitar, se valessem da licitação na modalidade de pregão.

01/97, que visava justamente a espelhar o entendimento de que a aplicação da Lei 8.666/93, nos seus exatos termos, era imperativa nesses casos.

O novo entendimento, doravante, seria o de que a Lei 8.666/93 deveria, sim, ser reconhecida como verdadeira lei de regência da contratação de fornecedores, com uso de recursos públicos, por entidades privadas, mas tal lei se aplicaria apenas “no que couber” a estas contratações em decorrência – supunha-se<sup>75</sup> – do previsto no seu art. 116. Note-se ainda que, observando que o art. 116 seria pouco elucidativo quanto ao quê efetivamente caberia aplicar a tais contratações entre particulares, o TCU entendeu por bem recomendar ao Presidente da República que, no exercício da sua competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei (Constituição, art. 84, IV), efetivamente regulamentasse o citado dispositivo, especificando as suas disposições legais aplicáveis a tais ajustes.<sup>76</sup>

É notável a confusão que seria alimentada por este posicionamento do TCU. É verdade que a sua nova interpretação tinha se tornado um pouco mais “amena” que a anterior (se antes, nos termos do **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**, entendera ser a Lei 8.666/93 estritamente aplicável às contratações entre particulares envolvendo uso de recursos públicos, doravante, nos termos do **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**, entenderia que a mesma lei seria aplicável a tais ajustes apenas “no que couber”, amenizando assim o rigor com que havia interpretado a lei); mas o problema é que ambas, tanto a antiga como a nova interpretação, ignoravam aspecto decisivo do direito em questão, que era justamente a total inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às contratações entre particulares, ainda que feitas mediante uso de recursos públicos. Ambas as interpretações ignoravam a inaplicabilidade da lei e, por conseguinte, de seu art. 116.<sup>77</sup> O TCU, então, ao recomendar à Presidência da República que regulamentasse o art. 116 como forma de resolver a questão, acabou na verdade trazendo à mesa um

---

<sup>75</sup> Como se sustentará na **parte 2** desta tese, a Lei 8.666/93 como um todo, incluído o seu art. 116, não se aplica às contratações feitas entre particulares, ainda que envolvido o uso de recursos públicos. Por isso, o TCU, mesmo neste seu posicionamento mais “ameno” que o anterior, mal interpretou o direito vigente.

<sup>76</sup> Na **parte 2** desta tese, a impropriedade desta recomendação do TCU também será sustentada.

<sup>77</sup> O principal pressuposto de ambos os entendimentos foi o de que a Constituição Federal impõe a licitação, como regra a ser adotada, sempre que houver o envolvimento de recursos públicos. Mas esse pressuposto é equivocado, consoante se demonstrará na **segunda parte** deste trabalho e, de resto, o voto vencido do Ministro Benjamin Zymler, no **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**, já havia sustentado.

dispositivo completamente impertinente, contribuindo mais para obscurecer o problema do que para esclarecê-lo. Se é verdade que o art. 116 necessitava melhor regulamentação – justamente para os casos de ajustes celebrados pela *administração pública* com seus parceiros –, ele nada tinha a ver com os ajustes celebrados *entre particulares*, ainda que com uso de dinheiro público.

Para piorar a intervenção pouco feliz do TCU no trato normativo da matéria, a nova redação do art. 27 da IN/STN 01/97, dada pela IN/STN 03/2003, permaneceu intacta. Isto mesmo: em que pese ter sido talhada especialmente para mostrar-se consentânea com o entendimento do TCU no **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário** (alteração normativa, aliás, feita pela STN a mando do TCU, sob pena de multa), e em que pese ter aquele entendimento ficado superado em sede de reexame da matéria no **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**, a norma ficou intacta, passando, assim, a pontificar um entendimento defasado. Surpreendentemente, parece que não houve preocupação no sentido de se reajustá-la ao novo entendimento.

Difícil, neste contexto, é saber qual seria o bom direito resultante deste histórico: o que emanou do TCU em 2005 (**Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**) para emendar o seu desacerto de 2003 (**Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**) ou, então, o que emanou da STN em 2003 (nova redação do art. 27 da IN/STN 01/97, dada pela IN/STN 03/2003) como forma de atender a uma ordem do TCU que, pouco depois, acabou sendo por esse mesmo infirmada.

## **b) Transferências às OSCIP**

Por intermédio da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**, o tribunal procurou fixar entendimentos, à luz da Lei 9.790/99, acerca de seu próprio papel de controle sobre as parcerias envolvendo a transferência de recursos às OSCIP.

Cuidava-se, na oportunidade, de apreciar projeto de instrução normativa, elaborado por grupo de trabalho formado por técnicos de controle externo, com o objetivo de “subsidiar

deliberação a ser adotada sobre o alcance das disposições da Lei nº. 9.790, de 24.03.1999, nas atividades de controle a cargo do Tribunal, bem como propor eventual anteprojeto de normativos específicos”. Com tal objetivo, a constituição do grupo resultara de uma determinação do então Presidente do TCU, Min. Iram Saraiva, feita à Secretaria Geral de Controle Externo tão logo editada a Lei 9.790/99. Enquanto transcorriam as atividades do grupo de trabalho, dois atos normativos vinculados ao seu objeto de estudo foram editados: o Decreto 3.100/99 e a Portaria/MJ 361/99.<sup>78</sup> O resultado do trabalho do grupo, assim, já pôde avaliar também a regulamentação editada pelo Poder Executivo.

Após ampla avaliação, o grupo de trabalho fez várias sugestões de aperfeiçoamento do texto do Decreto 3.100/99 aos órgãos competentes do Poder Executivo, que foram endossadas pelo relator Ministro Marcos Vilaça e pelo plenário do TCU.<sup>79</sup> Numa delas, freqüentemente citada pela doutrina que estuda o terceiro setor, propôs que a mera faculdade de instauração de *concurso de projetos* para a seleção de OSCIP parceira, prevista no Decreto 3.100/99, fosse substituída pela previsão de sua obrigatoriedade para os casos em que o valor do instrumento de parceria ultrapassasse determinado limite. A proposição viria a ser reapresentada noutros julgados posteriores do TCU, como se verá oportunamente. Outra proposta foi a de que o órgão repassador de recursos, quando não acatasse as recomendações do Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente à da OSCIP pretendente a uma parceria, tivesse que justificar formalmente a sua decisão.

Outro aspecto a destacar da avaliação legislativa feita pelo grupo de trabalho, endossada pelo plenário do TCU, é a conclusão de que as OSCIP, à semelhança do que já vinha ocorrendo com os convênios sob a IN/STN 01/97, deveriam prestar contas diretamente ao órgão repassador dos recursos. Avaliou-se ser descabida a prestação de contas sistemática ao TCU, por parte dessas instituições, mesmo em relação aos recursos vinculados a termos de parceria. É o que resultaria tanto da Lei 9.790 e do Decreto 3.100/99, quanto do arcabouço

---

<sup>78</sup> Cf. relatório apresentando da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

<sup>79</sup> Neste sentido, vale a transcrição da íntegra de uma das ordens do tribunal emanadas da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**: “8.5. encaminhar ao Conselho da Comunidade Solidária o estudo elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 19-Segecex, de 07.06.1999, contido no Anexo II, para que avalie a conveniência e a oportunidade de aperfeiçoar as disposições do Decreto nº 3.100/99, nos termos das propostas apresentadas”. O aludido Anexo II apontava, uma a uma, as sugestões de mudança de texto do citado decreto, inclusive com a proposição de novos textos e a síntese das justificativas para cada proposição.

normativo sobre as atividades de controle externo – especificamente, nesse último caso, do art. 71, II, da Constituição, assim como do art. 6º. da Lei 8.443/92 e do art. 1º. da IN/TCU 12, de 24.4.96. Esta última instrução normativa, inclusive, precisaria ser modificada para refletir este entendimento, tendo o grupo de trabalho feito recomendação nesse sentido, endossada pelo Ministro relator e pelo plenário do TCU.<sup>80</sup> Apesar de não obrigadas à sistemática prestação de contas ao TCU, tais instituições estariam alcançadas pela jurisdição do tribunal, inclusive pelo dever de sujeição, em caso de omissão quanto ao dever de prestar contas dos recursos recebidos via termo de parceria, a processo de tomada de contas especial.<sup>81</sup> Concluiu-se, ainda, que o TCU poderia realizar fiscalizações diretas sobre termos de parceria firmados com entidades qualificadas como OSCIP, tanto por meio de inspeções e auditorias quanto por ocasião do exame dos processos de contas das unidades ou entidades transferidoras dos recursos. É o que decorreria não só do citado art. 5º., VII, da Lei 8.433/92, como também da Súmula de Jurisprudência nº. 78 do tribunal.<sup>82</sup>

Também foi sugerida pelo grupo de trabalho e, enfim, endossada pelo plenário, a tomada de providências para adequar os recursos humanos do tribunal à aplicação da nova lei. Nesse sentido determinou-se a realização de cursos e palestras para disseminar o conteúdo da nova lei pelo corpo técnico da corte,<sup>83</sup> bem como a elaboração de procedimentos de auditoria específicos para os termos de parceria celebrados com entidades qualificadas como OSCIP,

---

<sup>80</sup> Cf. item 8.1 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

<sup>81</sup> É o que decorreria do art. 5º., VII, da Lei 8.443/92, que prevê estarem submetidos a tal jurisdição, entre outros, “os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, Distrito Federal ou a Município.” Sustentou o grupo de trabalho que o dispositivo englobaria os recursos repassados por termos de parceria a entidades qualificadas como OSCIP ainda que estas pertencessem à esfera privada; argumentou, nesta linha, que a IN 13, de 4.12.96, que dispunha sobre as tomadas de contas especiais, já abria o leque de sujeitos alcançados pelas tomadas de contas especiais aos particulares responsáveis por convênios, acordos, ajustes e instrumentos similares, como os termos de parceria. E os próprios considerando da citada instrução normativa já interpretariam de forma abrangente o alcance da jurisdição do TCU, incluindo os particulares responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O entendimento firmado, portanto, afigura-se consentâneo com o defendido no início do **presente capítulo**, ao apresentar-se uma visão geral das ferramentas de controle de que dispõe o TCU e apontar-se, justamente, que os particulares receptores de recursos em transferência devem prestar contas aos órgãos repassadores, ficando sujeitos, todavia, à fiscalização do TCU.

<sup>82</sup> Segundo a súmula: “(...) Não compete ao Tribunal de Contas julgar ou aprovar previamente contratos, convênios, acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública. Pode, todavia, no exercício de auditoria financeira e orçamentária e com vistas ao julgamento das contas de responsáveis ou entidades sob sua jurisdição, tomar conhecimento dos respectivos termos, para, se verificar ilegalidade ou irregularidade, adotar providências no sentido de saná-la ou evitar sua reincidência.”

<sup>83</sup> Cf. item 8.2 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

em caráter experimental.<sup>84</sup> Além disso, recomendou-se à STN que adotasse providências no sentido de tornar disponíveis no SIAFI as informações sobre os termos de parceria firmados, nos moldes do que já ocorria com o Subsistema de Convênios.<sup>85</sup>

Finalmente, também por sugestão do grupo de trabalho, o TCU determinou a um de seus órgãos técnicos que promovesse a revisão da matéria dentro de um ano, a fim de que fossem realizados os ajustes necessários na ação fiscalizadora do tribunal sobre os termos de parceria, incluindo estudos sobre aspectos específicos da aplicação da Lei 9.790/99 a serem controlados, como a possibilidade de remuneração de dirigentes e prestadores de serviços das OSCIP ou a vedação de participação dessas entidades em campanhas eleitorais ou de interesse político-partidário.<sup>86</sup>

O tema da aplicação da Lei 9.790/99 e da respectiva regulamentação voltaria a ser examinado, detidamente, pelo tribunal, no **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**. Tratava-se de acórdão resultante de plano de auditorias da corte para o primeiro semestre de 2003, por meio do qual se objetivava, em essência, avaliar a aplicação de recursos transferidos mediante termos de parceria, de um lado, e o próprio controle exercido pelo TCU acerca da aplicação das disposições da Lei 9.790/99, de outro. Neste último caso, o específico objetivo almejado era a promoção dos aperfeiçoamentos que se fizessem necessários à ação fiscalizadora do TCU sobre os termos de parceria celebrados entre o Poder Público federal e as OSCIP.

Para o cumprimento do primeiro objetivo – avaliação da aplicação de recursos transferidos mediante termos de parceria –, escolheu-se como foco de análise o termo de parceria firmado entre o MPOG e a OSCIP Rede Brasileira de Promoção de Investimentos – Investe Brasil.<sup>87</sup> Daí resultaram apontamentos pela equipe de auditoria, inclusive de irregularidades, que foram segregados para uma análise em apartado.

---

<sup>84</sup> Nesta linha, confira-se o item da decisão plenária: “8.3. determinar à Secretaria de Auditoria e Inspeções – Saudi – que elabore, em caráter experimental, Procedimentos de Auditoria (P.A.) específicos aplicáveis à fiscalização dos Termos de Parceria instituídos pela Lei nº 9.790/99;”.

<sup>85</sup> Cf. item 8.4 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

<sup>86</sup> Cf. item 8.6 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

<sup>87</sup> A razão pela qual este caso específico foi escolhido para fins de auditoria e análise, e não outro caso, ou outro conjunto de casos, não resta explicitada no acórdão.

Para o cumprimento do segundo objetivo do plano – avaliação da própria sistemática de controle do tribunal sobre termos de parceria com entidades qualificadas como OSCIP –, outra vertente de considerações foi feita pela equipe de auditoria. Foram estas considerações que se tornaram objeto de deliberação pelo tribunal no **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

Naquele julgado, o tribunal adotou uma série de entendimentos que orientariam o exercício de sua própria função de fiscalização sobre os repasses federais às OSCIP e, ainda, a função de fiscalização a cargo de órgãos e entidades da administração pública. Em síntese, buscou sedimentar suas próprias interpretações da legislação e, com isto, padronizar a sua prática fiscalizadora. Nesse sentido fixou o entendimento de que “não se aplicam aos Termos de Parceria celebrados entre a Administração Pública Federal e as Oscips as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/97-STN”.<sup>88</sup> Adotou, ainda, a conclusão de que “os valores percebidos pelos dirigentes das Oscips que atuem na gestão executiva e daqueles que prestam serviços específicos, em razão da celebração de Termos de Parceria com a Administração Pública Federal, devem respeitar os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação, conforme o art. 4º., inciso VI, da Lei 9.790/99.”<sup>89</sup> E fixou, também, o entendimento de que “...previamente à assinatura de Termos de Parceria, deve ser exigida da Oscip interessada em celebrar parceria com o Poder Público, as certidões negativas mencionadas no art. 4º., inciso VII, ‘b’, da Lei nº. 9.790/99, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º., da Constituição Federal”.<sup>90</sup>

Por outro lado, o tribunal fez determinações a outros órgãos da administração pública, para que tomassem providências no que tange à aplicação da lei. Nesse sentido determinou ao MPOG e à Casa Civil da Presidência da República que orientassem os órgãos e entidades da administração federal para que incluíssem nos termos de parceria já celebrados, ou a celebrar, cláusula proibindo a OSCIP de utilizar recursos públicos em gastos vedados pela LDO.<sup>91</sup> Na mesma linha determinou aos mesmos dois órgãos que avaliassem a “...inclusão em normativo

---

<sup>88</sup> Cf. item 9.1.2 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

<sup>89</sup> Cf. item 9.1.3 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

<sup>90</sup> Cf. item 9.3 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

<sup>91</sup> Cf. item 9.2 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto nº. 3.100/99 em toda e qualquer situação.”<sup>92</sup> Tal “critério” era o concurso de projetos, de sorte que, ao propor novamente a sua obrigatoriedade, o tribunal ecoava a sua manifestação já feita na **Decisão 931/99-TCU-Plenário**.

Numa terceira categoria de comandos, o tribunal dirigiu recomendações a órgãos da administração pública. Ao MPOG e ao MJ recomendou que estudassem “...a conveniência de incluir em normativo próprio a previsão de que o Poder Público, antes da celebração do Termo de Parceria, deva levar em consideração, quando cabível, os requisitos listados no art. 27 do Decreto nº. 3.100/99, entre outros necessários à aferição da capacidade operacional da entidade interessada”.<sup>93</sup> E dirigindo-se ainda ao MJ apenas recomendou que estudasse “...a conveniência de incluir em normativo próprio as hipóteses de perda de qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.”<sup>94</sup>

Além disso, no mesmo **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**, o tribunal fez uma série de determinações às suas unidades técnicas no sentido de que realizassem estudos com vistas a aprimorar a sistemática de fiscalização empregada por aquela corte, notadamente a fiscalização ou controle das transferências de recursos públicos às ONGs em geral.<sup>95</sup>

Vale perceber, finalmente, que houve clara diferenciação entre os posicionamentos que o TCU vinha adotando até então com relação às transferências às entidades privadas em geral, de um lado, e os novos posicionamentos que fixou relativamente às portadoras da qualificação de OSCIP, de outro. Quanto àquelas o tribunal entendia que, uma vez subvencionadas pelo Poder Público, deviam observar a Lei 8.666/93 ao contratarem terceiros, ao menos no que a lei se mostrasse pertinente (*cf.* **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**); quanto a estas adotou o entendimento de que deviam atender apenas a regulamento próprio de contratação de obras, bens e serviços, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, tudo de acordo com a Lei 9.790/99 (*cf.* **Acórdão**

---

<sup>92</sup> *Cf.* item 9.4 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

<sup>93</sup> *Cf.* item 9.5 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

<sup>94</sup> *Cf.* item 9.6 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

<sup>95</sup> *Cf.* item 9.8 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**.

**1.777/2005-TCU-Plenário**). Quanto àquelas entendia que, para o recebimento de recursos financeiros pelo Poder Público, sujeitavam-se naturalmente às normas sobre convênios, em particular às disposições da IN/STN 01/97; quanto a estas entendeu que se submeteriam às regras da legislação e regulamentação específicas, alheias à pertinente aos convênios (*cf.* **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**).

Outro aspecto importante deste **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**, que também teria ressonância no futuro, foi a fixação de prazo, para as suas unidades técnicas, para que propusessem aperfeiçoamentos no sistema de controle externo das transferências de recursos públicos a ONGs. O tribunal manifestava, naquele momento, especial preocupação com o controle estatal sobre a subvenção de ONGs.

### **c) Transferências intergovernamentais**

Em 2006, o Auditor Augusto Sherman Cavalcanti, relatando o **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**, referia o “...sentimento desta Casa [o TCU] quanto à necessidade de redobrar-se a atenção, em especial no âmbito dos órgãos e entidades repassadores, no que tange aos recursos transferidos a estados e municípios por intermédio de convênios, acordos, ajustes, contratos de repasse e instrumentos congêneres.”<sup>96</sup> A preocupação externada pelo Auditor, embora relacionada a *transferências voluntárias* (intergovernamentais, portanto) de recursos, levaria a deliberações do tribunal que, no futuro, repercutiriam sobre todo tipo de transferência, inclusive as destinadas ao terceiro setor. Veja-se como isto aconteceu.

O acórdão originara-se de representação feita pela unidade mineira da Secretaria do TCU (a Secex/MG) em razão de denúncias veiculadas pela imprensa, em 2002, acerca de irregularidades na utilização de recursos federais repassados a prefeituras do Estado de Minas Gerais. Diante desta representação, o TCU havia decidido que fossem empreendidas inspeções em duas frentes: de um lado, nas trinta prefeituras indicadas pela Secex/MG; de outro, nos dez órgãos e entidades federais envolvidos nos repasses de recursos àquelas prefeituras.

---

<sup>96</sup> Voto do relator em **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

Quanto às inspeções nas trinta prefeituras, a conclusão atingida foi a seguinte: “...dos 30 municípios auditados, 23 apresentaram irregularidades graves relacionadas com o esquema de fraude em licitações e conluio, 3 apresentaram irregularidades graves não relacionadas com o esquema denunciado, 3 apresentaram falhas formais e em apenas 1 não foram constadas irregularidades...”<sup>97</sup>

Quanto às inspeções nos dez órgãos ou entidades federais repassadores de recursos, produziu-se um relatório, nos quais se consolidaram as dez auditorias empreendidas, chamadas “fiscalizações de orientação centralizada”, relatório este que veio a ser objeto de apreciação no **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

A principal constatação feita a partir da apreciação do relatório consolidado dessas auditorias, salientada no voto do relator do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**, Augusto Sherman Cavalcanti, foi a de que os órgãos e entidades federais repassadores de recursos não detinham a mínima estrutura necessária ao cumprimento de seus fins. Visando a atacar esta deficiência estrutural na sua raiz, o tribunal deliberou, em primeiro lugar, determinar ao MPOG que, em conjunto com outros órgãos e entidades federais, elaborasse “...estudo técnico com vistas a dotar os órgãos e entidades federais repassadores de recursos públicos federais da estrutura mínima necessária ao bom e regular cumprimento de seus fins, a ser apresentado a este Tribunal no prazo de 180 (cento e oitenta) dias...”<sup>98</sup>

A exigência de estudo técnico fundamentou-se na percepção de que há muito tempo deficiências estruturais no controle das transferências voluntárias vinham sendo detectadas (remontando, pelo menos, ao ano de 1999, em que se detectara o controle deficiente de transferências feitas em 1996). Fundamentou-se, ainda, na percepção de que também há muito tempo o TCU e a CGU vinham apontando – repetidamente – as mesmas deficiências. Nesse sentido, vale transcrever trecho do voto do relator:

---

<sup>97</sup> Relatório do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

<sup>98</sup> Cf. item 9.1 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

“9. Consta-se, aliás, que, entre os achados das fiscalizações de orientação centralizada, os de maior relevância dizem respeito a deficiências já identificadas em deliberações anteriores deste Tribunal e nos estudos acerca do tema promovidos pela Controladoria-Geral da União. A recorrência dessas falhas na transferência de recursos federais por convênios e contratos de repasse aponta para deficiências estruturais dos órgãos repassadores, controles inexistentes ou ineficientes e falta de servidores habilitados a analisar e fiscalizar a descentralização de recursos em número compatível com o volume de instrumentos celebrados. Essa situação tem-se mantido ao longo do tempo, não obstante as decisões desta Corte e as recomendações da CGU.

10. Ademais, por força das auditorias realizadas em prefeituras em decorrência de ‘sorteios públicos’, a CGU tem, reiteradamente, comunicado a este Tribunal a constatação, nas mais variadas localidades do país, de Norte a Sul, de Leste a Oeste, de irregularidades na execução de recursos federais repassados por meio de convênios ou instrumentos similares que não haviam sido identificados pelos órgãos concedentes. Muitas dessas irregularidades são de gravidade expressiva, frequentemente envolvendo, de maneira semelhante ao identificado nas inspeções realizadas em Minas Gerais anteriormente pensadas a estes autos, evidências, por exemplo, de conluio entre licitantes, empresas fantasmas e notas fiscais inidôneas. Em vários casos, aliás, a gravidade das ocorrências tem sido mais do que suficiente para ensejar a instauração de tomada de contas especial, embora se verifique que, em não raras oportunidades, a prestação de contas do instrumento já havia sido aprovada pelo órgão repassador.

11. O quadro sinaliza, portanto, para a necessidade de que o Tribunal de Contas da União adote medida para além das até aqui aplicadas. [...]”

Diante deste quadro, o relator concluiu:

“18. Mais do que estreitar os controles, penso que a solução passa primeiro e necessariamente pela reestruturação dos órgãos e entidades repassadores, dotando-os dos meios humanos e materiais necessários à boa e regular execução dos seus fins.”<sup>99</sup>

A principal medida tomada pelo TCU diante da reiteração, de longa data, das mesmas deficiências de controle, consistiu na determinação da realização de estudos pelo MPOG, nos termos já mencionados.

Mas o tribunal recomendou ainda àquele ministério uma avaliação, em específico, sobre “...a possibilidade de criação ou modificação de sistema de informática, que permita o

---

<sup>99</sup> Voto do relator no **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

acompanhamento on-line pelo menos em parte dos convênios, acordos, ajustes, contratos de repasse ou outros instrumentos congêneres, compreendendo a sinalização automática daqueles que mostrem comportamento discrepante”.<sup>100</sup> Note-se que a criação de referido sistema de acompanhamento *on line* dos ajustes de transferências viria, mais tarde, a se concretizar na criação do Portal dos Convênios.

E determinou também às unidades técnicas que, após as providências supra-enumeradas, viessem, no futuro, a reapresentar proposta de edição de ato normativo por meio do qual fossem estabelecidos indicadores de desempenho para os órgãos e entidades repassadores de recursos públicos federais.<sup>101</sup>

Todas estas três estipulações do TCU no **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário** – atinentes, liste-se ainda uma vez, à realização de estudo técnico com vistas a dotar os repassadores de recursos da estrutura mínima necessária ao cumprimento de seus fins, à avaliação da possibilidade de criação de sistema de acompanhamento *on line* dos pactos de transferência de recursos, e à edição de ato normativo estabelecendo indicadores de desempenho para os órgãos repassadores – tiveram por base a constatação reiterada de deficiências no exercício do controle, a sugerir que seriam mesmo “estruturais”.<sup>102</sup> O

---

<sup>100</sup> Cf. item 9.2 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

<sup>101</sup> Cf. item 9.3.4 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

<sup>102</sup> Diante destas deficiências, a unidade técnica do tribunal havia sugerido, em princípio, uma série de determinações aos órgãos e entidades repassadores destinadas a saná-las uma a uma; porém, como o relator concluiu que a prioridade, antes, deveria ser enfrentar a raiz do problema, através da realização de estudos de medidas para que tais órgãos e entidades de controle fossem melhor aparelhados ao exercício de suas atribuições, estas determinações pontuais, sugeridas pelas unidades técnicas, acabaram não sendo encampadas pela corte. Vale, porém, destacá-las aqui, ainda que resumidamente, para que se tenha uma idéia de seu conteúdo: *i) manutenção de bases atualizadas de preços* relativas a obras e serviços normalmente envolvidas nos ajustes em mira; *ii) padronização do conteúdo mínimo dos pareceres técnicos*, exarados pelos repassadores, relativamente às minutas de convênios e outros instrumentos congêneres propostos; *iii) explicitação de memórias de cálculo comparativas entre os preços* constantes do orçamento apresentado pela proponente e aqueles praticados no mercado; *iv) análise das quantidades de material ou de serviço necessários* à execução dos projetos; *v) evitar-se a realização de repasses em uma só parcela*, principalmente na hipótese de ajustes envolvendo valores de maior monta; *vi) exigência de comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel*; *vii) abstenção da celebração de convênios quando o projeto básico for inadequado ou insuficiente* para a caracterização da obra ou serviço; *viii) exigência de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao CREA*, nos convênios que se refiram à execução de obras e serviços de engenharia; *ix) exigência de clara divisão de responsabilidades*, constando do instrumento quais parcelas são de responsabilidade do concedente ou contratante e quais são de responsabilidade do conveniente ou contratado; *x) verificação, com maior rigor, do cumprimento das exigências para transferências voluntárias constantes da LRF*, art. 25, § 1º; *xi) verificação da comprovação de publicidades dos procedimentos licitatórios*; *xii)*

interessante é perceber que o enfrentamento destas deficiências viria a servir, também, para o aperfeiçoamento do ferramental de acompanhamento e controle das transferências de recursos ao terceiro setor, com base no Decreto 6.170/2007 e na Portaria Interministerial 127/2008, editados na esteira deste verdadeiro “basta” à inépcia das fiscalizações de transferências, dado pelo TCU, com o seu **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

#### **d) Transferências a ONGs**

O **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário** resultou da análise de relatório consolidado de auditorias realizadas em ajustes celebrados entre a União, ou entidades de sua administração indireta, com ONGs, no período de 1995 a 2005. Tais auditorias tiveram por objetivo verificar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados a essas ONGs, por meio de convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres, em cumprimento ao plano de fiscalização do segundo semestre de 2005. Note-se que estas auditorias focalizadas em transferências federais a ONGs constituíram ressonância, nalguma medida, de preocupação externada pelo TCU em 2005, no **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**, que cuidara – como visto – das transferências ao universo mais restrito das ONGs portadoras da qualificação de OSCIP.

Neste **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**, o tribunal expediu uma série de determinações a órgãos da administração pública federal para que tomassem providências específicas com vistas ao aprimoramento do controle estatal sobre as transferências às ONGs.

Um conjunto de determinações alinhava-se com o objetivo de conferir-se *ampla transparência* às transferências realizadas a estas entidades. A primeira delas dirigia-se ao

---

**evitar-se a liberação automática de recursos sem prévia análise das prestações de contas parciais; *xiii*)** garantia de que **prorrogações de prazo sejam feitas somente mediante celebração de termos aditivos; *xiv*)** realização de **registros no SIAFI dos planos de trabalho e dos instrumentos de transferência de recursos firmados**, bem como de todas as modificações respectivas; ***xv*)** **acompanhamento quanto à execução local** dos ajustes; ***xvi*)** **instauração da devida tomada de contas especial** quando não comprovada a regular aplicação dos recursos recebidos; ***xvii*)** **registro no SIAFI da inadimplência relativa à omissão de prestação de contas** por parte de municípios beneficiados com recursos federais; e ***xviii*)** **observância dos prazos estipulados para conclusão da análise das prestações de contas apresentadas**. Cf. item 40 do relatório do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**.

MPOG, ordenando-o que realizasse estudo técnico para a implantação de sistema de acompanhamento *on-line* de todos os ajustes de transferência financeira celebrados pela administração pública federal. Ecoava, assim, determinação já feita no mesmo ano de 2006, no supra-aludido item 9.2 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**, só que desta vez detalhava mais a sua ordem. Vale a transcrição:

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

9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 5º., inciso XXXIII, da mesma Carta Magna, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, apresente a este Tribunal estudo técnico para implementação de sistema de informática em plataforma web que permita o acompanhamento on-line de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão via rede mundial de computadores, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados, especialmente os dados da entidade conveniente, o parlamentar e a emenda orçamentária que alocaram os recursos, se houver, o objeto pactuado, o plano de trabalho detalhado, inclusive custos previstos em nível de item/etapa/fase, as licitações realizadas com dados e lances de todos os licitantes, o status do cronograma de execução física com indicação dos bens adquiridos, serviços ou obras executados, o nome, CPF e dados de localização dos beneficiários diretos, quando houver, os recursos transferidos e a transferir, a execução financeira com as despesas executadas discriminadas analiticamente por fornecedor e formulário destinado à coleta de denúncias;

9.1.1. [...]”

Como se pode perceber, esta determinação e a sua predecessora, feita meses antes no **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**, parecem ter contribuído decisivamente para a instituição, pelo Poder Executivo, do SICONV, por meio do Decreto 6.170/2007, enquanto sistema eletrônico de gestão de convênios e instrumentos congêneres, acessível pelo público por meio do Portal dos Convênios na Internet. O Portal seria definitivamente instalado em 2008. Com razão, em editorial publicado à época de seu lançamento, o jornal *O Estado de São Paulo* avaliava que uma verdadeira “revolução” na gestão pública brasileira, com tal iniciativa federal, havia sido deflagrada.

Ainda em linha com o objetivo de conferir-se ampla transparência às transferências ao terceiro setor, o mesmo acórdão do TCU decidiu:

“9.2. determinar ao Conselho Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para viabilizar a transparência necessária ao controle social, disponibilize, em sua página na rede mundial de computadores, as informações relativas aos títulos jurídicos sob sua responsabilidade (Registro e Cebas), incluindo o CNPJ, o nome da entidade, a atividade de interesse social desenvolvida por ela, a data de sua fundação e seus dados completos de localização, inclusive sítio na rede mundial de computadores, quando houver, e-mail e telefones, nome, cargo e CPF dos integrantes de seus órgãos internos (conselhos e diretoria executiva), data de concessão, prazo de validade e discriminação dos benefícios associados ao título concedido com sua situação (regular, suspenso ou cancelado), e formulário destinado ao registro de denúncias;

9.3. determinar ao Ministério da Justiça que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, para complementar as informações atualmente fornecidas e viabilizar efetivamente o controle social, disponibilize em sua página na rede mundial de computadores a atividade de interesse social desenvolvida pela entidade qualificada como Oscip ou de Utilidade Pública Federal, a data de sua fundação e seus dados completos de localização, inclusive sítio na rede mundial de computadores, quando houver, e-mail e telefones, nome, cargo e CPF dos integrantes de seus órgãos internos (conselhos e diretoria executiva), data de concessão, prazo de validade e discriminação dos benefícios associados ao título concedido com sua situação (regular, suspenso ou cancelado), e formulário destinado ao registro de denúncias;”

Observe-se que não apenas o MPOG, mas também o MJ e o CNAS, na qualidade de órgãos diretamente envolvidos no controle das transferências financeiras a entidades do terceiro setor, receberam determinações bastante específicas do TCU.

Enquanto o MPOG recebeu a determinação de instalar aquele que viria a ser o Portal dos Convênios na Internet, dando ampla transparência a tais ajustes celebrados para fins de transferências financeiras, o MJ e o CNAS receberam determinações no sentido de que conferissem transparência à certificação de entidades do terceiro setor sob suas respectivas alçadas. Isto viria a acontecer, como se verá na **parte 2** desta tese (tanto o MJ quanto o CNAS, após reiterações da ordem do TCU, passariam a disponibilizar informações sobre entidades credenciadas em seus sítios na Internet). Assim, duas técnicas de controle das transferências

de recursos a tais entidades ficavam fadadas a receber muito mais luz do que no passado: o *credenciamento* e a *contratualização*.

Outro conjunto de determinações importantes feitas no **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário** alinhava-se nem tanto com o objetivo de promoção de ampla transparência na gestão e controle de transferências, mas com o de alteração das normas regulamentares pertinentes à matéria, emitidas pela STN, com vistas à *imposição de uma série de deveres aos órgãos públicos concedentes de recursos públicos e às entidades beneficiadas*. Recomendava-se, no item 9.4 do acórdão, que a STN instituisse os seguintes deveres: *i)* de estabelecimento, pelos órgãos concedentes, de critérios objetivos e transparentes de escolha de entidades privadas beneficiadas pelas transferências financeiras;<sup>103</sup> *ii)* de motivação da escolha de determinada entidade privada para a celebração de ajuste de transferência;<sup>104</sup> *iii)* de explicitação da metodologia de avaliação dos resultados das parcerias;<sup>105</sup> *iv)* de profissionalização da escrituração contábil das entidades privadas;<sup>106</sup> *v)* de responsabilização solidária do profissional ou empresa de escrituração contábil;<sup>107</sup> *vi)* de condicionamento da aprovação de todos os ajustes à prévia declaração de responsabilização solidária do profissional ou empresa de escrituração contábil;<sup>108</sup> *vii)* de cabal divulgação dos dados de contato do profissional ou empresa de escrituração contábil;<sup>109</sup> e *viii)* de alimentação tempestiva do sistema de acompanhamento *on-line* de ajustes de contratos de parceria pela própria entidade beneficiada.<sup>110</sup>

De uma forma geral, este **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário** teve importância decisiva no desencadeamento do processo de reforma, em âmbito infralegal, das normas

---

<sup>103</sup> Cf. item 9.4.1 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**, que faz expressa alusão à determinação constante do item 9.4 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**, endereçada ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil da Presidência da República, para que avaliassem a instituição da obrigatoriedade de concurso de projetos para a seleção de entidade qualificada como OSCIP. Esta última, como visto, já ecoava recomendação ao Conselho da Comunidade Solidária, feita tão logo editada a Lei das OSCIP, constante do item 8.5 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

<sup>104</sup> Cf. item 9.4.2 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

<sup>105</sup> Cf. item 9.4.3 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

<sup>106</sup> Cf. item 9.4.4 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

<sup>107</sup> Cf. item 9.4.5 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

<sup>108</sup> Cf. item 9.4.6 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

<sup>109</sup> Cf. item 9.4.7 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

<sup>110</sup> Cf. item 9.4.8 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**.

pertinentes às transferências de recursos da União – não apenas das pertinentes às transferências ao setor privado, mas também das relativas às transferências voluntárias. Com efeito, em que pese ter sido um acórdão motivado por auditorias em transferências de recursos para ONGs, boa parte das determinações em que resultou, concernentes à atribuição de ampla transparência aos repasses de recursos – especialmente pela criação de um sistema de acompanhamento *on line* –, acabou se referindo a quaisquer transferências, inclusive às ditas voluntárias, feitas a outros entes de federação. É o que seria reconhecido por uma das unidades técnicas do tribunal, expressamente, no ano seguinte, ao afirmar que o **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário** “...está no vértice das modificações ora em curso em toda a sistemática de operacionalização das transferências voluntárias do orçamento da União, inclusive na criação do Portal dos Convênios e na nova regulamentação da área, iniciada por Decreto 6.170/2007.”<sup>111</sup>

A efervescência do tema na corte de contas continuaria nos anos seguintes. A reforma regulamentar do **Regime das Entidades Conveniadas** aconteceria a todo vapor a partir de 2007. Paralelamente, a CPI das ONGs de 2007/2009 seria instalada no Senado Federal em 3 de outubro daquele mesmo ano. O TCU seria chamado a contribuir com as investigações da CPI. Neste sentido, o **Acórdão 2.619/2007-TCU-Plenário** foi produzido em face de solicitação de informações encaminhada ao TCU pela CPI. As solicitações eram, em síntese, de que, num prazo de vinte dias, o TCU apresentasse à CPI uma “...análise da situação geral das prestações de contas das entidades privadas sem fins lucrativos que receberam recursos do Governo Federal no período de 1999 a 2006...”, bem como uma “...avaliação geral sobre as denúncias ou representações recebidas pelo Tribunal...” no mesmo período. E, num prazo mais curto de cinco dias, solicitava-se que o TCU encaminhasse à CPI os mais relevantes trabalhos de auditoria e fiscalização pertinentes a ONGs, os estudos e análises já realizados ou em andamento sobre a relação entre o governo e tais entidades, assim como informações sobre os procedimentos que vinham sendo adotados para fiscalizar a aplicação de recursos públicos repassados às mesmas.

---

<sup>111</sup> Manifestação de unidade técnica do TCU, reproduzida pelo relator Min. Guilherme Palmeira, em seu relatório apresentado no **Acórdão 2.619/2007-TCU-Plenário**.

Em resposta às últimas solicitações, a serem encaminhadas em prazo mais curto, o relatório do **Acórdão 2.619/2007-TCU-Plenário** apresentou um ilustrativo esclarecimento acerca dos trabalhos da corte de contas sobre a matéria.

Primeiro esclareceu, em linha com julgados já mencionados nesta tese, que a fiscalização direta dos recursos e dos resultados alcançados compete ao órgão ou entidades que os repassa, assim como ao órgão central do sistema de controle interno (a CGU). Apontou que a única exceção é o caso das entidades qualificadas como OS, que devem prestar contas acerca de seus contratos de gestão com o Poder Público diretamente ao TCU (*cf.* **Decisão 592-TCU-Plenário**). Em todo e qualquer caso, os responsáveis pelos órgãos ou entidades concedentes, se tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, devem dar ciência ao TCU, sob pena de responsabilidade solidária.

Ponderou, em seguida, que, a despeito de estas atribuições de controle estarem concentradas nos órgãos e entidades concedentes, as auditorias do TCU e os estudos da CGU já vinham apontando, de longa data (como destacado nos **Acórdãos 2.066/2006-TCU-Plenário** e **788/2006-TCU-Plenário**), que tais órgãos e entidades não têm sido dotados de mínima estrutura “...para o bom desempenho de suas atribuições em todas as fases do ciclo de operacionalização das transferências, isto é, desde o exame e aprovação dos pedidos, ao acompanhamento concomitante da execução e à análise da prestação de contas.”<sup>112</sup> Como consequência – prossegue o relatório –, na fase anterior às transferências deixam “...de ser estabelecidos os parâmetros de controle, como especificações técnicas, custos, metas quantitativas e qualitativas...” e, já na fase de acompanhamento concomitante da execução, praticamente não há acompanhamento. Estas insuficiências e omissões nos controles prévio e concomitante estariam desembocando na inviabilidade de um controle de resultados. A esse respeito, vale transcrever trecho do relatório:

“16. As já mencionadas auditorias do TCU apontam que as análises das prestações de contas são superficiais, até mesmo deficientes, em dissonância com as informações e elementos presentes no processo, revelando que os pareceres são meramente pro forma, apenas para cumprir ritos legais e que não

---

<sup>112</sup> *Cf.* relatório do Min. Guilherme Palmeira, no **Acórdão 2.619/2009-TCU-Plenário**.

há procedimentos de avaliação dos resultados alcançados em termos de benefícios, impactos econômicos ou sociais ou, ainda, no tocante à satisfação do público-alvo em relação aos objetos implementados. Enfim, as análises de resultado, que deveriam constar dos pareceres sobre as prestações de contas, não permitem que se tenha qualquer idéia sobre a eficácia e a efetividade das ações executadas.”<sup>113</sup>

E termina, este diagnóstico da situação geral apresentado pelo relatório, com uma ilustração da gravidade do quadro de ineficácia dos mecanismos de controle das transferências de recursos federais. Esta gravidade é ilustrada com o levantamento do número de ajustes celebrados com ONGs em que não teria ocorrido prestação de contas ou, então, em que tais prestações de contas permaneciam pendentes de apreciação por anos a fio. Veja-se:

“18. Em 31.12.2006, havia 478 convênios, contratos de repasse e termos de parceria celebrados com ONGs, cuja vigência já se encontrava expirada desde 31/12/2005, sem que a prestação de contas, relativas a um montante de R\$ 107,75 milhões tenham, sequer, sido apresentadas aos órgãos e entidades que transferiram os recursos.

19. O atraso médio na entrega dessas prestações de contas, em toda a administração pública federal, supera três anos, chamando a atenção o caso do Ministério da Ciência e Tecnologia que responde por um quarto dos recursos repassados e pelo maior número de instrumentos sem contas apresentadas.

20. No que diz respeito às prestações de contas já apresentadas, mas ainda não analisadas pelos órgãos transferidores, havia, em 31/12/2006, 6.522 processos nessa situação, representando R\$ 1,9 bilhões, cuja aplicação o governo desconhece os resultados.”<sup>114</sup>

Note-se que a situação ilustrada era realmente espantosa, com números que evidenciam um verdadeiro colapso dos mecanismos de controle de resultados no âmbito das transferências de recursos da União. Contudo, vale lembrar que uma tentativa de endereçamento do problema dos prazos – e das conseqüências do seu descumprimento – para a apresentação e análise de prestações de contas de convênios e contratos de repasse viria a ser feita por intermédio da nova regulamentação editada no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas**.

---

<sup>113</sup> Cf. relatório do Min. Guilherme Palmeira, no **Acórdão 2.619/2009-TCU-Plenário**.

<sup>114</sup> Cf. relatório do Min. Guilherme Palmeira, no **Acórdão 2.619/2009-TCU-Plenário**.

O tribunal, aprovando o relatório do Min. Guilherme Palmeira e decidindo encaminhá-lo à CPI, ainda pôs em destaque outros, considerados os mais relevantes trabalhos de fiscalização sobre recursos repassados ao terceiro setor pelo TCU; segundo o tribunal seriam aqueles “...executados sob a metodologia denominada Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), cujo procedimento inclui preparação centralizada, execução descentralizada e consolidação dos resultados, com o objetivo de avaliar, de forma abrangente e integrada, um tema, um programa ou uma ação de governo, visando a traçar um quadro geral das situações verificadas, identificar irregularidades mais comuns e relevantes e propor aperfeiçoamento nos mecanismos de controle, no arcabouço legal ou no modelo de execução do programa ou da ação, de responsabilidade de um ou vários órgãos federais.” Assim, apontou as fiscalizações resultantes no **Acórdão 2.261/2005-TCU-Plenário**, feitas em 2005 para subsidiar os trabalhos da “CPI da Terra”, em que foram analisados 109 convênios com cinco ONGs ligadas à questão agrária e doze órgãos repassadores; as resultantes no **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**, já referido nesta tese; e as resultantes no **Acórdão 1933/2007-TCU-Plenário**, estas últimas focadas em transferências para ONGs no período de 2004 e 2006, no âmbito da ação do governo voltada a promover a chamada “Inclusão Digital”.

#### **e) Transferências em geral**

Após as determinações e recomendações do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**, o TCU verificou que havia sido atendida, pelo MPOG, a sua determinação de realização de estudos para a implantação de sistema de informática para acompanhamento *on-line* de todos os ajustes de transferência financeira celebrados pela União, constante do item 9.1 daquele julgado (e, como visto, também constante do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**). Neste sentido, por intermédio do **Acórdão 2.048/2007-TCU-Plenário**, o tribunal fez consignar que:

“...o ‘Documento de Visão do Portal de Convênios’, no qual estão consubstanciados os estudos técnicos para implementação do sistema de informática objeto da determinação constante do item 9.1, do Acórdão n. 2.066/2006-TCU-Plenário, contempla os requisitos e informações exigidos, razão pela qual pode ser considerada aprovada a visão consignada no referido documento, no que diz respeito ao atendimento da deliberação em causa.”

Por outro lado, o TCU também verificou, no mesmo **Acórdão 2.048/2007-TCU-Plenário**, que tanto o CNAS quanto o MJ, que haviam recebido as determinações supra-referidas no sentido de atribuírem maior transparência às suas atividades de credenciamento de entidades do terceiro setor, constantes dos itens 9.2 e 9.3 daquele julgado de 2006, ainda não as tinham cumprido. Assim, o tribunal decidiu

“...conceder, ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS/MDS, prorrogação, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para cumprimento da determinação constante do item 9.2 do Acórdão n. 2.066/2006-TCU-Plenário, contados da data de expiração do prazo concedido na referida deliberação e prorrogar, para até 8/11/2007, o prazo para cumprimento, pelo Ministério da Justiça, da determinação constante do item 9.3 do Acórdão n. 2.066-TCU-Plenário...”.

Mais recentemente, por intermédio do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**, o tribunal fez outro conjunto de recomendações à STN, no sentido de que estudasse ou avaliasse a possibilidade de instituir novo plexo de deveres aos órgãos de controle, relativamente aos ajustes de transferência financeira celebrados pela União. As recomendações à STN eram, em síntese, de que ela promovesse alterações na IN STN 01/97 para: *i*) disciplinar a obrigatoriedade de o concedente, no exercício de sua função de controle, manifestar-se expressamente sobre a adequação das minutas de instrumento de convênio às vedações e exigências da LDO sobre transferências ao setor privado;<sup>115</sup> *ii*) instituir a obrigatoriedade de discriminação detalhada, em *planos de trabalho* relativos à prestação de serviços de consultoria, da quantidade de horas técnicas envolvidas e do seu custo individual, das razões para o custo individual estipulado e da qualificação mínima requerida dos profissionais;<sup>116</sup> *iii*) instituir a obrigatoriedade de discriminação detalhada, quanto à *prestação de contas acerca de serviços de consultoria realizados*, das horas técnicas efetivamente trabalhadas, com indicação do profissional, sua qualificação, o evento e o local de realização do trabalho, bem como da data e do número de horas trabalhadas;<sup>117</sup> *iv*) especificar, nos instrumentos de convênio, os documentos que deverão ser produzidos pela conveniente para fins de demonstração do alcance

---

<sup>115</sup> Cf. item 9.1.1 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**,

<sup>116</sup> Cf. item 9.1.2 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**,

<sup>117</sup> Cf. item 9.1.2, *in fine*, do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**,

das metas estipuladas no pactuado, bem como os instrumentos e os indicadores que deverão ser utilizados para avaliação dos resultados efetivamente alcançados;<sup>118</sup> *v*) incluir a obrigatoriedade de apresentação, nas prestações de contas, de relatório sobre o grau de satisfação dos beneficiários de cada trabalho;<sup>119</sup> e *vi*) eliminar, relativamente à comprovação da realização de certame ou da sua dispensa, prevista no inciso X do artigo 28 da instrução normativa em questão, a regra que exige tal comprovação apenas à administração pública.<sup>120</sup>

Outras recomendações do tribunal, feitas no **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**, seguiram a mesma linha de conferir-se ampla publicidade às transferências de recursos do Estado ao terceiro setor. Foram endereçadas ao MPOG e à Casa Civil da Presidência da República, consistindo, em síntese, nas seguintes: *i*) ampla divulgação pela Internet, aos possíveis interessados, da disponibilidade de recursos orçamentários a serem executados mediante transferências a entes públicos ou privados;<sup>121</sup> *ii*) estabelecimento de um valor, nos ajustes de maior materialidade, a partir do qual seja obrigatória a verificação ‘in loco’ da execução física desses ajustes;<sup>122</sup> e *iii*) orientação, a órgãos e entidades da administração pública, para que editem atos normativos próprios estabelecendo a obrigatoriedade de instituição de processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades do terceiro setor, em todas as situações em que o julguem viável e adequado à natureza dos programas em jogo.<sup>123</sup> Esta última recomendação, como se pode perceber, ecoava determinações e recomendações constantes de outros julgados já mencionados.<sup>124</sup>

---

<sup>118</sup> Cf. item 9.1.3 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**,

<sup>119</sup> Cf. item 9.1.3, *in fine*, do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**,

<sup>120</sup> Cf. item 9.1.4 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**. Confira-se o teor do citado inciso X do art. 28 da IN/STN 01/97: “Art. 28. O órgão ou entidade que receber recursos, inclusive de origem externa, na forma estabelecida nesta Instrução Normativa, ficará sujeito a apresentar prestação de contas final do total dos recursos recebidos, que será constituída de relatório de cumprimento do objeto, acompanhada de: (...) X – cópia do despacho adjudicatório e homologação das licitações realizadas ou justificativa para sua dispensa ou inexigibilidade, com o respectivo embasamento legal, quando o conveniente pertencer à Administração Pública.”

<sup>121</sup> Cf. item 9.2.1 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**.

<sup>122</sup> Cf. item 9.2.3 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**.

<sup>123</sup> Cf. itens 9.2.2 e 9.3 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**.

<sup>124</sup> Isto é, ecoavam as recomendações de estabelecimento de critérios objetivos e transparentes de escolha de entidades privadas a serem beneficiadas por transferências financeiras, previstas no item 9.4.1 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**, e as de imposição da obrigatoriedade de concurso de projetos para a contratação de OSCIP, constantes do item 9.4 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário** e do item 8.5 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**.

### 3. Síntese

De toda a exposição acerca da jurisprudência do TCU, alguns aspectos merecem destaque.

#### 3.1. Publicidade às transferências

Nota-se, em primeiro lugar, que tal jurisprudência tem-se mostrado fundamental para a paulatina conferência de maior publicidade a diversos aspectos da transferência de recursos públicos para entidades do terceiro setor.

É o que resta nítido da seqüência de pronunciamentos do tribunal neste sentido, que vale aqui recapitular para que reste evidenciado o ponto: **em 1999**, o TCU determinou à STN que adotasse providências para que fossem disponibilizadas no SIAFI as informações sobre termos de parceria, nos moldes do que já ocorria com as informações relativas aos convênios (*cf.* item 8.4 do **Acórdão 931/1999-TCU-Plenário**); **em 2006**, determinou ao MPOG que avaliasse a possibilidade de implantação de sistema de acompanhamento *on line*, pelo menos em parte, de convênios, acordos, ajustes, contratos de repasse e outros instrumentos congêneres, compreendendo a sinalização automática daqueles que mostrassem alguma irregularidade (*cf.* item 9.2 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**); **ainda em 2006**, determinou ao mesmo MPOG que apresentasse, dentro de prazo estabelecido, estudo técnico para a implementação de sistema de acompanhamento *on line* da execução de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para a transferência de recursos federais para os setores público e privado, no qual fosse disponibilizado um conjunto mínimo de informações, acessível por qualquer cidadão (*cf.* item 9.1 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**); **também em 2006**, determinou ao CNAS que disponibilizasse na sua página na Internet informações relativas às suas atividades de credenciamento de entidades – registro junto ao CNAS e CEBAS –, incluindo um conjunto mínimo informações (*cf.* item 9.2 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**); **ainda em 2006**, determinou ao MJ que

complementasse as informações já disponibilizadas em sua página na Internet, também relativas às suas atividades de credenciamento de entidades – outorga dos títulos de OSCIP e de Utilidade Pública Federal –, incluindo igualmente um conjunto mínimo de informações (cf. item 9.3 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**); em 2007, reconheceu que o MPOG havia cumprido, com a apresentação do “Documento de Visão do Portal de Convênios”, a determinação que lhe fora dirigida um ano antes para apresentar estudo técnico para a implementação de sistema de acompanhamento *on line* de convênios e instrumentos congêneres (cf. item 1.2.3 do **Acórdão 2.048/2007-TCU-Plenário**); ainda em 2007, prorrogou os prazos, tanto para o CNAS quanto para o MJ, para que atendessem as determinações que lhes tinham sido feitas no ano anterior (cf. **Acórdão 2.048/2007-TCU-Plenário**); e, finalmente, em 2008, recomendou ao MPOG que avaliasse a conveniência e a oportunidade de implementação de solução, de preferência em único sítio na Internet, com o objetivo de divulgar aos possíveis interessados a disponibilidade de recursos orçamentários alocados aos órgãos e entidades da administração pública a serem executados por meio de transferências a outros entes públicos ou privados, solução esta que pudesse ser consultada por filtros, no mínimo, por Município, Estado, ação, programa de trabalho e órgão ou entidade (cf. item 9.2.1 do **Acórdão 1.338/2008-TCU-Plenário**).

### **3.2. Influência na produção normativa sobre processo de seleção de entidades parceiras**

Em segundo lugar verifica-se que a jurisprudência do TCU tem influenciado decisivamente a disciplina normativa infralegal da questão da exigência de processo de seleção para a contratação, pelo Poder Público, de entidades do terceiro setor. Trata-se de jurisprudência que, primeiro, recomendava aos órgãos administrativos competentes que impusessem a obrigatoriedade do concurso de projetos para a seleção de entidades qualificadas como OSCIP; em seguida, passou a recomendar que impusessem a sua obrigatoriedade ou a de algum outro procedimento inteiramente objetivo para a seleção de quaisquer entidades privadas candidatas ao recebimento de recursos públicos; finalmente, passou a recomendar que impusessem processos de chamamento e seleção públicos para a celebração de quaisquer ajustes envolvendo a transferência de recursos federais.

Recapitule-se a seqüência de pronunciamentos do tribunal a evidenciar este percurso: em **1999**, o TCU encaminhou ao Conselho da Comunidade Solidária um estudo, elaborado por grupo de trabalho constituído por técnicos de controle, sobre a Lei 9.790/99 e sua regulamentação, no qual havia a recomendação de que a mera faculdade de instauração de concurso de projetos para a seleção de OSCIP parceira, prevista no Decreto 3.100/99, fosse substituída pela previsão de sua obrigatoriedade para os casos em que o valor do instrumento de parceria ultrapassasse determinado limite (*cf.* item 8.5 da **Decisão 931/1999-TCU-Plenário**); em **2005**, encaminhou a mesma proposta ao MPOG e à Casa Civil da Presidência da República, para que avaliassem a idéia de tornar mandatário o concurso de projetos (*cf.* item 9.4 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**); em **2006**, recomendou à STN que disciplinasse a obrigatoriedade de os órgãos ou entidades concedentes estabelecerem critérios objetivamente aferíveis e transparentes para escolha das entidades privadas a serem beneficiadas por recursos transferidos mediante convênios e outros instrumentos congêneres, referindo-se expressamente ao precedente de 2005 (*cf.* item 9.4.1 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**);<sup>125</sup> recomendou à STN, ainda, que disciplinasse a obrigatoriedade de o gestor justificar, formalmente, a escolha de determinada entidade para a celebração de convênio, acordo, ajuste ou instrumento congênere utilizado para a transferência de recursos públicos federais, especialmente quando a escolha não se desse por meio de concurso de projetos ou “de outro critério inteiramente objetivo” (*cf.* item 9.4.2 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**); e, em **2008**, recomendou ao MPOG e à Casa Civil da Presidência da República que orientassem os órgãos e entidades da administração pública no sentido de que editassem normativos próprios visando a estabelecer a obrigatoriedade de instauração de processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que isto fosse viável e adequado à natureza dos programas (*cf.* itens 9.2.2 e 9.3 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**).

---

<sup>125</sup> A exigência feita no ano anterior, no item 9.4 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**, dizia respeito tão somente ao regime das OSCIP, mais precisamente à proposta de tornar a realização de concurso de projetos para a seleção de OSCIP parceira obrigatória, e não mais facultativa; não se tratava, portanto, de proposta para alterar o regime de seleção de toda e qualquer entidade privada subvencionada com recursos públicos. Mesmo assim, no **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**, o TCU referiu aquele precedente do ano anterior, de alcance restrito ao universo das OSCIP, para propugnar uma reforma de alcance muito mais amplo, desta feita atingindo a seleção de entidades privadas de todo gênero.

### 3.3. Influência na produção normativa sobre seleção de fornecedores

Em terceiro lugar verifica-se que a jurisprudência do TCU também tem influenciado, de modo decisivo, a disciplina normativa infralegal da questão da exigência de processo público de seleção para a contratação, pelas próprias entidades do terceiro setor, de fornecedores de bens, serviços e obras, com uso de recursos públicos que lhes tenham sido previamente transferidos. A tal ponto tem exercido esta influência sobre a disciplina infralegal da matéria que já chegou a ordenar a órgão administrativo investido de poder normativo sobre o tema que, dentro de determinado prazo, sob pena de multa, alterasse a norma pertinente.

Eis um resumo da seqüência de pronunciamentos do tribunal a evidenciar esta sua influência: **em 2003**, o TCU determinou à STN que, sob pena de multa, alterasse dispositivo da IN/STN 01/97, a fim de que não fosse mais permitido, às entidades privadas realizadoras de funções públicas e subvencionadas com recursos federais, que contratassem bens, serviços e obras de terceiros mediante procedimentos meramente análogos aos previstos na Lei 8.666/93, mas sim que ficasse claro, na nova provisão regulamentar, que quaisquer aplicações de recursos federais, provenientes de convênio, por tais entidades, deveria ser sempre feita mediante licitação pública, a realizar-se nos exatos termos da Lei 8.666/93 (*cf.* item 9.2 do **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**); **em 2005**, em sede de recurso contra a decisão tomada em 2003 (supra-referida), o TCU voltou atrás e decidiu firmar o entendimento de que os particulares, na contratação de bens, serviços e obras de terceiros com recursos provenientes do Poder Público, devem atender, no que couber, às disposições da Lei 8.666/93, tendo em vista – no entendimento da corte – o disposto em seu art. 116; nada disse o TCU, porém, quanto à necessidade de nova alteração da IN/STN 01/97 para que voltasse ao *status quo ante* (*cf.* item 9.2 do **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**); ainda **em 2005**, firmou o entendimento de que as OSCIP, na contratação de bens, serviços e obras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, submetem-se a regulamentos próprios, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, nos termos da respectiva lei de regência (*cf.* item 9.1.1 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**); **em 2008**, recomendou à STN que avaliasse a possibilidade de reforma da

IN/STN 01/97 para que fosse excluída a parte final do inciso X de seu art. 28, de sorte que a prestação de contas final dos convênios pudesse passar a envolver também a obrigatoriedade de apresentação de cópia do despacho adjudicatório e homologatório das licitações ou justificativas para sua dispensa ou inexigibilidade, restando pressuposta, nesta recomendação, a exigência de licitação para a contratação de fornecedores, pelas entidades privadas sem fins lucrativos, com recursos provenientes do Poder Público (*cf.* item 9.1.4 do **Acórdão 1.331/2008–TCU-Plenário**).

### **3.4. Aperfeiçoamento do controle estatal**

Um quarto aspecto da jurisprudência do TCU aqui colacionada é o de que o tribunal toma uma série de medidas voltadas ao aperfeiçoamento de sua ação fiscalizadora, bem como da ação de outros órgãos da administração pública – notadamente os repassadores de recursos –, sobre a aplicação dos recursos repassados. Nesta linha, fixa interpretações de leis e regulamentos, edita os seus próprios atos normativos, sugere (e até já ordenou) alterações de atos normativos produzidos por órgãos administração pública e determina a realização de estudos técnicos.

Veja-se a seqüência de pronunciamentos do TCU que evidencia o seu engajamento na adoção destas medidas: **em 1999**, o tribunal determinou a unidades técnicas que adotassem providências no sentido de disseminar entre o corpo técnico do tribunal, mediante palestras ou curso específico, as disposições da nova Lei 9.790/99, para a melhor compreensão das novas figuras jurídicas nela previstas (*cf.* item 8.2 do **Acórdão 931/1999-TCU-Plenário**); ademais, determinou a uma de suas unidades técnicas que revisasse o tema da implementação da Lei 9.790/99, dentro de um ano, com vistas à promoção dos ajustes que se fizessem necessários à ação fiscalizadora do tribunal sobre os termos de parceria, incluindo estudos sobre o controle atinente às inovações trazidas pela lei, a exemplo da remuneração de dirigentes e prestadores de serviços das OSCIP e da vedação à participação dessas entidades em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais (*cf.* item 8.3 do **Acórdão 931/1999-TCU-Plenário**); **em 2005**, objetivando cumprir objetivo fixado em 2003 de aperfeiçoar a sua ação fiscalizadora

sobre os termos de parceria celebrados entre o Poder Público federal e as OSCIP, o tribunal tomou uma série de decisões, tanto no sentido de fixar sua interpretação sobre disposições da Lei 9.790/99 e do regime jurídico correlato e, assim, orientar outros órgãos de controle para o exercício de suas funções (*cf.* itens 9.1 a 9.3 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**), como no sentido de constituir grupo de trabalho para estudar e propor aperfeiçoamentos no sistema de controle das transferências de recursos públicos para as ONGs em geral (*cf.* itens 9.8 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**); **em 2006**, concluindo auditorias focalizadas em dez órgãos e entidades federais repassadores de recursos a Municípios do Estado de Minas Gerais, as quais tinham sido promovidas em virtude de representação e denúncias veiculadas na imprensa em 2002, o tribunal tomou uma série de medidas “drásticas”, no sentido de que visavam a atacar, pela raiz, o problema das deficiências tidas como “estruturais” no exercício do controle das transferências de recursos públicos federais;<sup>126</sup> neste sentido, determinou ao MPOG que elaborasse, dentro de prazo assinalado para tal fim, estudo técnico com vistas a dotar os órgãos e entidades repassadores de recursos públicos federais da estrutura mínima necessária ao bom e regular cumprimento de seus fins (*cf.* item 9.1 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**); determinou ainda ao MPOG que avaliasse a possibilidade de criação de sistema de acompanhamento *on line* dos pactos de transferência de recursos (*cf.* item 9.2 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**); e determinou também às suas unidades técnicas, por fim, que, uma vez obtidos os estudos técnicos para aperfeiçoamento do sistema de controle dos repasses federais e examinada a questão da criação do sistema de acompanhamento *on line* desses repasses, rerepresentassem proposta de edição de ato normativo estabelecendo indicadores de desempenho para os órgãos e entidades repassadores de recursos (*cf.* item 9.3.4 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**); **ainda em 2006**, examinando desta feita auditorias já focalizadas em repasses federais a ONGs, recomendou à STN que disciplinasse normativamente a obrigatoriedade da tomada de uma série de medidas pelos órgãos repassadores de recursos (*cf.* item 9.4 do **Acórdão 2.066-TCU-Plenário**), com destaque para a imposição de obrigações assecuratórias de transparência na escolha de entidades privadas beneficiárias de repasses, de motivação desta escolha, de padronização e profissionalização da

---

<sup>126</sup> Aparentemente, os problemas constatados pelas auditorias e que constituíram objeto de deliberação do tribunal no **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário** foram a “gota d’água”, ou o estopim deflagrador, de iniciativas do tribunal no sentido de, ao invés de tomar medidas pontuais (que há muito vinham se mostrando infrutíferas), atacar o problema das deficiências tidas como “estruturais” no exercício do controle das transferências de recursos públicos federais.

escrituração contábil dessas entidades privadas, aliada à responsabilização profissional pelo seu conteúdo; e de entrega tempestiva de relatórios pertinentes à evolução da execução física e financeira do pactuado e seu registro no sistema de acompanhamento *on line* na entidade concedente (*cf.* itens 9.4.1 a 9.4.8 do **Acórdão 2.066-TCU-Plenário**); determinou, ademais, ao MJ e ao CNAS, enquanto órgãos responsáveis por técnicas especiais de controle sobre as entidades do terceiro setor, que disponibilizassem mais informações (no caso do MJ), ou alguma informação (no caso do CNAS), sobre suas atividades de credenciamento de entidades nas suas respectivas páginas na Internet (*cf.* itens 9.2 e 9.3 do **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**), tendo sido levado, **em 2007**, diante do não cumprimento das exigências, a estender o prazo para o seu cumprimento (*cf.* itens 9.2 e 9.3 do **Acórdão 2.048/2007-TCU-Plenário**); **em 2008**, o TCU recomendou à STN uma nova rodada de alterações na IN/STN 01/97 (*cf.* item 9.1 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**), além de nova rodada de medidas ao MPOG e à Casa Civil da Presidência da República para a conferência de maior transparência aos repasses de recursos federais (*cf.* item 9.2 do **Acórdão 1.331/2008-TCU-Plenário**).

### **3.5. Auditorias focalizadas em transferências a ONGs**

Um quinto aspecto relevante desta jurisprudência do TCU, que restou aqui evidenciado, é o de que o tribunal, paulatinamente, foi se mostrando sensível à necessidade de realização de auditorias focalizadas nas transferências de recursos federais a entidades do terceiro setor.

Assim, **em 1999**, o TCU determinou a uma de suas unidades técnicas que elaborasse, em caráter experimental, procedimentos de auditoria especificamente aplicáveis à fiscalização de termos de parceria firmados nos termos da Lei 9.790/99 (*cf.* item 8.3 do **Acórdão 931/1999-TCU-Plenário**); o próprio plano de auditorias do TCU para **o primeiro semestre de 2003** objetivava, em essência, avaliar a aplicação de recursos transferidos mediante termos de parceria, de um lado, e o próprio controle exercido pelo TCU acerca da aplicação das disposições da Lei 9.790/99, de outro; com vistas ao cumprimento deste segundo objetivo do plano – avaliação da própria sistemática de controle a ser exercida pelo tribunal sobre os

termos de parceria com as OSCIP –, o tribunal chegou às conclusões exaradas **em 2005**, por intermédio do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**, ocasião em que determinou a uma de suas unidades técnicas que constituísse grupo de trabalho, se possível com a participação de órgão do sistema de controle interno, com o objetivo de que, dentro do prazo assinalado, propusesse aperfeiçoamentos no sistema de controle de recursos públicos a ONGs (*cf.* item 9.8 do **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**); **em 2006**, em conclusão a uma série de auditorias, iniciadas em 2002, com foco em transferências de recurso federais a Municípios do Estado de Minas Gerais, determinou ao MPOG e às suas unidades técnicas diversas medidas com vistas ao aperfeiçoamento do controle sobre as transferências em geral, isto é, não apenas às transferências intergovernamentais, mas também as feitas ao setor privado (*cf.* itens 9.1, 9.2 e 9.3 do **Acórdão 788/2006-TCU-Plenário**); **ainda em 2006**, concluiu análise de relatório consolidado de auditorias sobre ajustes celebrados por órgãos e entidades federais com ONGs, no período de 1995 a 2005, exarando o **Acórdão 2.066/2006-TCU-Plenário**; as auditorias focalizadas em repasses federais a ONGs haviam sido realizadas em cumprimento ao plano de fiscalização do segundo semestre de 2005 e constituíam ressonância, nalguma medida, de preocupação externada pelo TCU no **Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário**; delas resultaram uma série de recomendações do TCU a órgãos e entidade variadas, importando apenas atentar, aqui, para o fato de que a esta altura o TCU já havia assimilado plenamente a idéia de realizar auditorias com foco no repasse de recursos públicos para ONGs.

## **Conclusão**

Os órgãos de controle externo da atividade administrativa de transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos têm desempenhado um ativo papel de moldagem do direito vigente nesta matéria. A recente regulamentação federal, editada no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas**, parece ser fruto de um verdadeiro “basta” dado pelo TCU à inépcia do controle de incumbência dos órgãos da administração pública repassadores de recursos.

Mas o TCU não age sozinho. Nota-se uma profunda interligação entre a sua atuação na realização, em especial, de auditorias focalizadas em transferências de recursos ao setor privado sem fins lucrativos e a atuação do Congresso Nacional seja na aprovação de leis como das OSCIP em fins da década de 1990, seja na realização de CPIs investigando transferências de recursos para ONGs. A CGU também colabora com as investigações conduzidas pelas CPIs e pelo TCU. Tudo isso a evidenciar um importante fenômeno: ao longo da primeira década do século XX vai amadurecendo uma atuação concertada entre esses três expoentes do controle da administração pública brasileira – o TCU, a CGU e as CPIs – com vistas à produção de mudanças significativas no direito e na prática do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. Com todos os significativos percalços dessa evolução, o que se vê, num balanço geral, parece ser uma história de sucesso da engenharia institucional brasileira, em matéria de controle, contribuindo para a produção de resultados no equacionamento de problemas ligados a uma esfera do direito – o fomento estatal ao terceiro setor – ainda um tanto refratária a um processo de “juridificação” e democratização.

Ao longo desse percurso, a atuação do TCU, em especial, vinha sendo decisiva para pressionar órgãos da administração pública no sentido de alterarem aspectos pontuais da regulamentação federal pertinente à matéria. Em certa ocasião, ao determinar à STN a mudança de uma norma sob pena de multa, o tribunal até exorbitou de sua competência. Mas o fato é que a corte de contas demonstra, no geral, exercer influência sobre a produção ou interpretação de aspectos pontuais da regulamentação do tema. Até que encontrou o ápice de sua influência nos **Acórdãos 788/2006** e **2.066/2006-TCU-Plenário**, que contribuiriam, aparentemente de forma decisiva, para a implantação do SICONV e do Portal dos Convênios, revolucionando, assim, em termos de transparência, a gestão e controle das parcerias do Estado com o terceiro setor.

Resta saber se a conjugação dos esforços do TCU, da CGU e das CPIs instauradas no Congresso Nacional será capaz de, mais do que uma reforma regulamentar de tema que continua carente de suficiente legislação – sem embargo da Lei das OSCIP –, produzir uma reforma legislativa, que dê maior estabilidade e segurança jurídicas ao direito das parcerias do Estado com o terceiro setor. A “CPI das ONGs de 2007/2009” parece ter pretendido, com seu

*Plano de Trabalho*, servir de ponto de aglutinação, de certa maneira, das contribuições fiscalizadoras do TCU e da CGU acerca da matéria e, quem sabe, possa contribuir para uma evolução na disciplina legal do tema.

## **PARTE 2 – OS PRINCIPAIS DESAFIOS**

## **PARTE 2**

### **OS PRINCIPAIS DESAFIOS**

Na **primeira parte** deste trabalho apresentou-se um panorama do direito vigente acerca do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. Este panorama, uma vez apresentado, permite a realização de um diagnóstico. Cuida-se do diagnóstico dos problemas ou desafios que o vigente sistema de controle suscita – tanto para a sua aplicação quanto para o seu aperfeiçoamento. É a este diagnóstico que vai dedicada esta **segunda parte**.

Ela está dividida em quatro capítulos. Inicialmente, no **capítulo 7**, apontam-se os problemas fundamentais, assim entendidos aqueles que, mais do que alguma norma pontual do vigente sistema de controle, dizem respeito a uma quantidade expressiva de normas, minando-o, assim, de maneira abrangente e impactante. Nos **capítulos 8, 9 e 10** passa-se a discorrer sobre problemas mais pontuais, relativos a normas específicas, encontráveis em cada fase do controle estatal; cada capítulo cuida, respectivamente, dos controles prévio, concomitante e posterior aos ajustes de transferência de recursos para o terceiro setor.

## CAPÍTULO 7

### PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DO VIGENTE SISTEMA DE CONTROLE ESTATAL

Introdução. **1.** Lacônica disciplina *legal* da matéria e instabilidade jurídica. **2.** Alcance ainda restrito das inovações importantes do final dos anos 90. **3.** Redundância perniciosa de regimes jurídicos. **4.** Indefinição de paradigma: controle de meios ou de resultados? Conclusão.

#### Introdução

A **tabela 7.1** a seguir aponta resumidamente os problemas fundamentais do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor tratados **neste capítulo**.

**Tabela 7.1 – Problemas fundamentais relativos ao controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor**

1	Lacônica disciplina <i>legal</i> da matéria e instabilidade jurídica
2	Alcance ainda restrito das inovações importantes do final dos anos 90
3	Redundância perniciosa de regimes jurídicos
4	Indefinição de paradigma: controle de meios ou de resultados?

Um a um, tais problemas são descritos a seguir.

#### **1. Lacônica disciplina *legal* da matéria e instabilidade jurídica**

Como se pôde perceber na exposição feita na **parte 1** deste trabalho, o principal regime jurídico sob o qual se exerce o controle estatal das transferências de recursos federais tanto ao setor público (Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto ao setor privado (em especial, entidades privadas sem fins lucrativos) é o **Regime das Entidades Conveniadas**. Contudo, este regime, não obstante seja o principal, é fixado fundamentalmente por intermédio de

normas infralegais. Suas balizas legais são lacônicas e suas normas infralegais dariam um verdadeiro código, de tão numerosas e abrangentes.

De fato, o seu principal sustentáculo ainda reside no art. 116 da Lei 8.666/93, cuja cláusula estipuladora da aplicabilidade “no que couber” das disposições daquela lei aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres tem gerado, como se sabe, mais dúvidas do que soluções nos seus pouco mais de quinze anos de vigência. Sendo um regime jurídico firmado sobremaneira em âmbito infralegal, ele tem se mostrado bastante vulnerável – e, por isso mesmo, instável – diante das sucessivas alterações que sofre por iniciativa dos órgãos da administração pública que exercem poder normativo sobre a matéria (antes, a STN por meio de instruções normativas; atualmente, três Ministérios em conjunto por meio de portarias interministeriais).

Ademais, como visto no **capítulo 6**, atinente ao **Regime do Controle Externo**, as normas da IN/STN 01/97, que por muito tempo funcionaram como o grande código do **Regime das Entidades Conveniadas**, sofreram um conjunto significativo de alterações, inclusive ao sabor das mudanças de interpretação do TCU. Por seu turno, o TCU (como também visto no **capítulo 6**) tem exercido influência decisiva sobre a construção do direito aplicável às transferências de recursos federais a outras esferas da federação e ao setor privado sem fins lucrativos. A decisiva influência do TCU, exercida mediante recomendações – e por vezes até determinações – de alterações normativas a órgãos da administração pública investidos em atribuições normativas sobre o assunto, coloca este direito excessivamente suscetível às mudanças de orientação da sua jurisprudência. Sintomático desta susceptibilidade é o episódio ocorrido por ocasião dos julgamentos dos **Acórdãos 1.070/2003–TCU-Plenário** e **353/2005-TCU-Plenário**, narrado no **capítulo 6**, em que o tribunal ordenou à STN, sob pena de multa, que alterasse disposição constante do art. 27 da IN/STN 01/97, no que foi prontamente atendido, porém apenas em tempo para que, pouco depois, revisse a sua posição, sem que esta sua mudança de interpretação, no entanto, acarretasse a devida reforma também do preceito regulamentar já alterado, o qual, a esta altura, havia passado a transluzir entendimento defasado da corte de contas.

Aliás, é notável que, mesmo com a toda a reforma regulamentar pela qual passa o **Regime das Entidades Conveniadas** (evidenciada pela edição do Decreto 6.170/2007, da Portaria Interministerial 127/2008 e pela implantação do Portal dos Convênios, tudo na esteira dos **Acórdãos 788/2006-TCU-Plenário** e **2.066/2006-TCU-Plenário**), ainda assim não tenha sido explicitamente revogada a “velha” IN/STN 01/97. Nitidamente, as normas do citado decreto regulamentar e da citada portaria interministerial ditaram, de maneira extensiva, o novo regime jurídico, restando tacitamente revogadas as normas da IN/STN 01/97 sobre o mesmo assunto.<sup>1</sup> Sem a sua revogação explícita pela STN, contudo, há incertezas: estará a IN/STN 01/97 fadada a fenecer lentamente, por paulatino desuso ou paulatina afirmação de sua revogação por obra de interpretação dos tribunais?

Seja como for, a instabilidade jurídica do **Regime das Entidades Conveniadas**, decorrente da sua oscilante disciplina infralegal, reverbera de modo decisivo por todo o sistema de controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor. Afinal, trata-se do principal **Regime Especial** de controle, dentre os seis vigentes na esfera federal.<sup>2</sup> A questão que se coloca, diante deste quadro, é se tal instabilidade jurídica demanda, ou não, a edição de uma lei, a qual fixe, com maior potencial de estabilidade e certeza jurídicas, um regime legal, de alcance universal, para todas as parcerias entre o Estado e entidades do terceiro setor e, assim, de transferências de recursos públicos para estas entidades. Se este é caso – e tudo indica que é –,<sup>3</sup> espera-se que uma nova disciplina legal da matéria seja menos

---

<sup>1</sup> A própria Portaria Interministerial 127/2008 prevê como cláusulas necessárias dos convênios ou contratos de repasse, por ela regulados, “a [sua] sujeição (...) e [de] sua execução às normas do Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, bem como do Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e a esta Portaria;” (art. 30, XXI). Nada diz sobre a sujeição dos citados instrumentos à IN/STN 01/97.

<sup>2</sup> Vale lembrar: além do **Regime das Entidades Conveniadas**, há o **das Entidades de Utilidade Pública**, o **das Entidades Benéficas de Assistência Social**, o **das Fundações de Apoio**, o **das OS** e o **das OSCIP**. Sobre as semelhanças e diferenças entre cada um deles, *cf. capítulo 3*.

<sup>3</sup> Joaquim FALCÃO, ao propor diretrizes para a reforma do marco legal do terceiro setor, sugere que a primeira delas seria a de “entender a reforma como um processo de mudança gradual e permanente”. Sustenta, nesse sentido, que tal reforma “não deveria se limitar apenas às leis, mas a qualquer norma, administrativa inclusive, federal, estadual ou municipal” e, bem assim, deveria ser “acumulativa”, no sentido de que não desprezasse o passado, gerando descontinuidades, mas buscasse de algum modo aproveitá-lo e modernizá-lo. Para ilustrar a sua proposição, exemplifica: “Tomemos o caso dos registros públicos no nível federal. Há décadas criou-se no nível federal o título de utilidade pública. Este título é passível de inúmeras e procedentes críticas. O que não justifica extingui-lo ou criar títulos paralelos alhures. Não devemos escamotear a tarefa político-administrativa com a ilusão legislativa. Antes de se formular novas leis, com novos registros, e assim criar uma legislação de desperdício institucional, cumpriria modernizar e reconceitualizar as atuais, dentro do que permite a discricionariedade administrativa. Pelo menos tentar.” *Democracia, direito e terceiro setor*, pp. 151-152. É bem lembrada, por FALCÃO, a necessidade de se trabalhar com interpretações de normas infralegais e mesmo legais

enigmática que a decorrente do art. 116 da Lei 8.666/93 e mais consentânea com os princípios constitucionais que regem a administração pública, inclusive a fomentadora.

Existem, é verdade, as recentes investidas das LDO federais, que, como observado no **capítulo 4**, têm buscado suprir algumas das lacunas existentes na legislação (lembre-se, por exemplo, do caso da LDO de 2010, que exigiu processo público para a seleção de entidades qualificadas como OSCIP a serem beneficiadas com transferências de recursos federais). Porém, não podem ser consideradas soluções legislativas duradouras, por terem vigência temporária (como é da essência das LDO). De qualquer sorte, já começam a entrar na pauta política interessantes soluções de caráter mais duradouro, que seriam introduzidas no ordenamento pela via legal, previstas no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, como se verá no **capítulo 11**.

## **2. Alcance ainda restrito das inovações importantes do final dos anos 90**

No final da década de 90 do século passado, inovações importantes foram concebidas para o aperfeiçoamento do direito das parcerias do Estado com o terceiro setor e, conseqüentemente, do direito do controle das transferências de recursos ao setor instrumentalizadas por tais parcerias. As inovações traduziram-se nas Leis 9.637/98 e 9.790/99, sobre os **Regimes das OS** e **das OSCIP**, respectivamente. Foram importantes na medida em que concebidas, justamente, para que se pudesse fazer frente aos problemas encontrados na legislação de então, atinente aos **Regimes das Entidades de Utilidade Pública, das Entidades Benéficas de Assistência Social, das Fundações de Apoio e das Entidades Conveniadas**. Ocorre que, a despeito de todo o potencial das soluções pensadas e traduzidas nos dois textos legislativos naquela oportunidade, passados dez anos de sua vigência, elas têm apresentado, ainda, um grau de eficácia aquém das expectativas positivas que geraram.

---

já existentes, assim como parece bastante pertinente o alerta para que se evite a criação de uma “legislação de desperdício institucional”; todavia, a instabilidade das normas infralegais que regem as transferências de recursos ao terceiro setor, aliadas às lacunas normativas encontráveis na lei, especialmente no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas**, sugere a necessidade de uma reforma, efetivamente, de leis.

O relativamente alto número de entidades qualificadas como OSCIP poderia sugerir o contrário; mas parece ser este um dos únicos (embora relevantes) aspectos a comemorar. Segundo dados do MJ, disponíveis na respectiva página na Internet em 24.11.2009, existiam, naquela data, **5.211** entidades qualificadas como OSCIP<sup>4</sup> e **12.484** certificadas como de Utilidade Pública.<sup>5</sup> A seu turno, a página do CNAS na Internet, consultada em 24.11.2009, informava que, na data de 13.8.2009, existiam **6821** instituições com Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS)<sup>6</sup> e, na data de 4.11.2009, **18.414** instituições com Registro no CNAS.<sup>7</sup> As informações sobre as entidades detentoras de CEBAS e Registro no CNAS tinham sido extraídas do recém-criado Sistema de Informação do Conselho Nacional de Assistência Social (SICNAS).<sup>8</sup> Estas informações a respeito do total de entidades credenciadas sob os diversos títulos jurídicos especiais concedidos na esfera federal, vale lembrar, encontravam-se disponíveis para consulta na Internet em razão de reiteradas determinações do TCU neste sentido, endereçadas aos órgãos federais outorgantes (como observado no **capítulo 6**).<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Cf. <http://www.mj.gov.br> (acesso em 24.11.2009). Neste cadastro eletrônico encontravam-se disponíveis as seguintes informações sobre as entidades qualificadas como OSCIP: CNPJ, nome da entidade, endereço, CEP, cidade, unidade da federação, telefone (nalguns casos apenas), fax (nalguns casos apenas), data de publicação da qualificação e finalidade (nalguns casos apenas). Era possível obter a lista completa das entidades qualificadas como OSCIP ou, então, pesquisar amostras por meio de cinco filtros de pesquisa: CNPJ, nome da entidade, cidade, finalidade e unidade da federação.

<sup>5</sup> Cf. <http://www.mj.gov.br> (acesso em 24.11.2009). Neste cadastro eletrônico encontravam-se disponíveis as seguintes informações sobre as entidades declaradas como de Utilidade Pública: CNPJ, nome da entidade, endereço, cidade, unidade da federação, data da declaração, classificação e situação (esta última correspondendo à data em que emitida uma certidão acerca da situação do título; nalguns casos, esta informação não estava disponível). Era possível obter a lista complementada das entidades declaradas de Utilidade Pública ou, então, pesquisar amostras por meio de quatro filtros: CNPJ, nome da entidade, cidade e unidade da federação.

<sup>6</sup> Cf. <http://www.mds.gov.br/cnas> (acesso em 24.11.2009). Nesta lista apresentada no sítio eletrônico, referente ao número de entidades dotadas de certificação no CNAS na específica data de 13.8.2009, podiam ser encontradas as seguintes informações: unidade da federação, cidade, CNPJ e área de atuação da entidade (esta última informação, nalguns casos, era dada simplesmente pela expressão “não enquadrado”). Ademais, o sítio do CNAS apresentava ferramenta de consulta de entidades certificadas ou registradas por meio de três filtros de busca: CNPJ, unidade da federação ou nome da entidade.

<sup>7</sup> Cf. <http://www.mds.gov.br/cnas> (acesso em 24.11.2009). Nesta lista apresentada no sítio eletrônico, referente ao número de entidades dotadas de Registro no CNAS na específica data de 4.11.2009, podiam ser encontradas as seguintes informações: unidade da federação, município, CNPJ e “razão social entidade” (inexistindo, assim, classificação das respectivas áreas de atuação).

<sup>8</sup> Sobre o SICNAS, o sítio do CNAS limitava-se a informar que fora “...concebido para ser uma aplicação para internet”. E apontava que “o projeto do SICNAS teve início em junho de 2007, objetivando, entre outras funcionalidades, tornar públicas as informações referentes à situação e tramitação de processos junto ao Conselho.” Cf. <http://www.mds.gov.br/cnas> (acesso em 24.11.2009).

<sup>9</sup> Não foram encontrados dados no sítio do MPOG, na Internet, acerca do credenciamento de entidades como Organizações Sociais. Cf. <http://www.planejamento.gov.br> (acesso em 24.11.2009). Indicava-se, apenas, dentre o

A despeito de já ser significativo o número de entidades qualificadas como OSCIP em relação àquelas que detêm os certificados de Utilidade Pública e Entidade Beneficente de Assistência Social, há pouquíssimos termos de parceria sendo celebrados por órgãos e entidades da administração pública federal. É esta a conclusão a que se chega a partir de consulta ao Portal dos Convênios na Internet. Com efeito, em consulta realizada em 25.11.2009, verificava-se que, dentre todos os programas orçamentários disponíveis naquela data para execução por intermédio de instrumentos de parceria, apenas **69** tinham como modalidade de execução o **termo de parceria**, o que contrastava, significativamente, com os **3976** que tinham como modalidade de execução o **convênio** e, ainda, com os **6659** cuja modalidade de execução era o **contrato de repasse**. Esses números mostravam claramente que, na realidade, ainda era praticamente insignificante o número de programas orçamentários a serem executados por termo de parceria com entidades qualificadas como OSCIP. Dado o número superior a cinco mil OSCIP na mesma época, tudo indicava que a estas entidades só restava, na grande maioria dos casos, firmar os tradicionais convênios com o Poder Público federal, em vez de termos de parceria.<sup>10</sup> Vale lembrar que a disponibilidade destas informações na Internet também é fruto, nalguma medida, de determinações do TCU, ao MPOG e à Casa Civil da Presidência da República, para que realizassem estudos técnicos para a implantação de plataforma *on line*, aberta ao público, para a divulgação de informações, acompanhamento da execução e controle da prestação de contas sobre convênios e instrumentos congêneres.<sup>11</sup> Com a implantação do Portal dos Convênios houve, inclusive, um salto qualitativo na informação disponibilizada ao público, pois, anteriormente, como já havia detectado Natasha Schmitt Caccia SALINAS em seu estudo anterior à implantação do novo Portal, o único banco de dados disponível acerca das parcerias do governo federal na Internet, o Portal da Transparência, não distinguia entre “convênio” e “termo de parceria”, apontando

---

rol de entidades e órgãos federais extintos, as duas entidades transformadas em OS à luz da própria Lei 9.638/98, que foram a Fundação Roquete Pinto e o Laboratório de Luz Síncrotron.

<sup>10</sup> Mesmo antes da criação do SICONV e implantação do Portal dos Convênios, a ausência de termos de parceria celebrados com órgãos federais já era notada; *cf.*, neste sentido, a avaliação de impacto da Lei 9.890/99 feita por Natasha Schmitt Caccia SALINAS, *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 204.

<sup>11</sup> Neste sentido, *cf.* acórdãos do TCU apresentados no **capítulo 6**.

tudo como se fosse “convênio”.<sup>12</sup> Segundo constatado pela autora, até contrato administrativo firmado com entidade privada sem fins lucrativos chegou a ser contabilizado, em certa ocasião, como “convênio”.<sup>13</sup>

O fato é que, nos últimos dois a três anos, tem havido avanço exponencial no quesito transparência em matéria de transferências de recursos ao setor privado sem fins lucrativos, o que permite que se tenha muita clareza, por exemplo, do baixíssimo número de programas governamentais cuja execução se intenta realizar por intermédio de termos de parceria com entidades qualificadas como OSCIP. Fica evidenciado, assim, um baixo grau de eficácia da Lei das OSCIP, ao menos na parte em que trata da celebração dos termos de parceria (isto sem falar na Lei das OS, praticamente inutilizada na esfera federal).

Parecem ser múltiplas as razões para este alcance ainda restrito das leis. Vale apontar, inicialmente, a questão das redundâncias.

Os **Regimes das OSCIP e das OS** são nitidamente redundantes em muitos aspectos, concorrendo em paralelo para as mesmas finalidades. O quase abandono da qualificação de OS, na esfera federal, parece ser fruto da circunstância de que o seu papel é perfeitamente cumprido pela Lei das OSCIP.<sup>14</sup>

Mas não é apenas entre si que as duas inovações legais do final da década de 90 concorrem; elas também têm o velho direito como competidor. Particularmente, o **Regime das Entidades Conveniadas** continuou mostrando-se uma alternativa atraente à submissão voluntária das entidades privadas sem fins lucrativos ao **Regime das OSCIP** e praticamente irresistível perante eventual idéia de sujeição ao **das OS**. Com efeito, cada qual desses dois últimos se absteve de colocar-se como sistema único, incontornável, de acesso aos recursos orçamentários do Poder Público pelas entidades privadas sem fins lucrativos. Isto permitiu – e

---

<sup>12</sup> Cf. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, pp. 182 e 204.

<sup>13</sup> Cf. *ibid.*, pp. 182-183.

<sup>14</sup> Isto sem que se desconheça algumas peculiaridades do **Regime das OS**, adiante destacadas, como – diga-se desde logo – a de ter sido concebida, nalguma medida (e diversamente do **Regime das OSCIP**) para a transformação de entidades estatais prestadoras de serviços sociais e científicos em entidades privadas sem fins lucrativos.

vem permitindo – que as novas disciplinas do credenciamento e da contratação que introduziram, ainda que salutares, continuem a ser evitadas. Mesmo sob a vigência de uma Lei das OSCIP ou uma Lei das OS, a transferência de recursos públicos para entidades do terceiro setor continua podendo ser feita à “velha moda”, pelo tradicional convênio, ou, ainda, por semelhante instrumento, que é o contrato de repasse.

Realmente, ao não se arvorarem ao papel de regimes obrigatórios de fomento e controle de entidades do terceiro setor, os **Regimes das OS e das OSCIP** passaram a conviver com os demais **Regimes Especiais** existentes. O novo direito não quis se substituir ao velho. Aliás, a instituição do **Regime das OSCIP**, em especial, como um sistema meramente alternativo aos anteriores, em nada revogados, parece ter ocorrido nem tanto por razões de deferência à tradição ou respeito ao antigo direito – pois críticas ele já sofria, sendo muitas e contundentes –, mas por falta de viabilidade política de suplantação no Congresso dos interesses de quem se sentia confortável sob a velha ordem. Ou, mesmo desconfortável, temia perder benefícios já conquistados a duras penas, ainda que sob uma ordem jurídica injusta, repleta de deficiências notáveis. Ou, talvez, mais do que falta de viabilidade política, as dificuldades intrínsecas a uma remoção total de um complexo de normas que já vigorava a respeito do assunto podem ter representado um obstáculo intransponível para os envolvidos no processo legislativo.<sup>15</sup> Finalmente, uma outra razão para a instituição de sistemas paralelos pode ter sido o fato de que, diante de tantos desafios, os formuladores da Lei das OSCIP, à época referida como “marco legal do terceiro setor”, tenham pendido para enfrentar o atinente a conferir maior identidade e recursos públicos a um terceiro setor emergente, o identificado com as ONGs, ficando em segundo plano a parcela do terceiro setor mais tradicional, que,

---

<sup>15</sup> A sugerir o quanto havia de desconfiança relativamente ao novo marco legal das OSCIP, vale atentar para a opinião externada por Augusto de FRANCO, que foi Conselheiro e Membro do Comitê Executivo da Comunidade Solidária, quando refletia sobre as possíveis razões para a sua relativa ineficácia durante os seus dois primeiros anos de vigência. Ele apontava como causa, por um lado, “a cultura estatista ainda predominante e generalizada.” Apontava, ademais, que “...as entidades sem fins lucrativos já reconhecidas pelo Estado, ainda estão inseguras diante de uma inovação que coexiste contraditoriamente com o velho marco regulatório que as abriga e têm medo de perder os poucos benefícios que auferem.” Uma terceira razão seria o fato de que as mudanças trazidas pela Lei 9.790/99 enfrentavam “...um cipoal contraditório de normas que não pode ser removido de uma vez, gerando numerosas dificuldades.” Em suma, a cultura geral do país, a insegurança das entidades diretamente afetadas e as dificuldades envolvidas numa reforma legislativa abrangente seriam, todos, fatores que estariam contribuindo para a manutenção do **Regime das OSCIP** como um sistema alternativo aos anteriores, em nada revogados. Cf. prefácio de Augusto de FRANCO, “O que está por trás da nova lei do terceiro setor”, à obra de Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE, *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, p. 16.

assim, ficou de fora do novo marco legal e teve que continuar a se haver com a antiga legislação – obsoleta e problemática, mas preservada. Independentemente de quais tenham sido as razões para a decisão tomada, o fato é que, com as Leis das OSCIP e das OS, criaram-se meras alternativas ao direito anterior, mantido intacto para quem quisesse permanecer ao seu abrigo.

Desse modo, não se evitou algum grau de redundância dos novos **Regimes das OSCIP e das OS** com os antigos, especialmente o **das Entidades Conveniadas**; este levou vantagem sobre aqueles na competição por adeptos; afinal, acena com os mesmos benefícios de transferências de recursos que aqueles previram, sem, entretanto, as correlatas obrigações. Uma avaliação plausível do histórico dessas leis é a de que, se o **Regime das OS** revelou-se ineficaz, ficando à sombra do modelo **das OSCIP**, este último também dá sinais de angariar pouca adesão (especialmente pelo Poder Público, pois, aparentemente, sem embargo da pouca disposição deste para firmar termo de parceria, cresce o número de entidades qualificadas como OSCIP), permanecendo à sombra do **Regime das Entidades Conveniadas**. E o fato de serem todos funcionalmente equivalentes, ou redundantes em vários aspectos, parece ter sido um fator a contribuir para a ineficácia daqueles instituídos ao final da década de 90.

Mas uma segunda razão para o baixo grau de adesão àquelas inovações do final da década de 90 parece residir nos seus próprios textos, que expressam normas insuficientes para compelir entidades a uma adesão voluntária aos novos **Regimes Especiais** de fomento e controle. Noutras palavras, as próprias Leis das OSCIP e das OSCIP já carregavam em si, desde o início, algumas sementes para o seu restrito alcance no futuro. Uma característica comum a ambas, que lhes compromete o alcance, é a de que não socorrem as entidades de benefício mútuo, mas apenas as de fins públicos. Ainda que se possa avaliar como legítima a opção do Estado por privilegiar a constituição de parcerias com entidades de fins públicos, tornando-as destino prioritário de seu fomento ao setor privado, é equivocado não reformar a legislação que atenta para as demais entidades. Esta permaneceu intacta com as novas Leis das OS e das OSCIP, apesar de problemática; sequer seria de se esperar, portanto, que os novos sistemas de fomento e parceria contassem com a adesão desta parcela do setor privado sem fins lucrativos composta pelas entidades de benefício mútuo. Ademais, no caso específico da

Lei das OSCIP, uma semente do seu restrito alcance é o desestímulo tributário que significa para entidades já possuidoras de outros títulos, que têm de ser descartados em prol do título de OSCIP a despeito de propiciarem exonerações tributárias importantes. E, no caso da Lei das OS, as sementes de sua falta de atratividade seriam a discricionariedade na outorga do título, a exigência de um vínculo quase-orgânico entre as entidades tituladas e o Poder Público e o excessivo viés de lei voltada a entidades herdeiras de esqueletos oriundos do aparelho do Estado. Vale uma palavra sobre cada um desses aspectos das leis em questão, que parecem vir lhes comprometendo o alcance desde sempre.

Na Lei das OSCIP, o art. 18 exigia que, dentro do prazo de dois anos contado da edição da lei, a entidade qualificada como tal e também portadora de outra certificação federal fizesse a opção definitiva por qual título gostaria de manter, sob pena de perda da eficácia de um deles. Ocorre que os incentivos para uma migração para o **Regime das OSCIP** estavam – e continuam – mal delineados na própria lei. Afinal, os velhos certificados de Utilidade Pública e Entidade Beneficente de Assistência Social dão ensejo ao gozo de benefícios tributários pelas entidades certificadas; por que é, então, que estas abdicariam do gozo desses benefícios para poderem substituí-lo por uma possibilidade futura (incerta, portanto) de celebração de instrumento de parceria com a União para fins de obtenção de recursos públicos? Por que é que trocariam um benefício certo, do qual já usufruíam, por um benefício incerto? Mesmo o benefício da maior flexibilidade na gestão dos recursos públicos recebidos por termo de parceria (uso de recursos na remuneração de dirigentes, prestação de contas focada em resultados) não se mostrou atrativo suficiente para contrabalançar uma abdicção de benefícios tributários. Além disso, o restante dos controles prévio e concomitante previstos para contrabalançar esta maior flexibilidade de gestão de recursos (eventual concurso de projetos, exame da minuta de termo de parceria por Conselhos de Políticas Públicas, acompanhamento da execução do pactuado por tais Conselhos e por uma comissão de avaliação) podem ser identificados por muitas entidades simplesmente como mais obrigações, não como benefícios.

A Lei das OS não oferece o mesmo desestímulo tributário que a das OSCIP, visto que o seu art. 11 estabelece que “as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais”.

Não haveria perda de benefícios tributários, portanto, com a obtenção da qualificação de OS. Mesmo assim, o **Regime das OS**, tal como o **das OSCIP**, sofre com a possibilidade de captação de recursos estatais via convênio. Além disso, a discricionariedade para a outorga da qualificação de OS põe em dúvida a promessa de agilidade no processo de sua obtenção. A exigência de que o Poder Público tenha assento no próprio órgão de cúpula da entidade privada afasta, naturalmente, entidades privadas sem fins lucrativos que zelem pela sua autonomia perante o Estado, inclusive para se manterem críticas às políticas e ações governamentais que desejarem. E, sobretudo, fica a sensação de que, fundamentalmente, o que a Lei das OS teria a oferecer para as entidades do terceiro setor já é, de alguma forma, oferecido pela Lei das OSCIP, servindo aquela mais como um diploma voltado à absorção de entidades extintas do Estado pelo setor privado sem fins lucrativos do que, propriamente, como uma lei afinada com aspirações brotadas deste último.

Em suma, as entidades privadas sem fins lucrativos não enxergam vantagens em migrar, ainda que possam, para os novos **Regimes das OSCIP e das OS**, os quais têm se mostrado incapazes de rivalizar com os antigos. O número relativamente alto de entidades qualificadas como OSCIP na esfera federal até poderia sugerir o contrário – isto é, que o **Regime das OSCIP** tem sido eficaz –, mas o número relativamente insignificante de programas orçamentários a serem executados por meio de termos de parceria demove eventual avaliação neste sentido. Eficaz, isto sim, parece ser o processo de credenciamento de entidades como OSCIP – este sim, aparentemente, cada vez mais bem-sucedido –, mas, enquanto houver resistência à execução de programas orçamentários por meio de termos de parceria, por parte dos órgãos e entidades federais, a Lei das OSCIP ainda terá a sua eficácia comprometida.

Natasha Schmitt Caccia SALINAS procurou identificar as razões desta baixa adesão de entidades aos termos de parceria; seu diagnóstico converge com a razão aqui destacada da insuficiência de incentivos legais para a migração de entidades para os novos regimes.<sup>16</sup> O

---

<sup>16</sup> Em entrevistas com representantes de dezoito entidades que celebraram algum tipo de ajuste de colaboração com a União, a autora chegou a um resultado elucidativo (ainda que restrito ao universo pesquisado). Constatou que, embora oito das entidades entrevistadas fossem OSCIP, nenhuma havia celebrado qualquer tipo de parceria com o Poder Público. O instrumento pelo qual recebiam recursos provenientes da União era o convênio. Destas oito, cinco haviam sido constituídas antes do advento da Lei 9.790/99 e, portanto, tiveram que abdicar de seus antigos títulos em prol da nova qualificação; avaliavam, no entanto, que, não havendo a celebração de termos de

problema da insuficiência de incentivos para a migração de entidades para os **Regimes das OSCIP e das OS** também foi destacado pela “CPI das ONGs de 2001/2002”. De acordo com o *Relatório Final* da CPI, muitas ONGs não teriam buscado a qualificação como OSCIP justamente porque poderiam, perfeitamente, obter transferências de recursos sem qualquer sujeição à nova lei. E o *Relatório Final* foi mais longe, sugerindo que a obtenção de recursos mediante convênio favorece o desrespeito ao princípio da impessoalidade na escolha de projetos, gerando “ações entre amigos”; ao mesmo tempo, o grau de transparência da prestação de contas de recursos recebidos por intermédio de termo de parceria, sob a Lei das OSCIP, afugentaria ONGs infensas a um grau maior de controle social e, mais do que isso, estaria afugentando o próprio Poder Público.<sup>17</sup>

Mas um outro fator importante a levar ao baixo grau de eficácia do **Regime das OSCIP**, no que tange à celebração de termos de parceria, foi muito bem diagnosticado por Natasha Schmitt Caccia SALINAS. A par da insuficiência de estímulos legais à adesão ao novo sistema pelo prisma das entidades do terceiro setor, tem havido, por parte dos órgãos federais repassadores de recursos, certa resistência em implantar os instrumentos de controle relativos aos termos de parceria. Neste sentido, a autora aponta:

“Esta resistência às inovações da lei [nº. 9.790/99] deve-se, sobretudo, ao fato de que as unidades técnicas responsáveis por sua implementação estão por demais habituadas com o uso dos instrumentos de controle dos convênios, de modo que estes são aplicados extensivamente aos termos de parceria.”<sup>18</sup>

SALINAS ainda destaca que não só os órgãos repassadores de recursos resistem às mudanças introduzidas pela Lei 9.790/99; também os titulares dos ministérios responsáveis

---

parceria pelo governo federal, viram-se sem novos direitos, mas com novas obrigações. Já para as outras três, constituídas após a vigência da Lei 9.790/99, a principal vantagem obtida com o novo título – avaliavam – fora a agilidade no processo de sua obtenção; acreditavam, ainda, que o título de OSCIP lhes dava maior credibilidade e maiores chances de celebração de parcerias com Estado, ainda que sob a forma de convênios. Cf. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, pp. 212-213. Por outro lado, das outras dez entidades não qualificadas como OSCIP, seis preenchiam os requisitos para tanto, mas optaram por não fazê-lo; a principal razão, sintetizada por Natasha SALINAS, seria a de que “...os benefícios decorrentes do novo título não compensariam os deveres adicionais instituídos pela lei, bem como não estariam aptos, ao menos nos primeiros anos de vigência da Lei nº 9.790/99, para rivalizar com os incentivos dos demais títulos existentes.” Cf. *ibid.*, p. 213.

<sup>17</sup> A respeito da “CPI das ONGs de 2001/2002”, cf. **capítulo 6**.

<sup>18</sup> Cf. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 209.

pela regulamentação da legislação sobre transferências de recursos públicos oferecem resistência. Aponta, neste sentido, que “...o poder executivo, em especial o MPOG, têm restringido por meio de portarias e decretos de sua iniciativa, os instrumentos de flexibilização correspondentes ao termo de parceria.”<sup>19</sup> O exemplo que apresenta para ilustrar esta assertiva é o mesmo já apresentado no **capítulo 3** desta tese, de edição do Decreto 5.504/2005 pelo Poder Executivo, exigindo a licitação na modalidade de pregão para o dispêndio de recursos federais recebidos em transferência, inclusive quando recebidos por entidades qualificadas como OSCIP por meio de termo de parceria. Tal exigência de licitação não se coaduna com o maior grau de flexibilidade na gestão dos recursos públicos que a Lei 9.790/99 pretendeu assegurar às OSCIP. De qualquer modo, houve recente mudança de rumos do Poder Executivo nesta questão, pois, consoante destacado no **capítulo 3**, a nova exigência da Portaria Interministerial 127/2008 é a de que a entidade privada sem fins lucrativos faça simples *cotação prévia de preços* no mercado (não mais licitação na modalidade de pregão).

Por fim, Natasha SALINAS aponta que o TCU também tem condicionado a forma pela qual a legislação sobre transferências é aplicada; neste sentido avalia: “...embora o TCU não seja uma instância reconhecida de implementação da lei, este condiciona, de fato, o referido processo, exercendo, por conseqüência, inequívoca influência sobre os efeitos concernentes à legislação examinada.”<sup>20</sup> Para ilustrar esta avaliação, colhe vários exemplos da jurisprudência do TCU.<sup>21</sup> Nesta tese, a análise procedida sobre a jurisprudência do TCU converge para a mesma conclusão da autora.<sup>22</sup> Consoante observado no **capítulo 6**, o TCU vem influenciando, de maneira decisiva, a produção normativa do Poder Executivo em matéria de controle das

---

<sup>19</sup> *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 210.

<sup>20</sup> *Cf. ibid.*, p. 212.

<sup>21</sup> *Cf. ibid.*, pp. 210-212.

<sup>22</sup> Aliás, resta nítido que dentro das próprias unidades técnicas do sistema de controle externo houve forte resistência à aplicação da Lei 9.790/99; é o que fica evidenciado a partir da leitura do relatório do **Acórdão 1777/2005-TCU-Plenário**. Nele se verifica que a unidade técnica chegou a propor à corte que o termo de parceria fosse classificado como convênio e, assim, inteiramente submetido à IN/STN 01/97, vigente à época. A proposta, contudo, foi rechaçada pelo relator, Ministro Marcos Vinícios Vilaça, em seu voto, entre outras razões pelo fato de que, “apesar de possuírem a mesma natureza jurídica, a concepção é distinta, as formas de controle são diferentes, e as áreas de atuação não coincidem. Enfim, seria incompreensível conceber uma nova forma de relacionamento e cooperação entre o Estado e a sociedade civil, que se pretende moderna, e equipara-la, por obra de interpretação, ao tradicional instrumento do convênio.”

transferências de recursos públicos. Suas recomendações e determinações têm moldado o direito vigente.

Em suma, o alcance ainda restrito das inovações importantes do final da década de 90 parece ser resultado, nalguma medida, do fato de que as leis que as introduziram no ordenamento jurídico – as Leis das OS e das OSCIP – competirem entre si, com claro prejuízo à Lei das OS. Mais do que isso, parece resultar do fato de não terem revogado a legislação anterior, furtando-se a se colocarem como **Regimes Especiais de Controle** de observância obrigatória para o acesso a transferências de recursos federais por entidades do terceiro setor. Esta opção as colocou em rota de disputa com os mais antigos. Aí, então, manifestou-se um terceiro fator a lhes comprometer a eficácia: não acenaram com incentivos atraentes o suficiente para que as entidades de fins públicos as preferissem, inequivocamente, aos mais antigos. De resto, em nada socorreram às entidades de benefício mútuo, que continuaram a ter que se haver com a legislação defasada, mas mantida intacta. Além de tudo isso – é Natasha SALINAS quem antes diagnosticou e esta tese só veio a corroborar –, há iniciativas de órgãos estatais repassadores de recursos, outras de órgãos de controle externo e interno desses repasses, bem como outras do Poder Executivo responsável pela regulamentação da matéria, que constituem verdadeira resistência à implementação das inovações legislativas do final dos anos 90. Prova dessa resistência, constatada aqui, é o inexpressivo número de programas orçamentários a serem executados por intermédio de termos de parceria, evidenciado por consulta ao Portal dos Convênios.

O contexto atual, contudo, é de grandes mudanças em andamento. Novas reformas normativas estão na ordem-do-dia. O governo federal aperfeiçoa o **Regime das Entidades Conveniadas** pela via infralegal. Implanta o SICONV e, por meio do Portal dos Convênios, dá um “banho de transparência” no ciclo das transferências de recursos públicos. Tenta, ainda, reformar o **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** e, assim, o fomento pela via de benefícios tributários, como se viu no acidentado episódio da rejeitada MP 446/2008. Contudo, em matéria de controle das *transferências* ainda está por vir uma reforma *legislativa*, que passe pelo escrutínio parlamentar no Congresso Nacional e produza normas capazes de conferir maior estabilidade e racionalidade ao direito vigente, além de sua melhor

adequação aos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa de fomento (inclusive o fomento ao terceiro setor). O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública é auspicioso neste sentido, como se verá no **capítulo 11**.

Em suma, uma nova rodada de reformas legislativas em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor encontra *momentum* no país. Depara-se, em certa medida, com problemas semelhantes aos que a reforma do final dos anos 90 do século passado tentava solucionar. Infelizmente, tal como vazados, os **Regimes das OSCIP e das OS** não foram suficientes, até o momento, para o alcance (e com isto supostamente a melhoraria de padrão) da esmagadora maioria das transferências de recursos orçamentários a entidades privadas sem fins lucrativos. O velho **Regime das Entidades Conveniadas**, que não quiseram ou não puderam substituir, está tendo que ser ele mesmo aperfeiçoado, a fim de que, só assim, uma mais profunda transformação do sistema de controle estatal das transferências de recursos para o terceiro setor possa ocorrer. Ocorre, porém, que a transformação em curso, feita pela equivocada via infralegal, corre o mesmo risco da instabilidade jurídica que tanto minou a disciplina do tema sob o império da IN/STN 01/97.

### **3. Redundâncias perniciosas de regimes jurídicos**

A apresentação do direito vigente feita na **parte 1** permite uma constatação importante: os **Regimes das Entidades Conveniadas, das OSCIP e das OS** são redundantes quanto: *i*) às finalidades dos processos administrativos de credenciamento de entidades privadas que prevêem; e *ii*) às finalidades das espécies contratuais que prevêem.

De fato, viu-se no **capítulo 3** que a finalidade dos convênios, termos de parceria e contratos de gestão é, de um modo geral, a constituição de vínculo de *parceria*, de *cooperação*, entre o Estado e entidade do terceiro setor (podendo o convênio servir, ainda, à cooperação entre entes estatais). Servem, por este prisma, ao mesmo e idêntico propósito. De resto, não bastasse a comunhão de propósitos, há também, ao menos no que tange aos contratos de gestão da Lei 9.637/98 e aos termos de parceria da Lei 9.790/99, inequívoca

identidade de conteúdo mínimo; ambos os instrumentos, como também visto no **capítulo 3**, devem conter, como cláusulas essenciais, certo conjunto instituidor de meios úteis ao controle da gestão privada de recursos de origem pública – um plano de trabalho, um conjunto de metas, um cronograma de execução, critérios de avaliação de desempenho, uma previsão de receitas e despesas e uma obrigação de apresentação de relatórios periódicos sobre a execução do objeto pactuado.

Apontou-se ainda no **capítulo 3** que o cadastramento prévio no SICONV é condição indispensável, desde de 1º. de setembro de 2008, para que entidades privadas sem fins lucrativos possam celebrar convênios, contratos de repasse ou termos de parceria com o Poder Público.<sup>23</sup> Estas são as finalidades do credenciamento normativamente estabelecidas no **Regime Jurídico das Entidades Conveniadas**. Já no **Regime das OSCIP**, o credenciamento prévio como OSCIP é condição indispensável para que entidade privada sem fins lucrativos possa celebrar termo de parceria com o Poder Público,<sup>24</sup> tal qual ocorre no **Regime das OS**, em que o credenciamento prévio como OS é condição *sine qua non* para que ela possa celebrar, também com o Poder Público, o chamado contrato de gestão.<sup>25</sup> Em suma, em todos estes regimes jurídicos alinhados para comparação, o credenciamento prévio de entidade privada serve, de um modo geral e como o próprio nome já diz, para credenciá-la ou habilitá-la a candidatar-se à celebração de parceria com o Poder Público.

Qual o interesse jurídico da entidade privada na celebração de parceria do gênero? O de receber recursos orçamentários e bens públicos para o desempenho do pactuado, explicita a legislação para o caso das OS;<sup>26</sup> para o caso das entidades conveniadas, o interesse no acesso a recursos orçamentários também é o móvel que as anima a engajar-se nas parcerias;<sup>27</sup> para o caso das OSCIP, porém, a lei curiosamente nada contém de tão explícito, mas fica sugerido nalgumas de suas passagens que o acesso a recursos orçamentários é o benefício principal que

---

<sup>23</sup> Cf. Portaria Interministerial 127, art. 3º., § 2º. c/c art. 1º., *caput* c/c art. 25, I.

<sup>24</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 9º.

<sup>25</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 5º.

<sup>26</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 12, *caput*.

<sup>27</sup> O Decreto 6.170/2007 sugere isto, no seu art. 1º., § 1º., ao definir o “convênio”, para os fins do próprio decreto, como “...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...”. Resta claro, do disposto, que a transferência de recursos financeiros de origem orçamentária figura dentre as finalidades do convênio e, certamente, atrai as entidades privadas sem fins lucrativos à parceria com a União.

animará a entidade privada a se lançar ao trabalho de previamente credenciar-se como tal, para poder, oportunamente, candidatar-se à celebração de termo de parceria com o Poder Público.<sup>28</sup> Ainda que haja outras variações quanto às vantagens de cada uma dessas parcerias – o termo de parceria e o contrato de gestão ofereceriam maior flexibilidade na gestão dos recursos públicos pela entidade do que o convênio e o contrato de repasse, por exemplo –, a essência do que oferecessem é, indubitavelmente, o acesso a recursos públicos. Donde a conclusão de que, nos regimes jurídicos aqui comparados, o prévio credenciamento de entidades privadas sem fins lucrativos propicia-lhes a oportunidade de, no futuro, candidatarem-se à celebração de parcerias com o Estado, as quais, por sua vez, propiciam-lhes o acesso a recursos públicos.<sup>29</sup>

Esta redundância entre os **Regimes das Entidades Conveniadas, das OSCIP e das OS**, nos aspectos supra mencionados, existe paralelamente a outra cesta de regimes funcionalmente equivalentes (em certa medida) entre si. É a cesta que reúne os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das Entidades Beneficentes de Assistência Social**. Ambos, como visto no **capítulo 3**, não se voltam a disciplinar parcerias do Estado com o terceiro setor (razão pela qual não criam específicos instrumentos de parceria, mas, antes, reportam-se ao **Regime das Entidades Conveniadas** quando querem tratar de alguma parceria do gênero); são regimes focados na disciplina do credenciamento, não da contratualização. O credenciamento que estabelecem, todavia, serve a propósito distinto, pelo prisma das entidades beneficiadas, daquele a que se prestam os sistemas de credenciamento sob os outros três regimes tratados. A principal vantagem que proporcionam para as entidades privadas sem fins lucrativos é o da *fruição de exonerações tributárias*. O credenciamento que propiciam funciona como “porta de acesso” à fruição de exonerações do gênero, como

---

<sup>28</sup> O caso das OSCIP é mesmo singular. Como se viu no **capítulo 3**, a Lei 9.790/99 é pródiga em enumerar *requisitos, ônus e sujeições* cujo cumprimento é demandado para que a entidade interessada possa qualificar-se como tal, mas é somente com algum custo que se pinçam na lei algumas bases para o reconhecimento de *direitos* a entidades qualificadas como OSCIP.

<sup>29</sup> É notável, diga-se de passagem, esta característica da técnica de credenciamento que se faz presente em todos os três regimes em apreço (**das OSCIP, das OS e das Entidades Conveniadas**): neles, invariavelmente, o prévio credenciamento pelo Estado, por si só, não gera praticamente direito algum para a entidade credenciada. A obtenção da credencial apenas se traduz no cumprimento de *um* dos requisitos habilitantes (talvez o principal, mas não suficiente) para que, *futuramente*, a entidade possa *candidatar-se* a alguma parceria com o Estado, na qual, *espera*, terá acesso (contingente e não perene, dado o prazo certo dos contratos) a recursos orçamentários para a execução do pactuado. O credenciamento, portanto, não gera *direito* à celebração de parceria, menos ainda de acesso a recursos públicos. No máximo, dá direito a candidatar-se a uma parceria.

isenções e imunidades tributárias. Daí, portanto, a existência de certa redundância entre ambos.

Diante deste quadro de uma complexidade um tanto desnecessária – resultante de vários regimes jurídicos, com a mesma finalidade –, há o risco de que a complexidade se torne pernicioso à medida que situações idênticas sejam tratadas de forma diferente, sem uma justificativa razoável para tanto. Nessas situações, o princípio da igualdade de todos perante a lei (Constituição Federal, art. 5º, *caput*) e, por conseguinte, perante a administração pública (que deve pautar-se pelo princípio da impessoalidade, consectário da igualdade, nos termos do art. 37, *caput*, da mesma Constituição) resta vulnerado. A redundância de regimes também se afigura pernicioso quando dificulta a aplicação do direito vigente, à medida que cada regime fica sem uma finalidade clara, discernível das perseguidas pelos demais.

Verifica-se, em suma, que a boa aplicação do direito vigente fica dificultada pelas evidentes redundâncias nele encontradas. Se não for o caso de eliminá-las, mas de manter todos os **Regimes Especiais** vigorando em paralelo, ao menos seria preciso que a legislação determinasse com maior clareza a finalidade de cada qual, especialmente de cada tipo de credencial e contrato de parceria. Ao fazê-lo, a legislação deveria cuidar para que situações iguais mereçam o mesmo tratamento, sob pena de a disparidade de tratamentos, sem fundamento razoável, agredir os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*) e da impessoalidade na administração pública (art. 37, *caput*).

#### **4. Indefinição de paradigma: controle de meios ou de resultados?**

Outro problema de cunho mais geral, que perpassa todo o direito vigente sobre o controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, é o da indefinição do paradigma de controle a observar: será o do controle de meios ou, então, o controle de resultados?

Sabe-se que ambos os paradigmas de controle influenciam a legislação em vigor. O paradigma do controle de meios alinha-se com a idéia de promoção do controle estatal sobre os procedimentos pelos quais as entidades privadas gastam os recursos públicos com os quais são contempladas; de outro lado, o paradigma do controle de resultados alinha-se com a idéia de promoção do controle estatal sobre os resultados por elas alcançados com o emprego dos recursos públicos recebidos. A legislação do final da década de 90 do século passado enfatizou o controle de resultados. Buscou apresentar-se como contraponto à legislação anterior, especialmente à do **Regime das Entidades Conveniadas**, avaliada como excessivamente centrada num controle de procedimentos.

Todavia, na aplicação de toda a legislação vigente, os órgãos responsáveis pelos repasses de recursos (órgãos e entidades federais, de um modo geral), os responsáveis por sua regulamentação (MPOG, MF e Presidência da República) e, ainda, os órgãos de controle externo e interno da administração pública (o TCU e a CGU, respectivamente), têm apresentado iniciativas que oscilam entre um paradigma e outro.

Como já lembrado, exemplo desta oscilação pela via regulamentar, que tocou os **Regimes das Entidades Conveniadas, das OSCIP e das OS** (e, por via reflexa, todos os demais **Regimes Especiais**), foi a edição da IN/STN 03/2003 e do Decreto 5.504/2005, que impuseram a licitação na modalidade de pregão para que as entidades privadas sem fins lucrativos executassem despesa com recursos da União recebidos em transferência. O decreto submeteu as entidades ao mesmo controle de procedimentos que é tipicamente imposto ao Estado – a licitação pública. A medida foi na linha contrária à preconizada pela Reforma Administrativa desencadeada no final dos anos 90, que informou a edição das Leis das OSCIP e das OS.<sup>30</sup> A imposição de um controle de resultados sobre as entidades privadas contempladas com subvenções estatais alinhava-se com a filosofia da chamada “administração pública gerencial”. Ao recrudescer o controle de meios, portanto, o citado decreto mudou o

---

<sup>30</sup> Há que se reconhecer que a Reforma Administrativa dos anos 90 não pretendia submeter apenas as entidades privadas qualificadas como OSCIP ou OS a um sistema de controle de resultados; na realidade, o programa de reformas ambicionava implantar o controle de resultados em toda a administração pública (não apenas a fomentadora de serviços sociais e científicos). Consoante apontava Caio TÁCITO, à época, os programas tinham como tônica a vinculação de entidades encarregadas do desempenho de atividades de interesse público a um plano determinado e, ainda, a um sistema de controle de resultados. Cf. “Transformações do direito administrativo”, in: *RDA* 214, pp. 32-33.

rumo determinado pela legislação anterior. Este rumo, em prol do controle de procedimentos, permaneceu com a edição de sucessivas Portarias Interministeriais do MPOG e do MF. Contudo, com a edição do Decreto 6.170/2007 e a previsão da faculdade de cotação de preços no mercado e registro dos seus resultados no Portal dos Convênios, por parte da entidade privada que pretenda contratar fornecedores com recursos de origem pública, volta-se a um paradigma não mais alinhado, estritamente, com o controle de meios. A nova faculdade de cotação de preços substitui a anterior obrigatoriedade de licitação por pregão, que fica tacitamente revogada, alterando-se o paradigma orientador do direito positivo.<sup>31</sup> Por outro lado, o novo paradigma é incerto. É difícil avaliar se o Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial 127/2008 que o complementa enfatizam um controle de meios ou de resultados. Eis aí um exemplo da oscilação do paradigma a informar o direito positivo nessa matéria.

Neste episódio, ficou clara a influência decisiva do TCU na produção de normas pelos órgãos do Poder Executivo, especialmente quando determinou à STN que produzisse certa norma jurídica. Ainda que esta determinação tenha sido algo excepcional, vindo o próprio TCU a se retratar em novo acórdão, o fato é que tem feito recomendações de alterações normativas reiteradamente e, assim, moldando a aplicação das leis.

Diante desta oscilante evolução, qual é o paradigma, hoje, a seguir? Trata-se de um problema fundamental a ser enfrentado por uma reforma legislativa atinente ao controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor. Sua importância decorre da necessidade de se conferir maior objetividade ao controle estatal atinente a estas transferências. Se o controle não tiver um foco, como poderá ser eficiente?

É claro que o desafio não reside em definir-se um paradigma em total menoscabo ao outro. A Constituição Federal, quando tratou especificamente do controle da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II), fez alusão tanto à comprovação

---

<sup>31</sup> Lembre-se de que a obrigatoriedade de licitação por pregão para a contratação de terceiros com uso de recursos transferidos por convênio permanece na hipótese de os conveniados serem entes da federação, nos termos da Portaria Interministerial 127/2008; não subsiste, contudo, na hipótese de os conveniados serem entidades privadas sem fins lucrativos.

de sua legalidade quanto à avaliação de seus resultados. A observância da legalidade também envolve a observância de procedimentos juridicamente previstos para a execução do gasto público; é inevitável, portanto, que a legalidade envolva o atendimento a procedimentos. Mas o procedimento de aplicação de recursos recebidos em transferência não pode ser um fim em si mesmo; é preciso que esteja a serviço de resultados a alcançar, da execução de um objeto determinado, em função do qual, inclusive, a transferência tenha sido feita. Daí a necessidade de as normas legais atinentes ao controle das transferências de recursos enfocarem um objetivo, sem descurarem das demais balizas constitucionais que as informam.

## **Conclusão**

O diagnóstico a que se chega é de uma disciplina do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor que se apresenta, em síntese, lacônica, redundante, sem um paradigma de orientação claro, cujas boas características – concebidas em reforma dos anos 90 – tiveram até o momento um alcance restrito.

Os **próximos capítulos** desta **segunda parte** ilustram abundantemente este diagnóstico geral. Ao apontarem problemas mais pontuais, relativos aos controles prévio, concomitante e posterior ao ajuste de transferência de recursos, eles ilustram ainda mais as lacunas, redundâncias, inexistências de paradigma e reformas ainda ineficazes que, **neste capítulo**, foram destacadas como problemas fundamentais do direito vigente.

## **CAPÍTULO 8**

### **PROBLEMAS RELATIVOS AO CONTROLE PRÉVIO**

Introdução. **1.** Planejamento. **1.1.** Déficit democrático no planejamento geral do fomento estatal. **2.** Credenciamento. **2.1.** Redundâncias. **a)** Títulos de Utilidade Pública e de Entidade Beneficente de Assistência Social. **b)** Títulos de OS e OSCIP. **2.2.** Discricionariedade na outorga. **2.3.** Lacônica disciplina. **3.** Processo de seleção. **3.1.** Menoscabo ao princípio da igualdade. **3.2.** Clientelismo na elaboração da lei orçamentária anual. **4.** Contratualização. **4.1.** Tratamento único para parcerias público-públicas e público-privadas. **4.2.** Excessiva fragmentação do regime das parcerias público-privadas. Conclusão.

#### **Introdução**

Além dos problemas fundamentais do direito vigente acerca do controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, apontados no **capítulo 7**, há problemas mais pontuais, que não chegam a pôr em xeque todo o sistema de controle, mas dizem respeito a aspectos específicos do sistema em seus diferentes momentos – o do controle prévio, o do controle concomitante e o do controle posterior aos ajustes de transferência dos recursos. No **presente capítulo** são tratados alguns problemas atinentes ao controle prévio e, em seguida, nos **capítulos 9** e **10**, outros referentes aos controles concomitante e posterior, respectivamente.

A **tabela 8.1**, a seguir, enumera os problemas de controle prévio a serem **neste capítulo** apresentados.

**Tabela 8.1 – Problemas relativos ao controle prévio das transferências de recursos públicos para o terceiro setor**

<b>1. Planejamento</b>	
1.1	Déficit democrático no planejamento geral do fomento estatal
<b>2. Credenciamento</b>	
2.1	Redundâncias
2.2	Discricionariiedade na outorga
2.3	Lacônica disciplina
<b>3. Processo de seleção</b>	
3.1	Menoscabo do princípio da igualdade
3.2	Clientelismo na elaboração da lei orçamentária anual
<b>4. Contratualização</b>	
4.1	Tratamento único para parcerias público-públicas e público-privadas
4.2	Excessiva fragmentação do regime das parcerias público-privadas

Como se pode notar, cada problema está relacionado a determinado instrumento de controle prévio previsto no direito vigente (sobre tais instrumentos, *cf.* **capítulo 3**). Um a um, os problemas são descritos a seguir.

## **1. Planejamento**

### **1.1. Déficit democrático no planejamento geral do fomento estatal**

Uma das grandes novidades introduzidas pelo **Regime das OSCIP**, no que tange à instituição de parcerias entre o Poder Público e o terceiro setor, foi a exigência de submissão das propostas de termos de parceria à manifestação prévia dos Conselhos de Políticas Públicas, porventura existentes em cada nível de governo, atuantes nas áreas correspondentes à área de atuação da entidade candidata à parceria. Tal manifestação, como já observado,<sup>1</sup> não tem caráter vinculante para o órgão estatal responsável pela celebração do termo de parceria, que decidirá, em última instância, pela sua celebração ou não.

<sup>1</sup> A respeito da obrigatoriedade de consulta a Conselhos de Políticas Públicas para a celebração de termo de parceria com OSCIP, *cf.* **capítulo 3**.

O objetivo desta inovação foi conferir maior legitimidade para a parceria a ser firmada, por intermédio da participação de representantes da sociedade civil na sua formulação. Procurou-se atacar, assim, um problema que perpassava – e ainda perpassa – todos os regimes de parcerias do Poder Público com o terceiro setor, que é o da concepção de políticas públicas de fomento e celebração de parcerias sem que se dê a oportunidade a qualquer interessado de manifestar-se contra ou a favor das iniciativas propostas, ou, ainda, de sugerir-lhes aperfeiçoamento, discutir a sua oportunidade ou expressar qualquer outro tipo de avaliação. Realmente, há uma carência de mecanismos de controle social de cada parceria firmada ou, mais do que isso, de participação democrática na formulação de políticas públicas que envolvam diversas parcerias do Estado com o terceiro setor. Parte dela tentou-se suprir com a Lei das OSCIP.

Entretanto, independentemente da avaliação que se faça da experiência de aplicação do requisito previsto naquela lei em especial, fato é que a experiência restringe-se até agora a um universo pequeno de parcerias com entidades do terceiro setor. Remanesce a pergunta: o que dizer do universo, bem mais abrangente, de entidades do terceiro setor não qualificadas como OSCIP que celebram convênios com o Poder Público? Estará a formulação de cada convênio submetida a suficientes mecanismos de controle social? Mais do que isso, as políticas públicas implementadas por intermédio de convênios e parcerias em geral estarão submetidas a suficientes mecanismos de participação popular?

Segundo Maria Paula Dallari BUCCI, as políticas públicas se expressam por intermédio de diferentes suportes normativos; nesse sentido, a autora constata que as políticas públicas “...podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo.”<sup>2</sup> E, propondo um conceito de política pública, a jurista observa:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral,

---

<sup>2</sup> “O conceito de política pública em direito”, in: Maria Paula Dallari BUCCI, *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 11.

processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”<sup>3</sup>

Desta conceituação de política pública pode ser destacada a idéia de um *programa ou plano de ação governamental*, que conjugue a definição de *objetivos, metas ou resultados determinados* com a estipulação dos *meios ou instrumentos necessários* ao seu alcance, dentro de *marcos temporais determinados*. Assim, independentemente do suporte normativo em que todos esses elementos se exteriorizem, eles pode ser vislumbrados como elementos de uma política pública. Põem-se, então, as situações em que as parcerias com entidades do terceiro setor são vistas como instrumentos, meios de execução de dada política. Coloca-se, então, o desafio de se pensar não apenas o conteúdo de cada parceria isoladamente, mas o seu papel dentro do todo, dentro do contexto de uma política pública. E surge também a questão de se convidar as possíveis entidades parceiras do Estado, bem como quaisquer interessados, a participar da formulação desta política – não fosse pela razão de conferir-se eficácia ao princípio republicano, ao menos pelo fato de que serão os seus principais executores.

É quanto a este último desafio, então, que se percebe a necessidade de seu melhor enfrentamento; nota-se um déficit de participação das entidades do terceiro setor e de todos os interessados no planejamento, na formulação das políticas públicas que estas entidades são convidadas a executar. Deveras, o planejamento de uma política pública apoiada por múltiplas entidades privadas sem fins lucrativos, mediante múltiplos convênios, não costuma ser submetido a procedimento de consulta pública ou a outro meio de participação dos interessados na sua formulação. O direito positivo brasileiro carece de exigências peremptórias neste sentido.

---

<sup>3</sup> “O conceito de política pública em direito”, in: Maria Paula Dallari BUCCI, *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 39.

É muito importante perceber que, se esta carência de exigência de participação democrática na formulação de políticas públicas é ainda uma marca das regras sobre cooperação entre Estado e terceiro setor, já vai deixando de ser uma característica do moderno Direito Administrativo brasileiro. De fato, a participação democrática em atividades administrativas do Estado, como as de planejamento e mesmo de concepção de instrumentos de parceria, tem cada vez mais larga utilização no nosso Direito Administrativo. Tomando-se o exemplo do instituto da consulta pública, é fácil constatar esta tendência: em 1999 tivemos aprovada a Lei Geral de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), na esfera federal, que faculta ao administrador público a instauração de consulta pública “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral”;<sup>4</sup> embora prevista como mera faculdade naquela lei geral, a adoção do instituto da consulta pública para a tomada de decisões administrativas tem sido prevista como obrigatória em diversas leis especiais sobre setores específicos. Foi o caso, inicialmente, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que a prevê como obrigatória para a edição de quaisquer atos normativos pela entidade Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)<sup>5</sup> e, ainda, para a aprovação, por decreto, de instrumentos de planejamento da exploração dos serviços no setor, como o “plano geral de outorgas” e o “plano geral de metas de universalização”<sup>6</sup> e, também, para a instituição ou eliminação da prestação de modalidade de serviço no regime público.<sup>7</sup> Seguiram-na: a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei 9.985/2000, também chamada Lei do SNUC), que prevê que a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida “de estudos técnicos e de consulta pública”, com vistas à definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade;<sup>8</sup> a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), que prevê a submissão das minutas de edital e de contrato a um procedimento de consulta pública como pré-requisito para a contratação de parceria público-privada;<sup>9</sup> e a Lei das Diretrizes Nacionais e do Plano Federal de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007), que prevê a realização “de audiências e de consultas públicas” sobre as minutas de edital e de contrato como condição de validade para a contratação de serviços públicos de saneamento

---

<sup>4</sup> Cf. Lei 9.784/99, art. 31, *caput*.

<sup>5</sup> Cf. Lei 9.472/97, art. 42.

<sup>6</sup> Cf. Lei 9.472/97, art. 19, III c/c art. 18, II e III.

<sup>7</sup> Cf. Lei 9.472/97, art. 19, III c/c art. 18, I.

<sup>8</sup> Cf. Lei 9.985/2000, art. 22, § 2º.

<sup>9</sup> Cf. Lei 11.079/2004, art. 10, VI.

básico<sup>10</sup> e, ainda, a realização de “audiências ou consultas públicas” nos processos de elaboração e revisão de plano para a prestação desses serviços.<sup>11</sup> A consulta pública vai se tornando, assim, um dos mais relevantes motores da recente experiência de aprofundamento da democracia participativa brasileira (paralelamente ao das audiências públicas). Quem sabe o mesmo instrumento da consulta pública não possa ser utilizado para fins de aprimoramento do direito vigente em matéria de fomento e controle de parcerias do Estado com o terceiro setor? Esta possibilidade é discutida e, inclusive, defendida na **parte 3** deste trabalho.

Por outro lado, a Lei das OSCIP apostou nos órgãos colegiados integrantes da administração pública – no caso, os chamados Conselhos de Políticas Públicas – como instrumentos de controle social da parceria a ser firmada com OSCIP. Parece que houve, mesmo, no âmbito da Reforma Administrativa dos anos 90, um entusiasmo a respeito da capacidade desses conselhos de conferir legitimidade democrática às parcerias firmadas com base nos pareceres emitidos pelos colegiados.<sup>12</sup> A instituição desses conselhos, que atuam na

---

<sup>10</sup> Cf. Lei 11.445/2007, art. 11, IV.

<sup>11</sup> Cf. Lei 11.445/2007, art. 19, § 5º. c/c art. 51.

<sup>12</sup> Com efeito, esta parece ser uma idéia subjacente à visão de Luiz Carlos BRESSER PEREIRA sobre o controle social na Reforma Administrativa, também chamada Reforma Gerencial da Administração Pública, dos anos 90. Aquela reforma tinha duas ambições ou objetivos: tornar a administração pública mais eficiente e mais democrática. Com vistas a esse último, apostava-se na institucionalização de diversos mecanismos de controle social e de participação na gestão pública e não apenas num único mecanismo, o dos “conselhos” ou da “participação em órgãos colegiados”. Este era um mecanismo possível, mas a reforma ambicionava – e isto estava bastante claro – institucionalizar muitos. Ocorre que, aparentemente, houve um entusiasmo com este mecanismo dos conselhos em particular. Vejam-se os dizeres do então Ministro da Administração e Reforma do Estado sobre as características essenciais da reforma, que denotam este viés: “Todas elas tornam a administração mais eficiente e mais democrática. Mais eficiente, porque torna viável a efetiva utilização dos meios mais adequados para se atingir os fins visados. Mais democrática, porque está orientada para o cidadão, e porque envolve o controle social por parte dos cidadãos organizados em conselhos formais e informais dos mais variados tipos” (itálicos acrescentados ao original). *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 112. Mais adiante, o autor explicita um pouco mais esta idéia: “O controle social das organizações públicas pode ocorrer de duas maneiras: de baixo para cima, quando a sociedade se organiza politicamente para controlar ou influenciar instituições sobre as quais não tem poder formal; ou de cima para baixo, quando o controle social é exercido formalmente por conselhos diretores de instituições públicas não estatais” (*ibid.*, p. 140). E, ainda adiante, exemplifica: “Exemplos de instituições que viabilizam a participação dos cidadãos ou o controle social dos serviços públicos e, mais amplamente, do Estado são os conselhos de administração em que a sociedade civil é efetivamente representada, os conselhos de usuários, os conselhos de pais e mestres em escolas, organizações não-governamentais orientadas para o controle social etc.” (*ibid.*, p. 145). Exemplifica, ainda: “As organizações públicas não-estatais realizam atividades públicas e são diretamente controladas pela sociedade por meio de seus conselhos de administração. Existem, no entanto, outras formas de controle social direto e de definição de espaço público não-estatal. No Brasil, a partir da experiência de Porto Alegre, uma instituição interessante é a dos orçamentos participativos, mediante a qual os cidadãos participam diretamente da elaboração do orçamento municipal” (*ibid.*, p. 239). E faz referência, também, à experiência de reforma administrativa na área de saúde, apontando que a Lei Orgânica da Saúde, instituidora do SUS, previu o princípio do controle social por intermédio dos Conselhos de Saúde e participação da comunidade

discussão e concepção e, por vezes, no acompanhamento da execução de políticas públicas, contando com a representação de expressivos setores da sociedade civil, é uma das formas mais expressivas de nossa democracia participativa e, como tal, pode e deve ser incentivada, como lembrou recentemente Alice Gonzalez BORGES, em didático artigo sobre a natureza e atuação dos conselhos representativos da sociedade civil.<sup>13</sup> Mas a experiência brasileira e, até

---

(*cf. ibid.*, p. 259). Em suma, toda a exemplificação dada pelo autor sugere haver uma predominância da idéia do controle social por meio da participação em conselhos, sejam aqueles integrantes da estrutura de uma entidade do terceiro setor (dito setor público não-estatal), sejam aqueles integrantes da estrutura da administração pública (como os citados conselhos de usuários de serviços públicos ou conselhos na área de saúde). Confirma-se, também a denotar esse aparente entusiasmo pelos conselhos, a manifestação de Simon SCHWARTZMAN, feita à mesma época da implantação da Reforma Administrativa dos anos 90 no Brasil, em que o autor, procurando listar, a título de sugestão, outros mecanismos possíveis de controle e supervisão do desempenho dos órgãos públicos para além dos então existentes, mencionou os *conselhos de diferentes tipos* e o *contrato de gestão*; veja-se: “Existe alguma experiência no Brasil com Conselhos de diferentes tipos que procuram coordenar as ações governamentais em determinada área, ou acompanhar as atividades de determinada instituição. Exemplos são os Conselhos de Educação, Conselhos Interministeriais de diversos tipos, e conselhos curadores e de supervisão de entidades. Não existe, que eu saiba, nenhuma análise sobre o desempenho destes órgãos, e é possível que em muitos casos eles funcionem a contento.” *Desempenho e controle na reforma administrativa*, Texto para discussão ENAP nº. 8, p. 6. Entretanto, a menção à experiência brasileira com conselhos não era feita pelo autor sem cautelas; vejam-se as interessantes “armadilhas” a evitar num conselho, que ele apontava: “No entanto, eles [os conselhos] podem cair facilmente em três armadilhas: transformar-se em burocracias perdidas na tramitação de papéis, como ocorre com os Conselhos de Educação; se esvaziar, transformando-se em meros órgãos homologadores de decisões executivas, nos casos de órgãos interministeriais de funcionamento intermitente; ou se transformar em arenas de confronto ou negociação de interesses particulares ou corporativos, quando constituídos por critérios de representação. A experiência parece sugerir que Conselhos são um instrumento importante de coordenação e acompanhamento das ações governamentais, desde que satisfaçam a alguns critérios básicos. Eles devem ser formados por pessoas *representativas* de diversos setores da sociedade, mãos não de *representantes* desprovidos de autonomia; e devem ter um forte componente profissional, que possa lhes dar prestígio, respeitabilidade e capacidade de trabalho coordenado.” *Ibid.*, p. 6.

<sup>13</sup> “Democracia participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil”. In: *FA 57*, p. 6377. O artigo é didático ao apontar, com muita clareza, inclusive para o leigo, diretrizes importantes para o bom funcionamento desses órgãos colegiados. Além disso, enumera com precisão alguns “poderosos obstáculos para a efetiva participação e a atuação da cidadania responsável em tais órgãos”, tais como o ainda baixo desenvolvimento da “consciência cívica da população, após séculos de tradição autoritária”, o “aproveitamento das oportunidades de participação cívica em órgãos criados pelo governo, em favor de interesses político-partidários”, a visão da atuação nesses órgãos como “uma oportunidade para o conselheiro granjear a simpatia das autoridades” e, acima de tudo, a “resistência das autoridades governamentais” (*ibid.*, pp. 6374-6375). Em passo adiante, a jurista considera que tais obstáculos levam a algumas “distorções no funcionamento dos conselhos”, tais como a “interferência na real e efetiva representatividade dos conselheiros, pela escolha, a dedo, de conhecidos apaniguados do poder político”, o “não funcionamento de alguns conselhos, cujas reuniões sequer se convocam, passando o órgão a constar apenas do papel” e, em alguns casos, “verdadeira sabotagem da participação representativa, pelos meios mais insidiosos” (*ibid.*, p. 6375). Mesmo diante de tais obstáculos e conseqüentes distorções no seu funcionamento, a jurista passa, então, a endereçar como superá-los (*ibid.*, pp. 6375-6377). Duas sugestões de endereçamento do problema chamam a atenção. Uma é compreensão clara do papel do conselho: se este tem poderes deliberativos ou, então, executivos, técnicos, de controle ou consultivo (*ibid.*, p. 6375). Realmente, se faltar clareza quanto à sua missão, um conselho não pode funcionar bem. Outra sugestão de endereçamento feita pela autora é o desenvolvimento de uma convicção de que, mesmo que a administração não esteja obrigada, em regra, a aceitar as sugestões dos participantes, cumpre a estes manter uma participação atuante e responsável (ela ensina os modos de fazê-lo, como, por exemplo, manifestar por escrito o voto vencido em separado, fazendo-o constar da ata da sessão deliberativa). Isto porque, na sua visão, “...sempre a Administração sai enriquecida com as sugestões dos participantes efetivamente atuantes” (*ibid.*, p. 6376). Vale

mesmo, a internacional, sugerem que, para o alcance da mesma finalidade de aumento da legitimidade democrática das decisões administrativas, o instrumento da consulta pública tem revelado uma eficácia ímpar,<sup>14</sup> que pode se somar, com grande proveito, à da participação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados. As razões para tanto são também discutidas na **parte 3**.

Enfim, há muito espaço para a participação democrática direta na definição dos contornos definitivos de programas voltados à celebração de parcerias do Estado com entidades terceiro setor, por meio das quais se destinem recursos públicos a estas últimas. Esta participação faz-se necessária ainda que tais programas estejam, como de fato devem estar, previstos na legislação orçamentária. Com efeito, mesmo após a edição da LOA – a mais pormenorizada das leis orçamentárias, editada ao amparo das diretrizes fixadas na LDO<sup>15</sup> e das metas estabelecidas na lei do PPA –, os programas do orçamento ainda carecem de maior detalhamento quanto ao seu modo de execução. A administração pública, então, é quem lhes dá os contornos definitivos. Esta “definição de contornos concretos” envolve desde o planejamento do conjunto de parcerias que celebrará com entidades do terceiro setor até a concepção de cada uma delas.<sup>16</sup> Em qualquer desses estágios, como visto nos exemplos

---

acrescentar que, tanto neste instituto da participação em órgãos colegiados quanto noutros voltados à participação popular na administração pública (como as audiências e consultas públicas), esta, ainda que não vinculada às sugestões que lhe são feitas, depara-se com um *aumento do seu ônus argumentativo no momento de motivar suas decisões*. E esta é uma conquista fundamental no sentido do controle da gestão pública. Ao motivar a decisão tomada após o efetivo funcionamento de mecanismos de participação popular, a administração tem o dever – este um dever jurídico, não apenas moral – de considerar na sua motivação, ainda que de um modo geral, as contribuições e sugestões que lhe foram apresentadas. Sobre a importância do dever de motivar nas audiências e consultas públicas, *cf.* o nosso “Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana”, in: *FA 16*, pp. 757-759.

<sup>14</sup> Sobre o instituto da audiência pública no direito brasileiro, *cf.* Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “Audiências públicas”, in: *RDA 120*, pp. 11-23. Sobre possíveis contribuições da experiência norte-americana para uma reflexão sobre o papel dos institutos da consulta pública e da audiência pública no direito brasileiro, *cf.* o nosso artigo já citado, “Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana”, in: *FA 16*, pp. 752-760.

<sup>15</sup> O paulatino crescimento da importância das LDO na fixação das diretrizes para a destinação de recursos ao setor privado (inclusive para as entidades do terceiro setor) já foi demonstrado no **capítulo 4**. Vale aqui lembrar, apenas, que as LDO têm exigido que a LOA discrimine uma série de aspectos das despesas, inclusive a “modalidade de aplicação”, destinada a indicar se os recursos serão aplicados “diretamente” por órgão ou entidade do governo federal ou “indiretamente, mediante transferência financeira”, por outras esferas de governo ou por entidades privadas sem fins lucrativos. Nesse sentido, *cf.* art. 7º., § 8º., I e II, da Lei 11.768/2008 (LDO para o exercício de 2009). Em suma, por exigência da própria LDO, a LOA já deve definir se um programa será ou não implementado com o apoio de entidades privadas sem fins lucrativos.

<sup>16</sup> Gustavo Justino de OLIVEIRA, tratando da Lei das OSCIP, faz interessante distinção entre “programação originária”, a cargo do Poder Público, e “programação derivada”, consubstanciada no termo de parceria firmado

colacionados acima,<sup>17</sup> a participação democrática direta pode ocorrer, sendo desejável que a legislação assim o preveja.

Vê-se, portanto, que a carência de maior participação direta dos interessados, na formulação de políticas públicas que envolvam parcerias do Estado com o terceiro setor, é algo que destoia destas novas experiências surgidas da convergência entre Direito Administrativo e democracia no Brasil. E se trata de uma carência grave na medida em que, por um lado, pode minar a legitimidade das políticas públicas que pretendam lançar mão dessas parcerias com o terceiro setor e, ainda, a legitimidade de cada parceria em específico; por outro lado, pode facilitar a ocorrência de desvios de finalidade no emprego dos recursos públicos transferidos sem um crivo democrático.

Não é demais lembrar que a Constituição exige que a aplicação de recursos públicos se faça com observância a parâmetro de *legitimidade*, para além dos de *legalidade* e *economicidade* (cf. art. 70). Se dita exigência de legitimidade há de ter um significado distinto do requisito de legalidade, este significado parece ser o de que o dispêndio de recursos públicos tenha crivo democrático, isto é, um alto coeficiente de conformidade com as prioridades dos cidadãos. Nesta perspectiva, só deve caber a legitimidade dentro da legalidade, mas a participação popular na concepção de planos de dispêndio de recursos orçamentários mediante parcerias com o terceiro setor pode contribuir, sem dúvidas, para o aumento do coeficiente de legitimidade desses dispêndios.

---

com a entidade qualificada como OSCIP, que teria maior detalhamento e deveria ser consentânea com aquela. Veja-se: “Examinando o que determina a Lei federal nº 9.790/99, é necessário estabelecer uma distinção entre o que faz parte do que denominamos *programação originária* (conjunto de projetos, atividades ou ações formulado pelo parceiro público, e que consta no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual) e da *programação derivada* (conjunto de projetos, atividades ou ações formuladas pela OSCIP, apresentado no termos de parceria, e que deve estar harmonizado com a programação originária da competência do Poder Público). “Gestão privada de recursos públicos para fins públicos”, in: Gustavo Justino de OLIVEIRA (coord.), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, p. 221. Vale acrescentar que, para fins de transferência direta de recursos públicos ao terceiro setor (no regime das OSCIP inclusive, mas também em qualquer outro), seria desejável que dita *programação originária*, a cargo do parceiro público, estivesse refletida não apenas na legislação orçamentária (PPA, LDO e LOA), mas também num plano de fomento público, elaborado mediante consulta pública, aberta naturalmente a qualquer cidadão ou entidade interessada. Esta idéia – que esta tese apóia – consta do recém-elaborado Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, e será discutida nos **capítulos 11 e 13**.

<sup>17</sup> Em especial no setor de saneamento básico, em que a legislação federal previu consultas ou audiências públicas tanto a respeito de uma minuta de plano quanto a respeito de minutas de contratos.

## **2. Credenciamento**

### **2.1. Redundâncias**

Um visível problema da vigente legislação sobre credenciamento reside na circunstância de que nele estão previstos diversos tipos de certificados ou qualificações outorgáveis a entidades do terceiro setor, sem, no entanto, que haja nítida distinção entre os seus propósitos. Certificados diferentes servem à mesma finalidade, sem que haja razão para que coexistam.

De um lado, há certa sobreposição de fins entre os certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social e de Utilidade Pública, na medida em que ambos servem para a obtenção de benefícios tributários por entidades privadas sem fins lucrativos. De outro, há também certa sobreposição de fins entre as qualificações de OS e OSCIP, na medida em que ambas servem à obtenção de transferências de recursos públicos por entidades do terceiro setor. Veja-se um pouco mais de perto como ocorre esta sobreposição de finalidades entre os diversos regimes de certificação.

#### **a) Títulos de Utilidade Pública e de Entidade Beneficente de Assistência Social**

A finalidade comum ao título de Utilidade Pública e ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social decorre, hoje, do previsto no art. 55, I, da Lei 8.212/91 e no art. 3º, XI, do Decreto 2.536/98, que exigem que as entidades de assistência social, para o gozo de certos benefícios tributários, sejam tituladas como de utilidade pública, tanto na esfera federal como nalguma outra esfera – estadual, municipal ou distrital. A previsão vai em sentido contrário ao disposto na Lei 91/35, que regulamenta o título de Utilidade Pública, já que o seu art. 3º. prevê que não haverá “favor” estatal nenhum dele decorrente. Houve, historicamente, um grande desvirtuamento da finalidade original do título de Utilidade Pública, que se transformou, na acurada avaliação de Damião Alves de AZEVEDO, “de uma

mera honoraria em um pré-requisito para a obtenção de benefícios fiscais, praticamente derogando o disposto no art. 3º. da Lei 91/35”.<sup>18</sup> Na realidade, as vantagens decorrentes da obtenção do título de Utilidade Pública chegam a extrapolar as de caráter tributário, como visto no **capítulo 3**.

Tamanho cabedal de vantagens paulatinamente acrescidas à legislação original por leis esparsas, certamente, não surgiu por acaso. Ainda que seja difícil precisar os fatores que levaram a tanto, parece que, ao menos, a própria *disciplina lacônica* do título de Utilidade Pública, pela Lei 91/35, facilitou um desvirtuamento paulatino de suas finalidades, tanto no plano da sua aplicação quanto no âmbito, mesmo, das leis ulteriores, que foram ditando, mais ao sabor do casuísmo do que da racionalidade, novas conseqüências à posse do título. Sobre esta disciplina lacônica dos sistemas de credenciamento de entidades do terceiro setor se falará adiante.

Por hora, cumpre atentar para a questão da sobreposição de fins entre os títulos de Utilidade Pública e de Entidade Beneficente de Assistência Social, observando-se que, quanto a este último, também faltou clareza, historicamente, acerca do seu exato propósito. Houve ausência de consenso sobre a sua finalidade até mesmo no âmbito do Poder Público concedente, como aponta Joaquim FALCÃO, ilustrando:

“Até bem pouco tempo, por exemplo, o Ministério da Justiça concedia o título de entidade filantrópica a entidades administradoras de seguros médicos. Ou seja, inexistiu até mesmo consenso quanto à extensão da aplicação de qualificações já existentes, como o título de utilidade pública e o certificado de entidade filantrópica.”<sup>19</sup>

Recentemente, uma verdadeira crise da certificação na assistência social veio somar-se à já apontada crise do título de Utilidade Pública, reverberando, em certa medida, a falha disciplina normativa dessas certificações – insuficientes, aparentemente, para esclarecerem até mesmo a finalidade a que se prestam.

---

<sup>18</sup> *O título de utilidade pública federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patronal*, p. 4.

<sup>19</sup> *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 150.

A crise foi descortinada a partir do início de 2008, apresentando como sintomas um grande *acúmulo* de pedidos de concessão e renovação de CEBAS junto ao CNAS e ao Ministério da Previdência Social, bem como de recursos contra decisões de indeferimento e deferimento de pedidos e, bem assim, uma *demora* na apreciação desses pedidos. Paralelamente, operação da polícia federal noticiada pela imprensa apontava suspeita de fraude na concessão de certificados na assistência social, o que acabaria paralisando as atividades do CNAS. Diante disso, o Poder Executivo chegou a apresentar ao Congresso Nacional, em 17.3.2008, o PL 3.021/2008, para reformular o processo de certificação de entidades, mas, logo em seguida, mudou de estratégia e tentou regulamentar a matéria por medida provisória – a MP 446, de 7.11.2008 –, que, em seus artigos 37 a 39, declarava como “deferidos” os pedidos de renovação de CEBAS já protocolizados e pendentes de julgamento até aquela data e reputava “extintos” os recursos administrativos interpostos contra atos de deferimento de pedidos de concessão originária ou de renovação de CEBAS em tramitação naquela mesma data. O intuito do Executivo, aparentemente, teria sido o de “zerar” o estoque de pedidos de renovação e recursos administrativos pendentes de apreciação até então. A iniciativa foi interpretada como inadmissível “anistia geral”, de sorte que a MP 446/2008, tendo vigorado por cento e vinte dias, acabaria rejeitada por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 10.2.2009 (publicado no DOU de 12.2.2009). Esta “anistia”, realmente, capturou as atenções, ficando em segundo plano a discussão de fundo sobre a necessidade premente de se aperfeiçoar o processo de certificação de entidades. Contudo, é plausível indagar se o episódio da rejeição da MP 446/2008 pelo Congresso Nacional foi, na prática, uma *verdadeira rejeição* ou terá sido uma *omissão disfarçada* do Legislativo. Isto porque, rejeitada a medida provisória, os efeitos por ela produzidos e as relações estabelecidas sob a sua vigência deveriam ter sido regulados pelo Congresso Nacional, mas não o foram. Com efeito, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados deixou transcorrer *in albis* o prazo constitucional de sessenta dias, contado da data da rejeição da medida provisória, para que qualquer decreto legislativo regulamentador das relações dela decorrentes fosse editado, de tal sorte que estas relações ficaram regidas pelos próprios termos da medida provisória rejeitada.<sup>20</sup> Aparentemente, apesar dos protestos da Deputada Luciana Genro em justificção a projeto de decreto legislativo (PDC 1.378/2009) apresentado para regulamentar a matéria, mas

---

<sup>20</sup> Em conformidade com o disposto no art. 62, § 11, da Constituição Federal.

arquivado pela Mesa Diretora, a renovação generalizada de CEBAS prevista na medida provisória teria ocorrido durante a sua vigência (a despeito de tal renovação ter sido alardeada como a grande causa da rejeição do ato provisório). Se isto for verdadeiro, o Legislativo terá adotado uma estranha posição: a de declarar-se contrário à propalada “anistia geral” para, em seguida, acabar se omitindo quando chamado a tomar providências para honrar a sua declaração.

Mas esta crise da certificação na assistência social, cujos episódios mais recentes foram sucintamente narrados acima, vem se juntar à outra – como dito –, mais antiga, do título de Utilidade Pública federal, que já era denunciada em fins da década de 1990 e influenciaria os debates resultantes na criação das novas certificações (de OS e OSCIP). Se aquelas certificações mais antigas já são um tanto redundantes quanto aos seus fins, elas também guardam em comum, na atualidade, o fato de resultarem de processos de certificação falhos, obsoletos e carentes de reforma.

## **b) Títulos de OS e de OSCIP**

Por outro lado, a possibilidade de aquisição, indistintamente, de título de OS ou de OSCIP para o mesmo fim, também consiste numa das disfunções da legislação vigente em matéria de credenciamento de entidades do terceiro setor. Vale explicá-la.

Como se sabe, as Leis das OS e das OSCIP foram editadas em fins dos anos 90 do século passado, com o objetivo de enfrentar, entre outros, o problema da crise do título de Utilidade Pública.<sup>21</sup> Tiveram, assim, propósitos bastante semelhantes, senão idênticos.<sup>22</sup> Foram inclusive editadas ao cabo de processos de discussão e amadurecimento que correram em paralelo – um aparentemente mais impulsionado pelo então Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), capitaneado pelo ministro Luiz Carlos BRESSER PEREIRA,

---

<sup>21</sup> Cf. Paulo MODESTO, “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, pp. 60-61 e 67.

<sup>22</sup> Sem que se desconheça o objetivo peculiar à Lei das OS, de que se falará adiante, de “transformar” certas entidades pertencentes à administração pública, prestadoras de serviços sociais e científicos, em entidades privadas sem fins lucrativos, concedendo-lhes acesso, porém, a recursos públicos.

que foi o processo de elaboração do anteprojeto de lei das OS, e outro tido como oriundo de interlocuções entre o governo e a sociedade civil organizada, que ficaram conhecidas como “Rodadas de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária” e que marcaram o processo de elaboração do anteprojeto das OSCIP. Ocorre que, se correram em paralelo, a semelhança entre as duas proposições é indiscutível, como, aliás, cedo constatou Paulo MODESTO,<sup>23</sup> jurista que atuou como Assessor Especial para a Reforma Constitucional (1995-1998) do então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado<sup>24</sup> – o próprio BRESSER PEREIRA –, justamente à época da gênese do modelo das organizações sociais. Estes propósitos semelhantes e processos de elaboração em paralelo, inclusive no mesmo momento histórico, levaram à elaboração de diplomas *funcionalmente muito semelhantes*. Deveras, não guardam semelhanças apenas em disposições específicas, mas também nas funções que têm a cumprir no quadro geral do uso da técnica de credenciamento das entidades do terceiro setor no Brasil.<sup>25</sup> Noutras palavras, as qualificações de OS e OSCIP prestam-se, praticamente, à mesma função, com relação às mesmas entidades.

Esta conclusão exige certa dose de abstração – de desconsideração de algumas diferenças bem nítidas entre as duas leis – para que se possa enxergar, num olhar mais penetrante, o que nelas há de essencial e comum. Dentre os aspectos que as distinguem entre si é fácil notar que a Lei das OS, diversamente da Lei das OSCIP, foi pensada, nalguma medida, para situações em que o Estado pretenda “transformar” órgãos ou entidades estatais, prestadoras de serviços sociais e científicos, em entidades privadas sem fins lucrativos, não mais pertencentes ao aparelho do Estado, mas ainda financiadas por este em certa medida e submetidas a um controle estatal mais rigoroso. Neste sentido, a Lei das OS cria um “Programa Nacional de Publicização” de entidades. A expressão causa surpresa à primeira

---

<sup>23</sup> O autor observou, logo do surgimento do projeto de lei das OSCIP: “É interessante observar que esse projeto, nascido de uma ampla interlocução da Comunidade Solidária com as entidades do terceiro setor, adota boa parte das inovações da lei das organizações sociais.” “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 64. E apontou vários aspectos ilustrativos da sua avaliação de que a semelhança da nova proposta com o modelo normativo das organizações sociais era mesmo “indiscutível”. *Cf. ibid.*, pp. 64-65.

<sup>24</sup> *Cf. ibid.*, p. 55.

<sup>25</sup> É curioso que, a despeito da grande semelhança entre as Leis das OS e das OSCIP, ambas tenham sido editadas. Aliás, o livro de BRESSER PEREIRA, publicado em 1998 (*Reforma do Estado para a cidadania*), que trata diretamente da Reforma Gerencial na Administração Pública brasileira e, extensamente, do modelo das organizações sociais (inclusive de sua legislação, referida na p. 244), não menciona ou antevê a edição de uma Lei das OSCIP, que viria a ocorrer pouco depois, em 1999.

vista, já que o programa serve à extinção de determinados órgãos estatais e ao trespasse de suas atribuições ao setor privado, apontando, portanto, justamente no sentido oposto, de uma “privatização” (em vez de “publicização”); todavia, a expressão resta esclarecida pelo então ministro BRESSER PEREIRA, que observou servirem a lei e dito programa, sim, a uma “publicização”, no sentido de transferência de atividades de cunho social e científico, a cargo do Estado, para o chamado *setor público, porém não estatal*, no qual atuam as entidades do terceiro setor (as quais, embora não estatais, desempenham atividades de relevância pública, merecendo o qualificativo de “públicas não estatais”). A expressão “publicização” teria a conveniência de distinguir-se do termo “privatização”, que ficaria reservado apenas a transferências de controle de empresas (que visam ao lucro) do setor público para a iniciativa privada. Discussões terminológicas a parte, o que importa é perceber que a Lei das OS previa – e prevê – um “Programa Nacional de Publicização”, consistente, assim, em uma das características salientes do **Regime das OS**, impossível mesmo de se ignorar.

Sabe-se, no entanto, pelo depoimento de Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, que o plano de seus idealizadores era o de que ela estivesse focada apenas inicialmente na extinção de entidades estatais e na absorção de suas atividades por entidades privadas sem fins lucrativos, mas que, posteriormente, ela também passasse a servir, sim, à qualificação de entidades já nascidas no terceiro setor e desprovidas, portanto, de qualquer raiz histórica no aparelho do Estado.<sup>26</sup> A corroborá-lo, nalguma medida, verifica-se o testemunho de Paulo MODESTO, que, avaliando a aplicação da Lei das OS logo após a sua edição, via com preocupação o fato de que, até aquela data, apenas duas entidades tinham sido qualificadas como OS no âmbito da União, sendo ambas precedidas da extinção de entidade ou órgão

---

<sup>26</sup> Veja-se o depoimento: “Na Reforma Gerencial em curso no Estado brasileiro, a instituição que provavelmente terá maior repercussão é a das organizações sociais. A proposta da reforma é a transformação dos serviços sociais e científicos, que o Estado hoje presta diretamente, em entidades públicas não-estatais, entidades sem fins lucrativos, do terceiro setor. Ao serem qualificadas como organizações sociais, as novas entidades públicas, mas de direito privado, poderão celebrar um contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor e terão direito de participar do orçamento do Estado. *Em princípio, qualquer entidade pública não-estatal poderá ser qualificada como organização social, desde que cumpra os requisitos necessários. E no futuro isso deverá ocorrer para as instituições prestadoras de serviços mais significativas no setor público não-estatal. Em um primeiro momento, entretanto, a política do governo será limitar essa qualificação às entidades que possam absorver as atividades não-exclusivas de Estado executadas atualmente por entidades estatais.*” (itálico acrescentado). Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 235.

público.<sup>27</sup> Avaliava, entretanto, que, “...para evitar suspeições indevidas contra o título de organização social, seria importante utilizar preferencialmente a qualificação como instrumento de ampliação dos direitos e obrigações de entidades privadas de fins públicos, independentemente da extinção de entidades e órgãos públicos existentes.”<sup>28</sup> Defendia ser este o caminho “...mais frutífero, mais estimulante, que o modelo das organizações sociais pode abrir.”<sup>29</sup> E creditava qualquer insucesso neste intento, até aquele momento, a dois fatores: seja a “...lacunas e inconsistências na lei...”, que a seu sentir mereceriam “...correção, para o próprio desenvolvimento adequado do modelo”<sup>30</sup>; seja, por outro lado, a certo grau de desconfiança recíproca entre as entidades antigas e o Estado, que ainda estaria por ser superado, por força do qual entidades tradicionais não aceitariam conviver com todas as exigências da nova lei, tidas como ingerências indevidas nas suas atividades cotidianas ou ecos de um passado autoritário, enquanto o Estado, a seu turno, desconfiaria das organizações existentes e preferiria estimular a criação de novas entidades.<sup>31</sup>

Ainda que não se pretenda, aqui, diagnosticar as razões precisas que levaram à aplicação da Lei das OS neste viés defendido como temporário, pelo ministro BRESSER PEREIRA, ou lamentado como menos frutífero ou estimulante, por Paulo MODESTO, o fato é que ambos pareciam convergir, nalguma medida, em que os préstimos da Lei das OS seriam, cedo ou tarde, voltados também à qualificação de entidades genuinamente brotadas do terceiro setor – desprovidas, portanto, de qualquer raiz histórica no aparelho do Estado.

É neste papel, enfim – abstraído o viés simbolizado pelo Programa Nacional de Publicização, previsto pela Lei das OS –, que reside a importante semelhança funcional entre as Leis das OS e das OSCIP.

Mas é evidente que, uma vez surgida a Lei das OSCIP, o título de OSCIP tornou-se um concorrente praticamente invencível do título de OS. De fato, não bastassem as dificuldades

---

<sup>27</sup> “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 63.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>31</sup> Eis a conclusão de Paulo MODESTO, em suas próprias palavras: “A lei federal até o momento não foi, talvez por tudo isso, utilizada para qualificar entidades antigas, independentemente do processo de extinção, por lei específica, de entidades públicas de funcionamento deficiente.” *Ibid.*, p. 64.

de aplicação da Lei das OS a entidades genuinamente brotadas do setor privado sem fins lucrativos, a partir de então ela contaria com mais um obstáculo, que seria a nova Lei das OSCIP, que já viria desprovida de qualquer alusão à política de extinção de órgãos e entidades estatais, além de contar com dois outros atrativos, não encontráveis na legislação anterior: primeiro, a previsão da outorga do título por ato administrativo vinculado, eliminando-se o problema da discricionariedade na outorga, tão criticado no caso dos títulos de Utilidade Pública e das próprias qualificações de OS; segundo, o da possibilidade de remuneração dos diretores da entidade detentora do título, o que representava algo inédito na legislação sobre fomento estatal ao terceiro setor.<sup>32</sup>

Nessa história de concorrência de textos legislativos, contudo, evidentemente não há vencedores. Para quê dois diplomas para cumprirem o mesmo papel? Apesar disso, desde fins da década de 90 do século XX, há no Brasil, na esfera federal, duas leis (das OS e das OSCIP) muito semelhantes, instituidoras de espécies de credenciamento de entidades do terceiro setor muito semelhantes, voltadas a propósitos muito semelhantes. O principal e mais importante incentivo para que entidades pleiteiem uma ou outra espécie de título – a possibilidade de acesso privilegiado a recursos públicos para a execução de parcerias com o Estado (abstraindo-se outros objetivos ancilares) – é, segundo as leis de regência da matéria, rigorosamente o mesmo.

Diante desta semelhança funcional entre os **Regimes das OS e das OSCIP**, a questão que fica é: por que insistir na coexistência dos dois regimes? Por que insistir, particularmente, na coexistência do título de OS e do título de OSCIP se ambos se prestam, essencialmente, ao mesmo fim? Um desses títulos mereceria ser extinto?<sup>33</sup> Por outro lado, se for o caso de se manter a coexistência, não será tanto desejável como necessário aperfeiçoar o trato normativo

---

<sup>32</sup> Maria Nazaré Lins BARBOSA apontou-a como a “inovação mais surpreendente” da Lei 9.790/99. “A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS)”, in: Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Parcerias público-privadas*, p. 494.

<sup>33</sup> Uma extinção exigiria, é claro, cuidados especiais, pois nem tudo que existe de positivo no regime pertinente a um, encontra espelho no regime atinente ao outro. Mais uma vez, veja-se a avaliação final de Paulo MODESTO, comparando ambos (os títulos de OS e OSCIP) com o título de Utilidade Pública: “Algumas das deficiências dos títulos de utilidade pública e organização social são superadas [pelo título de OSCIP]. É certo também que, paradoxalmente, algumas deficiências do novo título [de OSCIP] parecem encontrar resposta no título de organização social.” “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 67.

dedicado a cada um dos certificados, o de OS e o de OSCIP, para se demarcar diferentes préstimos para cada qual?

## 2.2. Discricionariedade na outorga

Outro aspecto bastante problemático de pelo menos dois dos sistemas de credenciamento vigentes – os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das OS** – reside na excessiva discricionariedade concedida   administra o pública, pela legisla o, para a outorga dessas credenciais. Há vício de inconstitucionalidade nas disposi es que prevêem competência discricionária para a outorga de títulos que geram benefícios econômicos escassos (não disponíveis para todos os interessados).

Sobre o título de Utilidade Pública, vale notar que, mesmo com tantas vantagens dele advindas na atualidade, inclusive de natureza tributária, que já o tornam muito mais do que simples honoraria, a competência para a sua concessão mant m-se discricionária, do Presidente da República, tal como originariamente prevista.<sup>34</sup> O Presidente a exerce por decreto, expedido *ex officio* (excepcionalmente) ou mediante requerimento da entidade interessada (em regra), protocolado e processado no MJ. Esta competência discricionária, porém, afronta o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei (art. 5 ., *caput*) e do seu consectário, o princípio da impessoalidade, que deve pautar a administra o pública (art. 37, *caput*), assim como se afigura inconciliável com a expressa limita o constitucional ao poder de tributar, têm-bem estribada na isonomia, segundo a qual   vedado aos entes políticos “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situa o equivalente, proibida qualquer distin o em razão de ocupa o profissional ou fun o por eles exercida, independentemente da denomina o jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (art. 150, II). Com efeito, se o título de Utilidade Pública serve   frui o de benefícios tributários e o Presidente o outorga a seu talante,   evidente que, com isto, ele acaba por conferir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram, sim, em situa o equivalente, mas que ficam

---

<sup>34</sup> Aliás, o poder discricionário da autoridade para a sua outorga   destacado por Paulo MODESTO como “um dos problemas mais conhecidos do título de utilidade pública. “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 66.

sujeitos à sua escolha. Por que razão se deve admitir que o Presidente da República, diante de duas entidades que pleiteiem a obtenção do título de Utilidade Pública e preencham, rigorosamente, os requisitos previstos, outorgue o título a uma, mas o recuse à outra? A discricionariedade, no caso, não garante o tratamento isonômico das pessoas em situações equivalentes, indo na contramão do que a Constituição exigiu, especialmente em se tratando de contribuintes. O problema alcança o título de OS, vez que este, também de outorga discricionária, produz os mesmos efeitos legalmente reconhecidos para o título de Utilidade Pública, inclusive os de natureza tributária.

Ademais, se de mera honraria ainda se tratasse (no caso do título de Utilidade Pública), a sua outorga com base em competência discricionária encontraria amparo no art. 84, XXI, da Constituição, que reserva ao Presidente da República o poder de “conferir condecorações e distinções honoríficas”. Mas não é de mera honraria que se trata mais. Este preceito constitucional não pode servir de amparo à competência discricionária para a outorga do título de Utilidade Pública na sua configuração normativa atual. Nesta, as normas conferem conseqüências de caráter econômico relevantes à sua posse, que o tornam inconfundível com uma condecoração ou distinção honorífica.

O vício de inconstitucionalidade em comento parece decorrer também, em certa medida, do tratamento lacônico dado ao tema da outorga do título de Utilidade Pública pela sua lei de regência, da década de 30 do século passado. Esta disciplina lacônica contribuiu para que, paulatinamente, novas leis dessem ao título nova feição, nova função, para além da distinção honorífica. Mas todo o restante da sua disciplina legal não acompanhou esta modificação de propósitos. Uma competência discricionária para a outorga de uma honraria era – e ainda é, segundo a Constituição de 1988 – aceitável, mas, por óbvio, quando de honraria deixou de se tratar, a previsão de competência discricionária ficou obsoleta. Ela é hoje inconciliável com a outorga de um título que assumiu finalidades outras, tornando-se, basicamente, um condicionamento para a fruição de medidas de fomento estatal de alta significação econômica. Em suma, para além de lacônica e ensejadora de abusos, a legislação pertinente ao título de Utilidade Pública incorre em vício de inconstitucionalidade, por atentar

contra os princípios da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*) e impessoalidade na administração pública (art. 37, *caput*).

Já sobre a qualificação de OS, a legislação, como se sabe, é mais moderna. Entretanto, nem por isso deixa de incorrer no mesmo vício de inconstitucionalidade. Dita qualificação, nos termos da lei, está sujeita à aprovação, quanto à sua conveniência e oportunidade, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade e do Ministro titular do MPOG.<sup>35</sup> A crítica doutrinária a esta discricionariedade para a outorga da qualificação é contundente. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, partindo da premissa de que deve haver “...um *processo regular* em que se assegure igualdade a quaisquer interessados...” em receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, aduz contra tal discricionariedade: “A ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de ‘graça’, uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes, o que, de toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado moderno.”<sup>36</sup> Na mesma linha, Sílvio Luis Ferreira da ROCHA considera que, havendo duas entidades que atendam aos requisitos legalmente estabelecidos para a obtenção do título de OS, o Poder Público não poderá escolher uma e preterir a outra, pois isto atentará contra o princípio constitucional da igualdade. Na sua opinião, o art. 2º, II, da Lei 9.637/98, que concedeu competência discricionária para a outorga do título, é inconstitucional por atentar contra o referido princípio. Não há razão lógica para o tratamento diferenciado de entidades que atendam aos requisitos previstos.<sup>37</sup>

A crítica feita à discricionariedade para a outorga da qualificação de OS, evidentemente, é extensível à outorga de qualquer outro título, passível de outorga segundo a discricionariedade do outorgante, que atribua aos titulados benefícios econômicos escassos, não disponíveis a quaisquer interessados. É a necessidade de tratamento impessoal e isonômico de todos os interessados, exigida pela Constituição Federal, que proscree a discricionariedade. Ademais, parece ser unanimidade a visão de que o processo de outorga do título de OSCIP, que evita esta discricionariedade, tornando-a um ato administrativo vinculado

---

<sup>35</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 2º, II. Sobre a competência para a outorga do título de OS, cf. **capítulo 3** desta tese.

<sup>36</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 232.

<sup>37</sup> Cf. *Terceiro setor*, pp. 116-117.

ao cumprimento de requisitos clara e previamente estabelecidos, foi um importante avanço da legislação do terceiro setor. As entidades qualificadas parecem pensar assim e a doutrina jurídica também tem valorizado este avanço.

### 2.3. Lacônica disciplina

Outro aspecto problemático dos vigentes sistemas de credenciamento estatal de entidades do terceiro setor reside nas suas lacônicas disciplinas normativas.

O diagnóstico de lacunas nesses sistemas não é novo. Paulo MODESTO, ao final da década de 90, escrevendo no curto intervalo entre a edição da Lei das OS e a aprovação da Lei das OSCIP, já pretendia, com a sua contribuição, “sugerir soluções técnicas para a correção de *lacunas e inconsistências* percebidas nos dois últimos títulos [de OS e OSCIP], com vistas ao seu aperfeiçoamento.”<sup>38</sup> Ao mesmo tempo, sobre o principal sistema de credenciamento na esfera federal anterior às novas leis – o do título de Utilidade Pública –, avaliava peremptoriamente:

“A legislação básica sobre utilidade pública no âmbito da União tem sido um dos principais problemas para o fortalecimento do terceiro setor no país. Não por ser detalhista ou limitadora. Mas exatamente pela razão contrária. A legislação básica na matéria, em especial no plano federal, é deficiente, *lacônica*, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discricção de autoridades administrativas. Essa *lacuna de cobertura* facilitou a ocorrência de dois fenômenos conhecidos: (a) a proliferação de entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesses políticos, menores, econômicos ou de grupos restritos; (b) o estímulo a processos de corrupção no setor público.”<sup>39</sup>

E o professor da Universidade Federal da Bahia ia além, identificando as principais lacunas normativas que levavam a esse estado de coisas (que diagnosticava como verdadeira *crise do título de utilidade pública*). Primeiramente, apontava a inexistência de diferenciação legislativa clara entre as *entidades de favorecimento mútuo* ou *fins mútuos* e as *entidades de*

---

<sup>38</sup> Cf. Paulo MODESTO, “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 57.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 59-60.

*fins comunitários, de fins públicos ou de solidariedade social*, de tal sorte que ambos os tipos de entidade acabavam recebendo o mesmo título de utilidade pública.<sup>40</sup> Em segundo lugar, salientava a ausência de previsão de qualquer forma efetiva de controle de resultados, notando que as normas se contentavam com a previsão de um sistema de apresentação periódica de documentos. Ambas as lacunas – tratamento indiferenciado de entidades de caráter bem distinto e ausência de um sistema de controle de resultados – facilitavam, na sua opinião, a ocorrência de abusos, assim como fomentavam a desconfiança em atividades e relações de parceria nas quais – lecionava – “confiança e probidade são valores fundamentais.”<sup>41</sup>

Na realidade, há lacunas não apenas na disciplina dos processos de certificação mais antigos, pertinentes ao título de Utilidade Pública e ao CEBAS, mas também na disciplina dos mais novos, referentes às qualificações de OS e OSCIP. O sistema da certificação como Fundação de Apoio não foge à regra, vez que é também lacônico. Recentemente, com a introdução da obrigatoriedade de cadastro no SICONV para a celebração de convênios, é possível encontrar também lacunas na disciplina jurídica desta nova forma de credenciamento de entidades pelo Poder Público.<sup>42</sup> Em suma, em que pesem os antigos diagnósticos, as lacunas permanecem – embora, é preciso reconhecer, aquelas pertinentes aos títulos mais antigos sejam em bem maior número.

O problema da disciplina lacônica do credenciamento das entidades privadas sem fins lucrativos já foi acusado no **capítulo 3**, mas se deixou para este momento a sua ilustração. Não se pretende aqui, de todo modo, apresentar uma enumeração exaustiva, mas apenas suficientemente ilustrativa da existência deste problema da insuficiência da disciplina legal de aspectos importantes dos processos de certificação de entidades privadas sem fins lucrativos. Em outros termos, o ponto a ilustrar é o de que muitos desses aspectos<sup>43</sup> não encontram uma

---

<sup>40</sup> A respeito da distinção entre essas entidades, cf. **capítulo 1** desta tese.

<sup>41</sup> Cf. Paulo MODESTO, “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 60.

<sup>42</sup> Valendo lembrar, consoante apontado no **capítulo 3**, que a Portaria Interministerial 127/2008 fez relevante distinção entre o “credenciamento” de entidades privadas sem fins lucrativos e o seu “cadastramento” no SICONV.

<sup>43</sup> Consoante apontado no **capítulo 3**, são aspectos relevantes do processo de certificação de entidades, entre outros: o sujeito competente para a edição do ato administrativo de outorga do certificado, os requisitos para se obtê-lo, a forma de comprovação do atendimento a esses requisitos, o procedimento para se obtê-lo, vantagens decorrentes da sua obtenção, a competência e os pressupostos para sua cassação ou suspensão, o procedimento para a sua cassação ou suspensão e as conseqüências da sua perda.

disciplina clara nas leis vigentes. Confira-se, então, a **tabela 8.2** a seguir, que aponta aspectos da disciplina do credenciamento de entidades laconicamente disciplinados nas principais *leis* pertinentes a cada uma das seis credenciais em apreço.<sup>44</sup> Foram *desconsiderados*, para a confecção deste panorama, *os atos normativos infralegais* que também tratam do credenciamento e suprem parcela dessas lacunas. Partiu-se do pressuposto de que, dado o problema fundamental da lacônica disciplina legal e resultante instabilidade jurídica dos regimes de controle das transferências ao terceiro setor (destacado no **capítulo 7**), o apontamento das lacunas encontráveis em *leis* – neste caso, em matéria de credenciamento – vale para evidenciar a existência desse risco de instabilidade.

---

<sup>44</sup> Vale lembrar: Lei 91/35, sobre o título de Utilidade Pública; Lei 8.742/93, sobre o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS); Lei 8.958/94, sobre a credencial de Fundação de Apoio; Lei 8.666/93, sobre o cadastro no SICONV; Lei 9.637/98, sobre a qualificação de OS; e Lei 9.790/99, sobre a qualificação de OSCIP.

**Tabela 8.2 – Lacunas nas leis que disciplinam o credenciamento de entidades privadas sem fins lucrativos**

	Competência para outorga e cassação	Requisitos	Forma de comprovação	Processo de concessão	Periodicidade	Vantagens decorrentes	Ônus e sujeições decorrentes	Hipóteses de cassação	Processo de cassação	Infrações e sanções administrativas
Título de Utilidade Pública		L	L	L	L	L	L	L	L	L
Registro e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social		L	L	L	L	L	L	L	L	L
Cadastro no SICONV	L	L	L	L	L	L	L	L	L	L
Credencial de Fundação de Apoio		L	L	L				L	L	L
Qualificação de OS				L	L					
Qualificação de OSCIP					L	L		L		L

Legenda:

L = Lacuna normativa

Cinza = Disciplinado pela lei

Note-se, na tabela, que o cadastro no SICONV, pertinente ao **Regime das Entidades Conveniadas**, é o único que não encontra qualquer previsão legal, sendo totalmente disciplinado, assim, por atos normativos infralegais. Acompanham-lhe, como credenciais que também apresentam baixíssimo coeficiente de disciplina legal, as de Utilidade Pública, de Entidade Beneficente de Assistência Social e de Fundação de Apoio. No extremo oposto estão as credenciais de OS e OSCIP: estas, concebidas que foram justamente para instituir novos regimes, livres das lacunas e inconsistências das leis anteriores, já apresentam elevado coeficiente de disciplina legal.

Na Lei 91/35, sobre o título de Utilidade Pública, há suficiente previsão apenas da competência para a sua outorga, que é conferida ao Chefe do Executivo, em caráter discricionário, dispondo-se que este a exercerá mediante decreto.<sup>1</sup> Existe, ainda, explícita previsão legal da possibilidade de cassação do título,<sup>2</sup> podendo-se concluir que, implicitamente, a competência para cassá-lo é do próprio Chefe do Executivo, responsável por sua outorga. No mais, tudo é laconicamente disciplinado. O que mais se aproxima de algo suficientemente disciplinado na lei é a enumeração dos requisitos para a obtenção do título, que são três: ser sociedade civil, associação ou fundação (portanto, entidade privada sem fins lucrativos) que já tenha adquirido personalidade jurídica como tal; estar em efetivo funcionamento e servindo desinteressadamente à coletividade; e não remunerar os ocupantes dos cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos.<sup>3</sup> Tais previsões, entretanto, são insuficientes, não restando esclarecido, precisamente, o que signifique estar em “efetivo funcionamento” ou o que seja “servir desinteressadamente à coletividade”. Por isso parece viável classificar a disciplina do tema como lacônica. De resto, nada se prevê sobre o modo pelo qual o cumprimento desses requisitos será comprovado perante o MJ. Ademais, sobre o processo de concessão do título, há previsão de que poderá ter início mediante requerimento do interessado, processado no MJ, ou, excepcionalmente, será expedido *ex officio* pelo Chefe do Executivo.<sup>4</sup> Esta disciplina é lacônica porque dela não se depreende efetivamente qual o *iter* procedimental a ser seguido, tampouco quais as hipóteses tidas por

---

<sup>1</sup> Cf. Lei 91/35, art. 2º.

<sup>2</sup> Cf. Lei 91/35, art. 4º., parágrafo único e art. 5º.

<sup>3</sup> Cf. Lei 91/35, art. 1º., *caput* e alíneas a), b) e c).

<sup>4</sup> Cf. Lei 91/35, art. 2º., *caput*.

excepcionais a justificar a concessão *ex officio*. Nada se diz, ainda, sobre a periodicidade do título de Utilidade Pública, o que leva a crer que ele não tem prazo determinado de validade. As vantagens decorrentes de sua posse também podem ser consideradas laconicamente disciplinadas, a despeito de haver a já citada previsão legal de que “nenhum favor do Estado” dela decorrerá;<sup>5</sup> afinal, muitos “favores” ou, numa visão republicana, *benefícios* decorrem, sim, do título de Utilidade Pública, como visto no **capítulo 3**, mas estão previstos em leis esparsas. Falta, em suma, o essencial na lei de regência da matéria: uma disposição legal que enumere, didaticamente, as vantagens decorrentes da posse de título jurídico especial em questão. Além disso, a disciplina dos ônus e sujeições decorrentes de sua posse também não encontra melhor sorte, afigurando-se lacônica na medida em que, apesar de se prever a apresentação anual pela entidade de relação circunstanciada dos serviços prestados à coletividade,<sup>6</sup> nada se esclarece sobre qual a finalidade precisa desta apresentação de relatório, tampouco há dispositivos que prevejam ônus e sujeições à altura das vantagens de cunho econômico que as leis esparsas já imprimiram à posse do título. Ademais, conquanto exista a previsão legal de que o título será cassado no caso de infração à exigência de apresentação de relatórios anuais, ou, ainda, no caso de não apresentação desses relatórios, por qualquer motivo, em três anos consecutivos,<sup>7</sup> trata-se de disciplina incompleta do tema, vez que deixa em aberto, por exemplo, se a mesma cassação deve ocorrer na hipótese de cessação do cumprimento, pela entidade, dos requisitos que embasaram a própria outorga do título (como o requisito do efetivo funcionamento ou o da não remuneração dos diretores e outros funcionários). Tampouco é disciplinado o processo de cassação, assim como outras sanções eventualmente aplicáveis, por eventual conduta irregular da entidade ligada ao processo ou ao ato de credenciamento.

Algo semelhante se passa com a disciplina legal do CEBAS, dada pela Lei 8.742/93. Esta, contudo, chega a ser ainda mais lacônica do que a disciplina legal conferida ao título de Utilidade Pública. Cinge-se a dois artigos de lei (arts. 9º. e 18 da Lei 8.742/93), aos quais a Medida Provisória 446/2008 tentou conferir nova redação, mas, devido à sua rejeição, não conseguiu (salvo pelo período de sua vigência). Nesses dois preceitos legais fica previsto que

---

<sup>5</sup> Lei 91/35, art. 3º.

<sup>6</sup> Cf. Lei 91/35, art. 4º., *caput*.

<sup>7</sup> Cf. Lei 91/35, art. 4º., parágrafo único.

a competência para “conceder registro e certificado de entidade beneficente de assistência social” é do CNAS,<sup>8</sup> donde se depreende que a competência para cassá-lo é também do mesmo órgão. Os requisitos para a sua obtenção são laconicamente disciplinados, pois se, por um lado, fica estabelecido que a inscrição da entidade no Conselho Municipal de Assistência Social ou no Conselho de Assistência do Distrito Federal é condição para o encaminhamento de pedido de registro e de CEBAS junto ao CNAS,<sup>9</sup> por outro não se prevêm quais os demais requisitos.<sup>10</sup> Ademais, a forma de comprovação do atendimento aos requisitos para a obtenção do registro e certificado não é legalmente prevista, assim como o processo para que sejam outorgados. Nada se fala na lei, também, sobre a periodicidade da concessão ou prazo de validade do registro e certificados concedidos. Tampouco há enumeração das vantagens e dos ônus e sujeições decorrentes da sua obtenção, encontráveis, apenas, noutras leis esparsas. A lei ainda é silente sobre as hipóteses e o processo de cassação do registro e certificado, assim como nada dispõe sobre eventuais sanções advindas de conduta ilícita da entidade no que tange ao seu credenciamento.

Sobre o registro e credenciamento de entidade como Fundação de Apoio, há previsão na Lei 8.958/94 de que deve ser feito no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia.<sup>11</sup> Diz-se, ainda, que será “renovável bienalmente.”<sup>12</sup> Para além disso, todo o restante tratamento legal deste credenciamento é lacunoso. Os requisitos para a obtenção dessa credencial não estão claros; sabe-se, pela lei, que as candidatas devem ser “...instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes”<sup>13</sup> e, além disso, devem estar constituídas sob a forma de “fundações de direito privado”<sup>14</sup> e estar sujeitas, “em especial”, a outros requisitos. Mas esses

---

<sup>8</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 18, IV (na redação que lhe foi dada pela MP 2.187-13, de 2001).

<sup>9</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 9º., § 3º.

<sup>10</sup> O tema, nalguma medida, fica à mercê da atribuição legal de competência normativa ao próprio CNAS para, “observado o disposto em regulamento, estabelecer procedimentos para concessão de registro e certificado de entidade beneficente de assistência social às instituições privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social que prestem serviços relacionados com seus objetivos institucionais”. Cf. Lei 8.742/93, art. 18, III (na redação que lhe foi dada pela MP 2.187-13, de 2001).

<sup>11</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 2º., III.

<sup>12</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 2º., III, *in fine*.

<sup>13</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 1º.

<sup>14</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 2º., *caput*.

requisitos – enumerados em rol exemplificativo, como se vê – dizem respeito à celebração de contrato e não, especificamente, ao registro e credenciamento que o antecedem. A lei, assim, dá margem a dúvidas sobre se haverá outros requisitos para tal registro e credenciamento. Tampouco faz alguma previsão da forma de comprovação do cumprimento desses requisitos, ou, ainda, sobre qualquer outro aspecto do processo administrativo de concessão do registro e credenciamento. Silencia, ainda, sobre eventuais hipóteses de cassação dos atos de registro e credenciamento, eventual processo administrativo para tanto e, ainda, eventuais consequências sancionadoras de comportamento comissivo ou omissivo da entidade no que tange a tais atos. O que faz a lei, isto sim, é prever as vantagens,<sup>15</sup> assim como os ônus e sujeições<sup>16</sup> decorrentes da condição de Fundação de Apoio.

Em contraste com as disciplinas legais anteriores, a Lei 9.637/98 trata da qualificação de entidade como OS de maneira muito menos lacônica. Dela se depreende que se trata de qualificação cuja outorga há de ser feita pelo Poder Executivo,<sup>17</sup> a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura ou à saúde,<sup>18</sup> e, ainda, atendam aos demais requisitos específicos previstos na lei,<sup>19</sup> inclusive o de aprovação quanto à sua conveniência e oportunidade pelas autoridades nela previstas.<sup>20</sup> Dela se depreende, ainda, que a comprovação do atendimento desses requisitos faz-se mediante

---

<sup>15</sup> Como vantagens, a principal reside em poderem ser contratadas diretamente (sob dispensa de licitação) e por prazo determinado, por instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, para que as apoiem – seja em projetos de pesquisa, ensino e extensão, sejam em projetos de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico. Uma segunda vantagem reside na possibilidade de, mediante autorização da instituição contratante, usar seus servidores públicos na execução das atividades contratadas (jamais para o atendimento de necessidades permanentes), podendo conceder-lhes, para tanto, bolsas de ensino, pesquisa e extensão. Finalmente, uma terceira vantagem consiste na possibilidade de, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, sempre mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração do objeto contratado. Todas essas vantagens decorrem do previsto nos arts. 1º, 4º e 6º da Lei 8.958/94.

<sup>16</sup> São várias as sujeições previstas na lei, tais como a sujeição à fiscalização pelo Ministério Público, à prestação de contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores, à fiscalização da execução de seus contratos com as instituições públicas federais pelo TCU e pelos órgãos de controle interno da administração pública e, talvez, a mais conhecida de todas, que é a sujeição à observância da legislação federal sobre licitações e contratos administrativos, quando da contratação de obras, compras e serviços. Tais exemplos estão previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 8.958/94.

<sup>17</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 1º.

<sup>18</sup> Cf. Lei 9.637/98, art. 1º.

<sup>19</sup> Tais requisitos estão espalhados pelos seus arts. 2º, 3º e 4º.

<sup>20</sup> É o requisito previsto no art. 2º, II.

prova de registro do seu ato constitutivo, cujo conteúdo seja consentâneo com as exigências legais. Verificam-se na lei, também, as vantagens,<sup>21</sup> assim como os ônus e sujeições,<sup>22</sup> decorrentes da sua obtenção. Fixa-se hipótese de desqualificação (a saber, quando ficar constatado o descumprimento do contrato de gestão),<sup>23</sup> o processo administrativo correspondente<sup>24</sup> e, ainda, os efeitos dela oriundos, que são, de um lado, a responsabilização dos dirigentes da entidade que teve a sua qualificação cassada pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão; de outro, a reversão dos bens cujo uso lhe foi permitido e dos valores entregues à sua utilização, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.<sup>25</sup> A lei é silente, apenas, sobre eventual periodicidade da outorga do título de OS e, ainda, sobre o *iter* procedimental conducente à sua outorga ou ao indeferimento de pedido apresentado nesse sentido.<sup>26</sup>

Finalmente, também contrastando com as leis anteriores – exceto com a Lei das OS, com a qual guarda muita semelhança –, tem-se a Lei 9.790/99, que também disciplina de forma mais completa o sistema de credenciamento de entidades do terceiro setor que institui, que é o da qualificação como OSCIP. Da lei se depreende que se trata de qualificação cuja outorga há de ser feita pelo MJ,<sup>27</sup> a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos,

---

<sup>21</sup> As vantagens se resumem, basicamente, à de poderem fazer uso de recursos orçamentários, bens públicos e, ainda, servidores públicos especialmente cedidos para a execução de contrato de parceria – o chamado *contrato de gestão* – celebrado com o Poder Público (*cf.* arts. 12, 13 e 14). Merece menção, ainda, a nem sempre lembrada, porém economicamente significativa, vantagem de ser considerada entidade de Utilidade Pública, para todos os efeitos legais (*cf.* art. 11).

<sup>22</sup> Entre outros, a Lei 9.637/98 prevê, para a entidade qualificada como OS, o ônus de fazer publicar regulamento próprio contendo procedimentos que adotará para a contratação de obras, serviços e compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público (art. 17). Prevê, ainda, a sua sujeição, quando da execução de contrato de gestão com o Poder Público, à fiscalização pelo órgão público supervisor e pelo TCU, assim como lhe atribui o ônus de apresentar relatório de execução do contrato a este órgão supervisor, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro – tudo nos termos dos arts. 8º. e 9º.

<sup>23</sup> *Cf.* Lei 9.637/98, art. 16, *caput*.

<sup>24</sup> Este é explicitamente assegurado, dispondo-se, ainda, que nele será assegurado o direito de ampla defesa (*cf.* Lei 9.637/98, art. 16, § 1º.).

<sup>25</sup> *Cf.* Lei 9.637/98, art. 16, § 1º., *in fine* e § 2º.

<sup>26</sup> O silêncio da lei existe quanto a esse último aspecto, em que pese haver a necessidade da aprovação da qualificação como OS, quanto à sua conveniência e oportunidade, pelas autoridades indicadas (nos termos do art. 2º., II). Trata-se de disciplina insuficiente do processo administrativo de outorga da qualificação na medida em que, a partir dela, não se sabe se a qualificação será concedida *ex officio* ou a pedido; a quem, neste último caso, o pedido deverá ser endereçado; se haverá uma fase de instrução do procedimento, antecedente à sua deliberação; ou, ainda, se caberá eventual recurso administrativo (e para qual autoridade) na hipótese de seu indeferimento.

<sup>27</sup> *Cf.* Lei 9.790/99, art. 6º.

cujos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos nela previstos.<sup>28</sup> Dela consta, ainda, a lista de documentos comprobatórios do atendimento desses requisitos, que precisa ser apresentada por ocasião do pedido de qualificação;<sup>29</sup> neste aspecto, a Lei das OSCIP contrasta com todas as demais leis, que nada dispõem a respeito dos documentos comprobatórios do atendimento de requisitos (até mesmo com a Lei de OS, da qual resulta apenas implícito que a comprovação do atendimento aos requisitos legais para a obtenção do título faz-se mediante apresentação de prova de registro do ato constitutivo da entidade). Esmera-se, ainda, a Lei 9.790/99 em explicitar o *iter* procedimental a ser seguido para a outorga da qualificação de OSCIP;<sup>30</sup> nisto contrasta, nitidamente, com a Lei das OS e com todas as outras, lacônicas a esse respeito. Ademais, é notável – vale repetir – o avanço desta lei consistente no endereçamento do problema da discricionariedade para a outorga de títulos jurídicos especiais, ao prever que a outorga da qualificação como OSCIP é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos.<sup>31</sup>

Contudo, a Lei das OSCIP apresenta lacunas, sim, como se vê na **tabela 8.2**. É silente sobre eventual prazo de validade da qualificação outorgada. Surpreendentemente, padece de um quase-silêncio quanto às vantagens decorrentes da obtenção da qualificação de OSCIP. Neste sentido, diversamente do que se constata na Lei das OS, ela não contém uma seção destinada à previsão das medidas de fomento estatal às entidades do terceiro setor que tenham obtido a qualificação especial. Prevê apenas, como vantagem para a entidade qualificada como OSCIP, a possibilidade de celebrar contrato de parceria – o chamado *termo de parceria* – com o Poder Público, podendo-se dela depreender, com algum esforço, que estes ajustes podem servir ao repasse de recursos públicos à entidade parceira, para a execução do objeto da parceria. A disciplina do assunto, feita por disposições esparsas, é lacônica na medida em que não se sabe ao certo de quais recursos públicos efetivamente se trata,<sup>32</sup> além de causar a

---

<sup>28</sup> Cf. Lei 9.790/99, arts. 1º, 2º, 3º e 4º.

<sup>29</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 5º, incisos I a V.

<sup>30</sup> Cf. Lei 9.790/99, arts. 5º e 6º.

<sup>31</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 1º, § 2º.

<sup>32</sup> É o que se depreende de dispositivos esparsos que fazem referências a “recursos provenientes do Poder Público” ou a “recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria” e outras variantes dessa linguagem (art. 4º, V e VII, alíneas *c* e *d*; art. 10, § 2º, IV e VI; art. 12; art. 13, *caput*; art. 14; e art. 15). Paulo MODESTO lamenta a omissão no projeto de lei das OSCIP, que viria a se manter na lei aprovada, de “...autorização expressa, necessariamente legal, para que servidores federais possam colaborar diretamente na atividade de organizações qualificadas por prazo certo. Não faz sentido ignorar as possibilidades que esse tipo de colaboração poderia

impressão de que a posse do título de OSCIP traz para a entidade possuidora antes um “catálogo de ônus e sujeições” a cumprir do que alguma sorte de benefício. Com efeito, toda o corpo da lei é pródigo em fixar ônus e sujeições à entidade qualificada como OSCIP.<sup>33</sup> Finalmente, talvez a principal lacuna da Lei 9.790/99 esteja na falta de estipulação das hipóteses de perda ou cassação do título de OSCIP, ao ponto de o próprio TCU, no Acórdão 1.777/2005 (*cf.* item 9.6 o julgado, mencionado no **capítulo 6** desta tese), ter recomendado ao MJ que estudasse a conveniência de incluir em normativo próprio as hipóteses desta perda de qualificação.<sup>34</sup> Há regras nela previstas sobre um processo de cassação,<sup>35</sup> mas não há estipulação das hipóteses para o seu cabimento, tampouco previsão acerca de eventuais efeitos dela oriundos (como existe na Lei das OS).

Em síntese, o panorama apresentado sobre a disciplina legal do credenciamento de entidades potencialmente beneficiárias de medidas de fomento estatal evidencia que, invariavelmente, há lacunas. Contudo, o número de lacunas é maior nos **Regimes Especiais** mais antigos do que nos mais modernos. Estes últimos, de todo modo, não estão isentos de lacunas importantes.

A via infralegal não é o *locus* adequado para a disciplina de aspectos essenciais da outorga de credenciais, ainda que muitas dessas lacunas sejam preenchidas, efetivamente, pela via infralegal. E, ainda que possam ser preenchidas também por outras leis esparsas, isto dificulta a interpretação do direito vigente. Bastante ilustrativo desta dificuldade é o caso da

---

ensejar. Existente a autorização, essa forma de colaboração poderia ou não ser utilizada, conforme o que dispusesse o termo de parceria.” “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 57.

<sup>33</sup> Tais ônus e sujeições assemelham-se, em larga medida, aos previstos na Lei das OS, com a diferença de que, na Lei das OSCIP, os benefícios não são clara e didaticamente arrolados.

<sup>34</sup> Na visão de Paulo MODESTO, todo o processo administrativo de cassação do título de OSCIP mereceria uma disciplina legal mais detalhada (referindo-se o jurista, entretanto, ao projeto que resultaria na lei em comento).

<sup>35</sup> Prevê-se apenas quem pode deflagrar e decidir um processo de que resulte a perda da qualificação de OSCIP, ao estabelecer-se que esta perda pode ocorrer “...a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público...” (*cf.* Lei 9.790/99, art. 7º.) e, ainda, que qualquer cidadão, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público e desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude, vedado o anonimato, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação instituída pela lei (*cf.* art. 8º.). Prevê-se ainda que no processo serão assegurados “...ampla defesa e o devido contraditório” (*cf.* art. 7º.). Dessas disposições se depreende apenas que hipóteses de erro ou fraude podem dar ensejo à perda da qualificação; mas haverá outras? Anote-se, por fim, que Paulo MODESTO, comentando o projeto de lei que resultaria na Lei das OSCIP, também avaliou que faltava “...uma disciplina mais detalhada do processo administrativo de cassação do novo título...”. “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 66.

Lei 91/35, sobre o título de Utilidade Pública. Ademais, mesmo que parte das lacunas ainda possa ser preenchida pela Lei Federal de Processo Administrativo (nº. 9.784/99), o problema da dificuldade de interpretação de um direito como este, que se apresenta excessivamente fragmentado em peças de um grande “quebra-cabeças normativo”, evidentemente permanece. Como se verá no **capítulo 12**, o direito espanhol, com sua *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação* (Lei Orgânica 1/2002, de 22 de março), disciplina todo o *iter* procedimental para a outorga de um “título de utilidade pública” a associações na Espanha, contrastando com o caráter fragmentário e lacônico da correlata legislação brasileira.

### **3. Processo de seleção**

#### **3.1. Menoscabo ao princípio da igualdade**

Um dos aspectos mais debatidos do sistema de controle estatal sobre as transferências de recursos públicos para o terceiro setor é, justamente, o processo pelo qual o Poder Público escolhe qual a entidade que receberá tais recursos. O debate é alimentado pela paulatina percepção de que, ordinariamente, sendo a disponibilidade de recursos para a execução de dado programa de governo escassa, não é possível ao Estado transferi-los a todas as entidades interessadas em recebê-los; mais do que isso, é alimentado pela percepção de que à escassez de recursos se soma o uso mais acentuado de parcerias do Estado com o terceiro setor, o que torna a disputa por oportunidades de parceria (e recursos) ainda mais acirrada. Finalmente, é alimentado por um salutar movimento de “juridificação” das políticas de fomento estatal no Estado brasileiro.

Ganha força, nesta ambiência, a tese de que a destinação de recursos públicos para entidades do terceiro setor deve ser precedida de licitação pública, ou, na sua impossibilidade, de algum processo seletivo que assegure suficiente grau de eficácia ao princípio constitucional da igualdade. A garantia de igualdade de oportunidades a todos os interessados, para o acesso a recursos públicos escassos, ou, mais especificamente, para a celebração de parcerias com o Estado que costumam envolver o repasse de tais recursos, é cada vez mais vista como uma exigência incontornável. E, naturalmente, a licitação pública é percebida como o instrumento

para assegurá-la. Dissemina-se no Brasil, assim, a questão da licitação pública para a celebração de parcerias do Estado com o terceiro setor, alimentada por posicionamentos não apenas no sentido da existência ou inexistência de um dever de licitar, mas suscitando reflexão sobre o que seja e para o que serve a licitação no direito brasileiro.

Para bem delimitar o debate, uma primeira indagação importante é: licitação conduzida *por quem?* Com efeito, a dúvida sobre a incidência do dever de licitar tem surgido em dois momentos bem distintos das situações de transferências de recursos públicos ao terceiro setor. Um primeiro momento é o da celebração de parceria entre o Estado e a entidade do terceiro setor, envolvendo a transferência de recursos públicos para esta última; outro momento, em que a dúvida também aparece para muitos (embora seja impertinente, como se verá no **capítulo 9**), ocorre em seguida, quando da contratação de bens, serviços e obras pela entidade do terceiro setor, com pagamento mediante recursos que lhe tenham sido transferidos para a execução da parceria. São dois momentos bem distintos entre si, nos quais a mesma dúvida, atinente à incidência ou não de um dever de licitar, tem surgido.<sup>36</sup> Pelo fato de a “questão da licitação pública” ser, não raro, referida assim, sem maiores esclarecimentos acerca de qual o momento preciso do ajuste de parceria que se tenha em mente, muitas vezes os argumentos pertinentes a uma ou outra situação se embolam, dificultando o desate da controvérsia.

Portanto, vale esclarecer, de início, que a questão tratada neste tópico diz respeito ao primeiro momento supra-referido, em que o Poder Público enfrenta o desafio de selecionar a entidade do terceiro setor com a qual constituirá uma relação jurídica de parceria, que envolva a transferência de recursos públicos. Assim, deixa-se de lado, momentaneamente, a questão de saber-se se a entidade do terceiro setor que já tenha sido beneficiária de recursos transferidos pelo Estado deverá, ela mesma, licitar ou instaurar algum procedimento assemelhado para escolher fornecedores privados aos quais pagará contraprestação com uso dos recursos que lhe tenham sido repassados. Esta última questão é tratada no **capítulo 9**, sobre os problemas do controle concomitante à execução de parcerias do Estado com o terceiro setor.

---

<sup>36</sup> A distinção entre esses dois momentos é bem divisada por José Anacleto Abduch SANTOS, no seu “Licitação e terceiro setor”, in: Gustavo Justino de Oliveira (coord.), *Terceiro setor: novas fronteiras entre o público e privado*, pp. 284 e 297.

Enfim, fica-se com a indagação: a administração pública está sujeita ao dever de licitar toda vez que pretenda constituir uma parceria (convênio, termo de parceria, contrato de gestão ou qualquer outro instrumento congêneres) com entidade privada sem fins lucrativos?

Qualquer resposta dependerá do que se entenda por licitação pública. A precisão dos termos da pergunta, naturalmente, repercute na resposta.

Caso se entenda que, ao conceito de licitação, é essencial a idéia de um processo administrativo de competição, informado pelos princípios da igualdade e do interesse público, pelo qual a administração pública adquire bens, serviços e obras, posicionando-se como cliente de “licitantes-fornecedores” da iniciativa privada, a resposta provável será a de que não – não existe dever de licitar para a constituição de parcerias entre o Estado e o terceiro setor. Tal resposta será consequência de uma significação restrita de licitação pública. Licitação, dir-se-á, é instrumento que serve para a contratação de fornecedores, não de parceiros; logo, não cabe pensá-la como meio para o alcance de uma finalidade que, simplesmente, se lhe afigura estranha. A maneira pela qual o direito positivo brasileiro disciplinou a licitação, na sua Lei 8.666/93, é em larga medida condizente com esta significação restrita do processo licitatório. Nela, licitação é um meio para a contratação de fornecedores pelo Poder Público – este grande e poderoso “cliente” do setor privado. Vão nessa linha manifestações doutrinárias em defesa da inexistência de um dever de licitar para a constituição de certos tipos de parceria,<sup>37</sup> ou da

---

<sup>37</sup> Confira-se a manifestação de Gustavo Justino de OLIVEIRA, em parecer jurídico, pela qual sustenta a inexistência de um dever de licitar para a celebração de termos de parceria com OSCIP: “A obrigatoriedade ou não de submissão do Poder Público ao princípio licitatório insculpido no inc. XXI do art. 37 da Constituição da República é objeto de intensa polêmica na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais de Contas brasileiros. Entretanto, em face (a) da natureza e das especificidades das atividades levadas a cabo pelas OSCIPs, (b) das disposições normativas especialíssimas da Lei federal nº 9.790/99 e do Decreto nº 3.100/99, diplomas legislativos que não se referem à obrigatoriedade de realização de um processo licitatório e sim à faculdade de realização de um prévio ‘concurso de projetos’ e (c) da natureza jurídica dos Termos de Parceria, os quais constituem acordos administrativos colaborativos, e não contratos administrativos nos moldes tipificados pela Lei federal nº 8.666/93, parece não haver subordinação do Poder Público à obrigatoriedade de realização de um processo licitatório nos moldes disciplinados pela Lei federal nº 8.666/93 para a celebração de Termos de Parceria com OSCIPs.” “As OSCIPs e a Lei federal 8.666/93” (parecer), in: *ILC* 142, p. 1053, nota de rodapé nº. 1. Em conjunto, os argumentos alinhavados pelo autor parecem apontar para uma avaliação geral de que existiria algum descompasso entre a Lei 8.666/93 e a celebração de termos de parceria com as OSCIP. Noutro estudo, Gustavo Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA buscaram realizar a “...a análise da aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às entidades da sociedade civil qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público nos termos da Lei federal nº 9.790/99” (“Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação”, in: *FA* 49, p. 5225). Ao examinarem esta aplicabilidade, uma das questões que se propuseram a enfrentar foi a da “...necessidade ou não de procedimento licitatório para a celebração de termo de

idéia de que sequer cabe cogitar a licitação em tais casos,<sup>38</sup> ou, ainda, que simplesmente denunciam as impropriedades da licitação à moda da Lei 8.666/93 para a celebração de parcerias.<sup>39</sup>

Por outro lado, caso se encare a licitação como um processo administrativo de competição que, tal como na visão anterior, é predominantemente informado pelos princípios da igualdade e do interesse público, mas serve à constituição de vínculos jurídicos variados pela administração pública – inclusive aqueles, como as parcerias, em que esta não se posiciona necessariamente como cliente, tampouco os licitantes como seus fornecedores –, estarão abertas as possibilidades para uma outra resposta. Dir-se-á, provavelmente, que a administração está, sim, sujeita ao dever de licitar para a celebração de parcerias com o terceiro setor. A resposta também será uma consequência dos termos em que compreendida a pergunta. A licitação, dir-se-á, serve à constituição dos mais variados vínculos jurídicos do Poder Público com particulares, inclusive os de parceria, a fim de que sejam salvaguardados os mencionados princípios. Esses vínculos, tanto quanto os de fornecimento, pedem o respeito aos princípios da igualdade e do interesse público.<sup>40</sup> A resposta, como se vê, baseia-se numa

---

parceria entre o Poder Público e a OSCIP” (*ibid.*, p. 5233). E, enfrentando-a, concluíram pela inaplicabilidade da Lei 8.666/93 aos termos de parceria, afirmando: “...fica evidente a inaplicabilidade da Lei de Licitações para a celebração de Termo de Parceria. Afinal, não se trata de contratação administrativa, mas de uma nova modalidade de acordo administrativo, cujo objetivo consiste em fomentar a prestação de serviços públicos sociais e a promoção de direitos fundamentais por entidades privadas não lucrativas qualificadas como OSCIP” (*ibid.*, p. 5234).

<sup>38</sup> Vai neste sentido a afirmação Maria Sylvania Zanella DI PIETRO acerca dos convênios: “...no convênio não se cogita licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de know-how. Não se cogita de remuneração que admita competição.” Na mesma toada, a jurista aduz que o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º. da Lei 8.666/93, que exige licitação para a *contratação* de determinados objetos pela administração pública, o que não incluiria o convênio; à luz do parágrafo único do mesmo artigo, contrato seria aquele que envolve a “estipulação de obrigações recíprocas”, algo não presente no convênio. *Parcerias na administração pública*, p. 235. Entretanto, a jurista manifesta-se, noutra obra, no sentido de que seria necessário, para que a OS “...se enquadrasse adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que existem exatamente para proteger esse patrimônio...”, que houvesse, entre outras, uma “exigência de licitação para a escolha da entidade”. *Direito administrativo*, p. 421. Sobre eventual exigência de licitação para a celebração de termo de parceria com OSCIP, a autora não se pronuncia (*ibid.*, pp. 422-424).

<sup>39</sup> Cf. Augusto de FRANCO, em prefácio à obra de Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE, *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, pp. 16-17.

<sup>40</sup> Vai neste sentido a opinião de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO; veja-se: “Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom desempenho das obrigações que se propõem a assumir” (itálico

acepção mais ampla do que venha a ser licitação pública – e nem por isso menos alinhada com os seus fundamentos constitucionais mais salientes, os sobreditos princípios.

Contudo, as normas sobre licitação no Brasil aproximam-na da acepção restrita do termo. Na Lei 8.666/93, o critério do “menor preço” para o julgamento de propostas é prestigiado,<sup>41</sup> embora seja estranho à celebração de parcerias entre o Estado e entidades do terceiro setor, em que inexistente preço pactuado entre os partícipes. Mesmo quando admite o julgamento pelos critérios de “melhor técnica” ou de “técnica e preço”, a Lei 8.666 o faz restritivamente, para a hipótese exclusiva de contratação de “serviços de natureza predominantemente intelectual”.<sup>42</sup> Quando institui o “concurso” como uma das modalidades de licitação, a lei também o define de maneira excessivamente restritiva, tornando-o inaplicável para boa parte dos ajustes de colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor.<sup>43</sup> Tudo isso a mostrar certa desarmonia entre a disciplina da licitação pública oferecida pela Lei 8.666/93 e a finalidade de constituição de vínculos de colaboração, para a qual a lei não foi pensada.

---

constante do original). *Curso de direito administrativo*, p. 501. Veja-se como salienta o autor que a licitação estriba-se na idéia de competição, chegando mesmo, aliás, a arrolar a “competitividade” como um dos “princípios cardiais” da licitação, que reputa, ainda que não mencionado especificamente na Lei 8.666/93, ser “da essência da licitação” (*cf. ibid.*, pp. 511-512). Esta convicção de que a idéia de competição é da essência da licitação, ou um princípio mesmo que a rege, leva o autor a observar que: “Aliás, deve-se entender que o simples princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º. da CF) e, *a fortiori*, perante a Administração – obrigada a agir com ‘impessoalidade’, nos termos do art. 37, *caput*, da Lei Magna –, nominalmente, imporá licitação também no caso (...) de qualquer ato ampliativo que destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar. Nesta última hipótese, quando as normas regentes da licitação forem indubitavelmente inadequadas ao caso, terá de existir, pelo menos, algum procedimento capaz de assegurar tratamento impessoal, que enseje iguais oportunidades a quantos desejem aceder a ela” (*ibid.*, pp. 502-503). É nesta última hipótese que se enquadra a situação em exame, pois, com o ajuste de colaboração, a administração pública amplia a esfera jurídica de entidade do terceiro setor, investindo-a na condição de parceira ou beneficiária de um vínculo de colaboração a que mais de uma entidade do terceiro setor poderia aspirar.

<sup>41</sup> O critério do “menor preço”, previsto no art. 45, § 1º, I da Lei 8.666/93, resta prestigiado à medida que a lei restringe a adoção de outros, como o de “melhor técnica” ou de “técnica e preço”, a hipóteses específicas.

<sup>42</sup> Nos termos do art. 46, *caput*, da Lei 8.666/93: “Art. 46. Os tipos de licitação ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’ serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.” Referido § 4º. trata da contratação de bens e serviços de informática, dispondo que deve ser feita obrigatoriamente por licitação do tipo “técnica e preço”.

<sup>43</sup> Nos termos do art. 22, § 4º, da Lei 8.666/93: “Art. 22. [...] § 4º. Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.” Os ajustes do Estado com entidades do terceiro setor estão longe de se restringir àqueles que, porventura, envolvam a “instituição de prêmios ou remunerações” aos vencedores de um certame, como previsto na norma citada.

Esta desarmonia entre a Lei 8.666/93 e as parcerias não é casual, nem desconhecida. A lei como um todo teve a sua elaboração muito marcada por preocupações com a licitação de obras e serviços de engenharia, mais comuns à época de sua edição.<sup>44</sup> A explicá-la, Carlos Ari SUNDFELD faz um interessante contraste entre o período pós-Ditadura Militar no Brasil, que inicia movimento de reformas legislativas cujo ápice é a Lei 8.666/93, e o período subsequente, que chama de *ciclo das parcerias*, já na década de 90 do século XX. Veja-se:

“Com o fim da Ditadura Militar e, especialmente, a edição da Constituição de 1988, o país ingressou em um período de valorização da licitação como requisito das contratações públicas. Houve, a respeito, uma seqüência de textos: primeiro o Decreto-lei 2.300/1986, que criou o Estatuto das Licitações e Contratos; depois a Constituição de 1988, que constitucionalizou o dever de licitar e o impôs também às empresas estatais (arts 22, XXVII, 37, XXI, e 173); por fim, a Lei 8.666/93, que editou um novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Lei de Licitações). Todas essas normas são anteriores ao *ciclo das parcerias* – e, portanto, foram feitas tendo como preocupação central os contratos então importantes: as empreitadas de obra pública (o chamado ‘contrato de obras’). O resultado foi uma disciplina normativa exigindo rigidez de procedimento, objetividade absoluta no julgamento (em regra, feito pelo menor preço) e a definição prévia, pela Administração, de todos os detalhes das prestações do contrato; ademais, proibiu-se a inclusão de financiamentos entre os encargos do contratado.

Mas, se esse modelo pode ser bom para as contratações de empreitadas, não se ajusta tão bem aos contratos de parceria. Primeiro porque em muitas delas o objetivo não é obter a proposta mais barata, e sim eleger a entidade que melhor encarne o perfil público; daí as leis das OS e OSCIPs afastarem a licitação para a celebração dos contratos de gestão e dos termos de parceria. De outro lado, os arranjos de parceria atribuem aos particulares responsabilidades de gestão, e seu bom exercício exige liberdade de meios; assim, o edital da licitação não poderia conter a predefinição a respeito. Ademais, o Estado precisa de parceiros que tragam financiamento para implantar infra-estrutura;

---

<sup>44</sup> Para Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, que chega a reputá-la um dos símbolos do aprofundamento do “burocratismo” no Brasil (cf. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 182), a lei é inapropriada até para a contratação de bens e serviços comuns pelo Poder Público. Para o autor, um dos erros da Lei 8.666/93 foi justamente o de ter usado como padrão ou base de referência a licitação de obras e serviços de engenharia. Ele avalia que este tipo de licitação é processo “complexo por definição”, dependente de projetos e de avaliação de competência técnica e financeira, e que não deveria, como tal, servir de parâmetro para a contratação de serviços padronizados ou de bens de pronta entrega de que o Estado necessita continuamente. Cf. *ibid.*, p. 294. A sua visão viria a ser corroborada pela Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), criadora, justamente, de modalidade licitatória para a contratação de bens e serviços comuns.

não se pode, então, proibi-lo, como fez a Lei de Licitações. Essas regras tiveram, então, de ser afastadas pela Lei de Concessões.”<sup>45</sup>

Fato é que, nesse novo período, o do *ciclo das parcerias*, as inadequações da Lei 8.666/93 à celebração dos contratos de parceria entre Estado e terceiro setor vão se tornando cada vez mais claras. E repercutem nas opiniões doutrinárias. Muitas manifestações da doutrina seguem na linha de que, não obstante o restrito alcance daquilo que a lei brasileira chamou licitação, impõe-se a observância do princípio constitucional da igualdade pelo Poder Público na celebração de parcerias com o terceiro setor; sustentam, então, que deve haver, diante da impropriedade<sup>46</sup> ou impossibilidade<sup>47</sup> de aplicação da lei vigente às parcerias, ao menos um processo administrativo garantidor do tratamento isonômico dos administrados.<sup>48</sup> Outras reconhecem que, apesar de existente, em tese, um dever de licitar para a celebração

---

<sup>45</sup> “Guia jurídico das parcerias público-privadas”, in: Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Parcerias público-privadas*, p. 20.

<sup>46</sup> No sentido de que, diante da impropriedade da aplicação da lei vigente às parcerias, deve haver ao menos um processo administrativo garantidor do tratamento isonômico dos administrados, veja-se a manifestação de Tarso Cabral VIOLIN: “É claro que a realização de um pregão, de uma concorrência do tipo menor preço, ou de qualquer outra modalidade de licitação para se firmar parcerias entre as entidades do ‘terceiro setor’ e a Administração Pública seria um exagero, pois a licitação nos moldes atuais não foi criada para este tipo de pactuação. Defendemos, sim, a criação por meio de lei de uma modalidade específica de licitação para as parcerias entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos de interesse público, sejam estes acordos os contratos, os convênios ou os termos de parceria. Entretanto, enquanto esta nova modalidade licitatória não for criada por lei, com regras procedimentais específicas, é *essencial* que pelo menos um procedimento simplificado de escolha seja realizado pela Administração Pública, com a divulgação de edital fixando regras para a obtenção da entidade parceira vencedora, para que a subjetividade seja diminuída ao máximo” (negrito constante do original). “ONGs, licitação e o veto de Lula”, in: *Revista JML* 2, p. 44. Outra manifestação de VIOLIN, desta feita tratando especificamente dos convênios administrativos, segue no mesmo sentido (cf. “Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor”, in: *ILC* 143, p. 28).

<sup>47</sup> É neste sentido a opinião de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO atinente à celebração de convênios com entidades privadas: “Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.” *Curso de direito administrativo*, p. 636. Em linha com esse entendimento, o jurista sustenta a inconstitucionalidade da Lei das OS quando, para a celebração de contrato de gestão, pelo Poder Público, com entidade qualificada como OS, prevê apenas a aprovação por dois ministros de Estado, o que reputa não ser um procedimento assegurador dos princípios da licitação ou da igualdade (cf. *ibid.*, p. 230). Entretanto, ao aludir à celebração de termo de parceria com entidades qualificadas como OSCIP, nada diz sobre a questão da licitação ou da preservação do princípio da igualdade (cf. *ibid.*, p. 233).

<sup>48</sup> Para além das já citadas manifestações doutrinárias brasileiras nesse sentido, confira-se opinião de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, proferida em vista do direito espanhol, segunda a qual a adjudicação de ajudas públicas “...devem ser levadas a cabo mediante percursos procedimentalizados, isto é, mediante procedimentos administrativos licitatórios ou de caráter competitivo que possibilitem que as ajudas sejam outorgadas àqueles que se encontrem capacitados para gerar um maior benefício coletivo no uso de ditas ajudas.” *Princípios de derecho administrativo*, p. 350. Como se vê, a manifestação alinha-se ao posicionamento dos brasileiros que defendem a licitação ou algum outro procedimento administrativo de caráter competitivo (e, como tal, garantidor da isonomia).

destas parcerias, a licitação é inexigível<sup>49</sup> ou dispensável<sup>50</sup> nos próprios termos da Lei 8.666/93. O mais comum é falar-se em inexigibilidade, a qual, todavia, deve ser bem compreendida; a aplicação da Lei 8.666/93 às parcerias, em virtude dos próprios termos em que disciplina a licitação, favoreceria a configuração de situações de inexigibilidade porque, mesmo que admitida a possibilidade lógica de competição, a sua realização nos moldes previstos na lei (nas modalidades e critérios que estabelece) não levaria à contratação da melhor parceria, por incompatibilidade entre o meio (licitação naqueles termos) e o objetivo (parceria) a alcançar. Tenderia a restar configurada a hipótese de *inexigibilidade de licitação por inviabilidade da operação*, ou, dito de outra maneira, tenderia a faltar aquilo que Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO chamou de *pressuposto jurídico* da licitação – a saber, o pressuposto de que a licitação, tal qual prevista na lei, seja um meio útil a alcançar o resultado pretendido, a operação desejada (o travamento de uma parceria), dado que a licitação não é um fim em si mesmo.<sup>51</sup> Outras manifestações doutrinárias, ainda, calcadas na Constituição

---

<sup>49</sup> É o que parece sustentar Alessandra Deslandes FOGIATO, quando diz: “De um modo geral e com fundamento no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, a realização de prévio processo licitatório é condição para a regularidade dos contratos firmados pela Administração Pública, formalidade da qual não estão alheias as organizações não-governamentais”. A autora parece usar, em sua assertiva, o termo contrato em sentido amplo, para abranger os ajustes de colaboração entre o Estado e as ONGs. Contudo, ao mesmo tempo em que afirma existir, de um modo geral, esse dever constitucional de licitar, conclui ser a licitação inexigível nas hipóteses de ajustes de colaboração com entidades do terceiro setor, por inviabilidade de competição. Cf. “Os acordos administrativos e a lei n.º 8.666/1993”, in: BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*, pp. 50-51 e 53.

<sup>50</sup> É neste sentido a opinião de José Anacleto Abduch SANTOS, que afirma: “Em suma, quanto à escolha das entidades do Terceiro Setor pela Administração Pública, para com elas firmar contrato de gestão ou termo de parceria, deve prevalecer a regra geral prevista na Constituição que obriga licitar, salvo hipóteses de dispensa ou inexigibilidade.” “Licitação e terceiro setor”, in: Gustavo Justino de Oliveira (coord.), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado*, p. 300. O autor sugere que a modalidade de licitação a adotar e o critério de julgamento mais adequado dependerão do caso concreto (cf. *ibid.*, p. 300). Com isto não nega a aplicabilidade da Lei 8.666/93, *tout court*; considera, isto sim, que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade aplicáveis serão aquelas previstas nos seus arts. 24 e 25 (cf. *ibid.*, pp. 298-300). SANTOS, em suma, defende a existência de um dever de licitar para a celebração de tais ajustes, mas entende aplicável o regime licitatório previsto na Lei 8.666/93 apenas parcialmente, naquilo que dispõe sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de certame.

<sup>51</sup> Sobre o *pressuposto jurídico* da licitação na visão de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, cf. *Curso de direito administrativo*, pp. 514-515. É preciso que se entenda bem a razão da inexigibilidade de licitação, nos termos da Lei 8.666/93, para a celebração, pelo Estado, de convênios e instrumentos congêneres com entidades do terceiro setor. Ela não decorre da circunstância de que essas últimas “...não almejam lucro e se destinam à execução de atividades de cunho altruístico...”, o que levaria à inexistência “...de conflito de interesse entre os interessados na parceria” e, assim, à inviabilidade de competição, como parece sustentar Alessandra Deslandes FOGIATO (“Os acordos administrativos e a Lei 8.666/1993”, in: *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*, p. 50). Pode haver disputa e conflito de interesses, sim, perfeitamente, entre duas ou mais entidades do terceiro setor com vistas à celebração de um mesmo ajuste de colaboração com o Poder Público, como, aliás, parte da doutrina colacionada pela autora reconhece (cf. *ibid.*, pp. 49-50). Do ponto de vista lógico, portanto, a competição entre interessados na oportunidade oferecida pelo Estado é perfeitamente possível. Ocorre que a

Federal, criticam a disciplina que chegou a ser conferida, por lei, para os processos de celebração de termos de parceria com as OSCIP, ou contratos de gestão com as OS, ao argumento de que as normas legais não exigem um processo de contratação suficientemente garantidor do princípio da igualdade; apontam que, quando algo do gênero chegou a ser previsto no caso das OSCIP (o concurso de projetos), também o foi de maneira insuficiente, já que a sua instauração restou facultativa e, ainda, tratada pela mera via infralegal, sendo de todo necessário haver um processo garantidor da igualdade de oportunidades independentemente das insuficiências legais e regulamentares.<sup>52</sup>

O quadro legislativo e doutrinário resultante, em suma, é caótico. Quanto à legislação, há em vigor leis sobre licitação e contratações administrativas (notadamente, a Lei 8.666/93),

---

competição segundo as regras estatuídas pela Lei 8.666/93 não é capaz de levar ao resultado pretendido, que é a constituição do melhor vínculo de colaboração possível. Noutras palavras, disputa entre entidades do terceiro setor por uma oportunidade de parceria com o Poder Público, em tese, é possível e desejável, mas não nos termos da Lei 8.666/93, inapropriada que é para regê-la.

<sup>52</sup> São exemplos as já citadas críticas de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que foram endereçadas, entretanto, apenas à Lei das OS. Confira-se também a observação de José Eduardo Patrone REGULES, feita de passagem, ao comentar a celebração de contrato de gestão sob a Lei das OS: “A elaboração do contrato de gestão haverá de observar princípios de direito público, como a legalidade e a impessoalidade (art. 7º.). Apesar disso, falta critério compatível com este princípio quando da escolha da organização privada contemplada.” *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*, p. 121. A respeito da celebração de termos de parceria sob a Lei das OSCIP, o autor menciona a previsão regulamentar da faculdade de publicação de “edital de concurso de projetos” para, em seguida, criticá-la duplamente – seja pelo fato de ter sido feita por regulamento e não por lei, seja pelo fato de ter sido prevista como faculdade e não obrigação. Veja-se: “O instituto de seleção não foi introduzido da maneira mais aconselhável no ordenamento jurídico. Haverá, por certo, discussões acerca da aplicação desta ‘modalidade’ de processo seletivo mediante decreto, e não por lei como era de se supor.” *Ibid.*, p. 125. E acrescenta: “A ‘faculdade’ do Poder Público em realizar um processo seletivo a partir da análise de projetos da entidade social a ser contemplada com verbas e recursos públicos, deve ser interpretada como *dever* da Administração em realizar concurso de projetos sempre que houver pluralidade de OSCIPs para a execução do objeto pretendido ou, dito de outro modo, possibilidade efetiva de competição, sob pena de violação à Carta Magna, especialmente aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*). Nesta perspectiva, diversas orientações adotadas pelas Cortes de Contas têm apontado para a necessidade de processo seletivo na escolha das OSCIPs”. *Ibid.*, p. 125 (cf. também pp. 164-165). Apesar de suas críticas, o autor mitiga-lhes o teor ao concluir sua avaliação com palavras cautelosas: “A despeito de certas críticas formuladas, a instituição normativa do termo de parceria, que incorpora também avanços ao livre desenvolvimento das organizações do *terceiro setor*, é relativamente recente, portanto apenas a experiência poderá indicar se há ou não imperfeição neste tipo de ajuste e, em caso positivo, qual o grau de deficiência para que as correções necessárias sejam adotadas.” *Ibid.*, pp. 126-127. Confira-se, também, a manifestação de Marcela Roza Leonardo ZEN, que, em relação à previsão regulamentar de mera *faculdade* de adoção do concurso de projetos para a celebração de termo de parceria com OSCIP, apóia a **Decisão 931/1999-TCU-Plenário** que determinou a órgãos federais que fosse avaliada a inclusão de normativo próprio tornando obrigatório o concurso de projetos (cf. “Licitação e terceiro setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIP”, in: *Direito do terceiro setor*, pp. 92 e 96); a autora defende a adoção, nesses concursos, do critério do “melhor projeto” e não o da “menor taxa de administração cobrada”, que considera “absolutamente equivocado” (cf. *ibid.*, pp. 90 e 96); e reconhece que, “...como a Administração Pública deve agir de forma isonômica no tratamento aos seus administrados, mister se faz, para escolha da OSCIP, um procedimento em que todas as entidades possam concorrer em pé de igualdade.” *Ibid.*, p. 90.

cujas regras não foram concebidas para reger a celebração de parcerias, tampouco o processo administrativo conducente à sua celebração. Mas o Poder Público contrata parcerias com frequência, as quais, sob a mesma Constituição, devem observância aos mesmos princípios constitucionais da igualdade e do interesse público que informam a legislação em vigor. A doutrina, neste contexto, se divide: uns dizem que a lei a ruim, mas se aplica à contratação das parcerias; outros que a lei é impertinente, mas nem por isso os princípios constitucionais informadores da administração pública podem ser menoscabados na contratação destas parcerias. Num ou noutro caso, a solução é insatisfatória. No primeiro caso porque, admitindo-se a sujeição das parcerias (notadamente, os convênios) à licitação nos termos da Lei 8.666/93, a tendência é haver inexigibilidade de licitação. Por conseguinte, haverá de ser aplicado o procedimento nela previsto para as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. E mais: a admitir-se que a licitação é exigida para a contratação destas parcerias, a reserva constitucional de lei para a instituição de *modalidades de licitação* (art. 22, XXVII) e para a *especificação dos casos em que a licitação poderá ser afastada* (art. 37, XXI) torna inconstitucionais as normas regulamentares que tenham tratado do assunto (como o Decreto 6.170/2007, ao criar o processo de chamamento público, ou o Decreto 3.100/99, ao instituir o concurso de projetos). Surge um paradoxo: normas regulamentares concebidas para aproximar o direito brasileiro de sua Constituição – em vez de afastá-lo –, prevendo procedimentos voltados a assegurar o princípio da igualdade na celebração de parcerias, padecem de inconstitucionalidade formal, pois deveriam ter sido estabelecidas por lei e não por regulamento. No segundo caso, em que se sustenta ser a Lei 8.666/93 impertinente à celebração de parcerias e haver, sem embargo disso, uma sujeição desta celebração a princípios constitucionais, fica-se sem lei para aplicar. Com efeito, rechaçada a Lei 8.666/93, não há lei estabelecendo normas gerais sobre a contratação de parcerias pelo Poder Público. Há leis especiais – a Lei das OS e a Lei das OSCIP –, que, no entanto, não asseguram a observância do princípio da igualdade nos processos de contratação. Quando muito, há decretos que enfrentam o tema, mas de modo insuficiente, pois apenas facultam a instauração de processo assegurador da isonomia, furtando-se a exigí-la.

Diante das normas jurídicas em vigor, portanto, quer se entenda que há um dever de licitar para a celebração de parcerias do Estado com o terceiro setor, quer se entenda que não

existe tal dever (embora princípios constitucionais como o da igualdade devam ser respeitados), a conclusão é uma só: falta lei. Afinal, se lei há (a Lei 8.666/93), ela trata insuficientemente do assunto e precisa ser reformada (assunto, aliás, que a Constituição demanda seja disciplinado por lei, nos termos arts. 37, XXI e 22, XXVII); se lei não há, porque a que existe é estrangeira ao assunto, cumpre editar uma, suprimindo esta grande lacuna da legislação brasileira. Em suma, falta lei instituidora de normas sobre o processo de contratação de parcerias do Estado com colaboradores do terceiro setor. O governo federal, no entanto, que antes enfrentava o tema por instrução normativa, passou recentemente a enfrentá-lo por decreto e portarias interministeriais; mesmo assim, limitando-se a facultar, ao gestor público, a escolha entre as opções de instaurar chamamento público ou não. Mas a doutrina já vinha criticando normas semelhantes, defendendo a exigência – em vez de faculdade – de instauração de processo público respeitador da isonomia para a celebração de parcerias;<sup>53</sup> a jurisprudência do TCU também;<sup>54</sup> e, mais recentemente, a LDO engrossa o coro, ainda que tratando apenas da celebração de termo de parceria com OSCIP.<sup>55</sup> Com o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, surge uma oportunidade: enfrentar a questão por lei, fazendo-o como se deve. É o que se verá em detalhes no **capítulo 11**.

### **3.2. Clientelismo na elaboração da lei orçamentária anual**

O problema da violação ao princípio da igualdade na destinação de recursos públicos a entidades do terceiro setor não começa apenas quando a administração pública, dispondo de determinada verba orçamentária para a execução de dado programa, se põe a escolher, sem se sentir obrigada a licitar ou a observar qualquer outro procedimento estribado em dito princípio, com qual entidade firmará uma parceria. Por vezes, a própria lei orçamentária anual (LOA) já define, de antemão, qual a entidade privada sem fins lucrativos que receberá os recursos financeiros para a execução do programa. A lei já aponta, nominalmente, a entidade a

---

<sup>53</sup> Faz-se referência às opiniões doutrinárias colacionadas **neste capítulo** que criticam a faculdade de instauração de concurso de projetos para a celebração de termo de parceria sob o Decreto 3.100/99, assim como àquelas que criticam a Lei das OS por não exigir licitação para a celebração de contrato de gestão. Alude-se, ainda, às que defendem licitação ou processo garantidor da isonomia para a celebração de convênio.

<sup>54</sup> Cf. **Decisão 931/1999-TCU-Plenário** e **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**.

<sup>55</sup> Cf. LDO para o exercício de 2010.

ser contemplada com uma transferência de recursos. Como constata Natasha Schimitt Caccia SALINAS, geralmente esta contemplação nominal de entidades que se beneficiarão dos recursos orçamentários do Estado é feita por emendas parlamentares ao orçamento público.<sup>56</sup> A prática é pertinentemente criticada pela autora,<sup>57</sup> assim como pelo jurista e deputado federal Régis Fernandes de OLIVEIRA.<sup>58</sup> Já é algum alento saber que, embora comum, a prática tem sido criticada. Estas previsões na LOA menoscabam, a um só tempo, dois princípios constitucionais da maior importância: o *princípio da igualdade de todos perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º., *caput*), e o *princípio da reserva de administração*, que é consectário do princípio da independência e harmonia entre os poderes (art. 2º.).

Com efeito, o principal problema desta contemplação nominal de entidades beneficiárias de recursos públicos, na lei orçamentária, geralmente introduzida por emenda parlamentar, é o menoscabo que faz do princípio da igualdade de todos perante a lei (ao qual, é bom lembrar, todos os órgãos do Estado devem acatamento, inclusive o Poder Legislativo). Afinal, a eleição de um único particular a ser contemplado, com exclusividade, com recursos orçamentários escassos, que não podem ser a todos disponibilizados e, portanto, feita em detrimento de todo e qualquer outro potencial interessado, atenta contra o dever do Estado de conferir igualdade de oportunidades a todos. Em essência, a prática padece do mesmo vício que compromete a lisura da seleção de entidade beneficiária feita sem processo administrativo

---

<sup>56</sup> Cf. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, Dissertação de Mestrado, p. 111.

<sup>57</sup> A crítica de Natasha SALINAS parte da constatação de que “...o parlamentares procuram beneficiar, por meio da proposição de emendas ao orçamento, entidades públicas e privadas localizadas em sua base de apoio, sem uma preocupação em alocar estrategicamente os recursos públicos de modo a atender as prioridades nacionais.” Avalia, então, que esta prática de alocação de recursos públicos acarreta um risco de “fragmentação das políticas públicas” e, mais do que isso, faz aumentar “...a possibilidade do surgimento de irregularidades e ações fraudulentas quando as entidades sem fins lucrativos recebem recursos oriundos de emendas parlamentares”. *Ibid.*, p. 112-113.

<sup>58</sup> A crítica de Régis de OLIVEIRA vai no sentido de que tal prática envolve “...total imprudência dos órgãos públicos, seja do Legislativo quando delibera inserir o benefício orçamentário, seja do Executivo que não deveria ter liberado os recursos, sem antes analisar e fiscalizar a empresa beneficiária.” E conclui o autor que existe, nessas hipóteses, responsabilidade do Estado: “Em tal hipótese, surge a responsabilidade do Estado. Em primeiro plano, do Poder Legislativo, em seu todo, uma vez que efetuou previsão sem as cautelas mais elementares. Em segundo lugar, do órgão de execução que integra o Executivo, de vez que liberou recursos sem as devidas cautelas e providências. A própria lei exige o *funcionamento satisfatório* [do beneficiário da subvenção] (art. 17 da Lei 4.320/64 e alínea *f* do § 3º. do art. 60 do Decreto 93.872/86). Se for possível falar-se em responsabilidade de alguém, esta é do Estado que deixa de cumprir suas obrigações constitucionais, em primeiro lugar e, depois, libera recursos sem atendimento dos requisitos necessários e sem efetuar qualquer controle.” *Curso de direito financeiro*, pp. 374-375.

garantidor da igualdade de todos perante a lei, pela administração pública; com uma agravante, porém: neste caso da prática parlamentar, o Poder Legislativo provavelmente não aferirá se o beneficiário eleito cumpre os requisitos e condicionamentos previstos para a outorga da subvenção. Isto porque o controle prévio acerca do cumprimento desses requisitos e condicionamentos pelo beneficiário é uma tarefa que as leis e regulamentos conferem a órgãos da administração pública. Mais do que a aferição do cumprimento desses requisitos, compete à administração certificar-se de que a subvenção é outorgada em vista da execução de um objeto determinado, celebrando, nesse sentido – no mais das vezes – um contrato de parceria (convênio, termos de parceria, contrato de gestão ou outro instrumento congênere) com a entidade beneficiária, no qual obrigações específicas, relativas à execução do objeto pactuado, devem ser estabelecidas. Em suma, o direito vigente investe a administração pública, e não o Congresso Nacional, no exercício de certas atribuições de controle prévio das transferências de recursos públicos, entre as quais se destacam a atribuição de selecionar a entidade beneficiária mediante aferição do cumprimento, por parte desta, de condicionamentos e requisitos pré-fixados em leis e regulamentos e, ainda, a atribuição de pactuar o objeto em vista do qual a transferência será outorgada.

Fica fácil perceber, neste passo, como é menoscabado o segundo princípio jurídico supra-apontado, o da *reserva de administração* (decorrente da *separação dos poderes*), por esta prática de alocação de subvenções a destinatários nominalmente previstos na LOA. Ao colocar-se a selecionar, especificamente, esta ou aquela entidade a ser contemplada como destinatária de transferências de recursos, o Poder Legislativo usurpa, na realidade, função tipicamente administrativa, que deve ser entendida como reservada ao Executivo. Com efeito, a aferição do cumprimento dos requisitos e condicionamentos para a outorga de subvenções por potenciais beneficiários, bem como a celebração de acordos derivados dessa escolha, são atividades tipicamente administrativas. Isto porque demandam a análise de casos concretos, além de produzirem efeitos individuais e concretos (isto é, modificarem a esfera jurídica de um único sujeito e uma única situação subjetiva). Fogem, assim, à alçada típica da atividade legiferante, que consiste em produzir medidas de caráter geral e abstrato (isto é, que atinjam uma pluralidade de sujeitos e uma pluralidade de situações). Mais do que tipicamente administrativas, as atividades em apreço tendem a ser reconhecidas, à luz da jurisprudência do

STF, como realmente pertencentes à esfera de competências exclusiva do Executivo (à esfera da *reserva de administração*, portanto). Veja-se como existe, de fato, uma jurisprudência firmada que tende a amparar o enquadramento dessas atividades – tanto a de eleição da entidade beneficiária de subvenção como a de sua subsequente contratação – sob a *reserva de administração*.

O STF decidiu, reiteradamente, que a regra de Constituição Estadual que “...subordina a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia da Assembléia Legislativa, em cada caso, fere o princípio da independência dos Poderes, extravasando das pautas de controle externo constantes da Carta Federal e de observância pelos Estados.”<sup>59</sup> Diversas regras de Constituições Estaduais, que previam esta subordinação da celebração de convênios e outros instrumentos congêneres a uma prévia autorização legislativa, já foram fulminadas pelo STF, por terem sido consideradas atentatórias ao princípio da separação dos poderes e, em especial, por extravasaram as atribuições de controle externo da administração pública reconhecidas ao Poder Legislativo. A jurisprudência em apreço salienta, nesse sentido, que a celebração de convênios pela administração pública não pode ficar subordinada a autorização legislativa em cada caso porque, por um lado, esta pactuação de vínculos colaborativos exige análises circunstanciais, de casos concretos, próprias ao administrador público e não ao legislador; por outro lado, a autorização legislativa a cada ajuste causaria mesmo ineficiência administrativa, má gestão, a ser evitada. Ora, os mesmos fundamentos que informam esta jurisprudência servem ao afastamento de intromissão do Legislativo na seleção da entidade que se tornará, concretamente, beneficiária de recursos orçamentários transferidos a título de fomento. Afinal, nesta prática de seleção “pelo legislador” da entidade a ser beneficiada, ao administrador é também sonegada a análise das circunstâncias e casos concretos, além de gerada evidente ineficiência na alocação dos recursos orçamentários. Também neste caso, portanto, há violência ao princípio da separação dos poderes e ao postulado da *reserva de administração*. Em suma, resta concluir que, seja ao pretender autorizar previamente cada convênio, seja ao pretender eleger previamente quem

---

<sup>59</sup> Nesse sentido consulte-se, por exemplo, o acórdão proferido na ADIn 676/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 1º.07.1996.

dele se beneficiará, o Legislativo está usurpando funções tipicamente administrativas, protegidas, inclusive, por uma *reserva de administração*.

Aliás, a eleição prévia do beneficiário de subvenção, pelo Legislativo, contemplando-o nominalmente já na lei orçamentária, talvez constitua afronta ainda maior à reserva de administração, pois, com ela, o Legislativo não só usurpa competência do Executivo, como deixa de exercê-la, negligenciando todas as normas legais e regulamentares que fixam condicionamentos e requisitos para essa eleição e investem o Executivo na relevante atribuição de verificar o seu cumprimento. Cria-se, assim, uma situação desconcertante: o Legislativo parece “avocar” competência (embora de avocação não se trate devido à inexistência de relação hierárquica entre os Poderes), apenas para não cumpri-la a rigor! E o Executivo, além de violado em suas atribuições, fica em difícil situação: deve cumprir a determinação legal e, assim, liberar os recursos para a entidade nominalmente contemplada na lei, ou, então, resistir à pretensão do Legislativo? Parece que a postura mais prudente do Executivo, nessas circunstâncias, seria, por um lado, buscar prontamente a declaração judicial da inconstitucionalidade da previsão orçamentária; por outro lado, não se furtar ao cumprimento de suas próprias atribuições (sob pena de responsabilidade) e verificar, efetivamente, o cumprimento dos requisitos e condicionamentos legais e regulamentares para o recebimento da subvenção pelo destinatário eleito pelo Legislativo, devendo ser negada a liberação dos recursos caso comprove que o destinatário escolhido não atende cabalmente a tais requisitos e condicionamentos.

#### **4. Contratualização**

##### **4.1. Tratamento único para parcerias público-públicas e público-privadas**

###### **a) O convênio ou os convênios?**

Há uma conhecida dificuldade de enquadramento teórico das parcerias entre o Estado e entidades privadas sem fins lucrativos. O convênio tem sido o instrumento jurídico utilizado

no Brasil, historicamente, para a formalização destas parcerias. A respeito, o principal debate teórico centraliza-se na distinção entre *convênio* e *contrato administrativo*.<sup>60</sup> A distinção tem sido revisitada, com bons argumentos, alguns propugnando ser o convênio mera espécie do módulo contratual.<sup>61</sup> Muitos, ainda, partilham a opinião de que, distinções teóricas a parte, existem dificuldades nada desprezíveis para se verificar, *na prática*, quais as situações de cabimento de convênio e quais as de aplicabilidade de contrato. Tudo a ponto de já haver enquadramento teórico para a prática de adoção do convênio quando, concretamente, caberia contrato – tal prática, ilícita, Pedro DURÃO classifica como “convênio dissimulado”.<sup>62</sup> A dissimulação seria um subterfúgio para escapar-se à regra geral que exige licitação para a celebração de contratos administrativos, mas, supostamente, não para a celebração de convênios. Com efeito, a teórica distinção entre convênio e contrato administrativo há muito tem sido empregada com um propósito prático relevante, consistente em defender-se a inexigibilidade de licitação para a celebração daquele, em contraponto à exigência de licitação para a celebração deste.<sup>63</sup>

Mas, a despeito da usual centralidade do debate “convênio *versus* contrato”, há um outro tema relevante em matéria de regime jurídico do convênio, no Brasil, que ainda passa um tanto despercebido pelas atenções doutrinárias; é o da pluralidade de regimes sob a denominação “convênio”. Com efeito, talvez seja mais apropriado falar-se em *regimes* do convênio do que, apenas, num único regime convencional.

Há dois “mundos” diferentes que coexistem sob a rubrica “convênio” na legislação em vigor. De um lado, há o “mundo dos convênios como parcerias público-públicas”, em que

---

<sup>60</sup> Uma síntese dos critérios que costumam ser apontados para distinguir o convênio do contrato pode ser encontrada em Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, pp. 230-231.

<sup>61</sup> Cf. Odete MEDAUAR, “Convênios e consórcios administrativos”, in: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, 02, pp. 69-89.

<sup>62</sup> *Convênios & consórcios públicos*, pp. 108-110.

<sup>63</sup> Acerca desse debate, já tive a oportunidade de observar que convém não superestimar o valor da distinção entre convênio e contrato para aferir-se a exigibilidade ou não de licitação, pois não basta afirmar-se a natureza contratual de determinada avença, ou negá-la, para que se possa considerá-la imune, ou sujeita, ao dever de licitar. Tal dever aplica-se, como regra, toda vez que a administração pública venha a conferir um benefício singular a alguém, que não possa ser usufruído por todos os interessados aptos. Cf. Rodrigo Pagani de SOUZA, *Convênio administrativo de delegação de serviço público de saneamento básico: regime jurídico*, p. 73. A observação ainda se apoiava, na oportunidade, em outra no mesmo sentido de Carlos Ari SUNDFELD, em seu *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*, 2ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 15.

entes da federação ou mesmo entidades de suas respectivas administrações indiretas cooperam entre si; de outro, há o “mundo dos convênios como parcerias público-privadas”, num sentido amplo,<sup>64</sup> em que o Poder Público coopera com entidades privadas sem fins lucrativos. Mas seria auspicioso se a complexidade do nosso direito positivo em matéria de convênio acompanhasse a existência desses dois “mundos”, conferindo a cada qual o seu regime jurídico. Na realidade, um olhar atento revela que cada um desses dois “mundos” submete-se a vários regimes jurídicos na atualidade.

O convênio como parceria público-pública é regido por dois conjuntos normativos. Quando a parceria envolve transferências financeiras, o seu regime jurídico tem sido apelidado, simplesmente, de regime dos *convênios* (sob a IN/STN 01/97 chamavam-se *convênios de natureza financeira*), sendo composto por normas extraíveis da Lei 8.666/93, dos Decretos 93.872/86 e 6.170/2007 e da Portaria Interministerial 128/2008. Quando a parceria envolve transferências de encargos relativos a serviços públicos, o seu regime jurídico é chamado de regime dos *convênios de cooperação*, assim referidos pelo art. 241, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda 19/98, e é composto pelas normas que decorrem do citado preceito constitucional e da Lei 11.107/2005, a qual ficou conhecida como Lei dos Consórcios Públicos, mas que também trata, de forma descuidada porém impactante, dos convênios de cooperação. A celebração de *convênio de cooperação*, por força da Lei 11.107/2005, deve ser sempre seguida pela celebração de *contrato de programa*, que é um tipo de contrato criado pela citada lei.<sup>65</sup>

A seu turno, o convênio como parceria público-privada é regido por três conjuntos normativos diversos. Quando a parceria envolve transferências financeiras, o regime jurídico ao qual se submete, ordinariamente, também tem sido apelidado apenas de regime dos *convênios* e, além disso, também é composto por normas extraíveis da Lei 8.666/93, dos Decretos 93.872/86 e 6.170/2007 e da Portaria Interministerial 128/2008. Vê-se, portanto, que

---

<sup>64</sup> Isto é, não no sentido restrito emprestado à expressão pela Lei 11.079/2005 (a chamada Lei das Parcerias Público-Privadas), que a utiliza tão somente para designar duas espécies de concessão de serviço público, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, ambas sujeitas a algumas regras peculiares relativamente ao regime das concessões comuns.

<sup>65</sup> Tendo se calado sobre os convênios de cooperação em quase todo o seu corpo, a Lei 11.107 só faz remissão a eles ao final, nos §§ 4º, 5º. e 6º. do seu art. 13, para tratá-los como ajustes que servem para autorizar a “gestão associada” de serviços públicos e sugerir que devem ser sempre seguidos de contrato de programa.

este conjunto de diplomas normativos tem “servido a dois senhores” simultaneamente: para reger parcerias público-públicas e para reger parcerias público-privadas.<sup>66</sup> Já quando a parceria envolve entidade portadora de uma credencial de OSCIP (concedida pelo Poder Público), podendo ou não envolver transferências financeiras, o regime jurídico ao qual se submete não é chamado de regime dos convênios, mas sim de regime dos *termos de parceria* e é composto pelas normas extraíveis da Lei 9.790/99 e do Decreto 3.100/99.<sup>67</sup> Finalmente, quando a parceria envolve entidade portadora de uma credencial de OS (também concedida pelo Poder Público), podendo ou não envolver transferências financeiras, o seu regime jurídico também não é chamado de regime dos convênios, mas recebe o nome de regime do *contrato de gestão* e é composto por normas fixadas pela Lei 9.637/98.

Tudo isso a evidenciar que, sob a rubrica “convênio” e outras afins, o direito positivo vem englobando uma pluralidade de regimes jurídicos. Veja-se a seguir, na **tabela 8.3**, uma comparação entre as hipóteses de parceria, seus apelidos normativos e seus principais diplomas de regência.

---

<sup>66</sup> O difícil, como se ilustrará logo adiante, é pinçar neste conjunto normativo quais as normas aplicáveis a umas, às outras, ou a ambas.

<sup>67</sup> Comparações entre os regimes do *convênio* e do *termo de parceria* podem ser encontradas, por exemplo, em Maria Nazaré Lins BARBOSA, “A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)”, in: Carlos Ari Sundfeld, *Parcerias público-privadas*, pp. 512-514, e Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *Terceiro setor*, pp. 35 e ss.

**Tabela 8.3 – Os regimes jurídicos das parcerias**

<b>Hipótese de parceria</b>	<b>Apelido normativo</b>	<b>Diplomas de regência</b>
1) Parceria público-pública, quando envolve transferência financeira	Convênio	Lei 8.666/93, Decretos 93.872/86 e 6.170/2007 e Portaria Interministerial 127/2008
	Termo de cooperação, seguido de contrato de repasse	LDO, Decreto 6.170/2007 e Portaria Interministerial 127/2008
2) Parceria público-pública, quando envolve transferência de encargos relativos a serviços públicos	Convênio de cooperação, seguido de contrato de programa	Lei 11.107/2005
3) Parceria público-privada, quando envolve transferência financeira	Convênio	Lei 8.666/93, Decretos 93.872/86 e 6.170/2007 e Portaria Interministerial 127/2008
	Termo de cooperação, seguido de contrato de repasse	LDO, Decreto 6.170/2007 e Portaria Interministerial 127/2008
4) Parceria público-privada, quando envolve entidade portadora de uma credencial de OSCIP	Termo de parceria	Lei 9.790/99 e Decreto 3.100/99
5) Parceria público-privada, quando envolve entidade portadora de uma credencial de OS	Contrato de gestão	Lei 9.637/98

Resta nítido, em suma, que o convênio é hoje uma designação “guarda-chuva” para vários regimes jurídicos diferentes. E é justamente o fato de ele ter se tornado um nome “guarda-chuva” que parece contribuir para que exista hoje muita incerteza sobre qual o regime jurídico a que ele se reporta.

É claro que seria melhor, neste contexto, que o direito positivo empregasse designações diferentes para cada regime jurídico; mas ele não o faz. No máximo há a distinção constitucional feita no precitado art. 241.

Quais os problemas que esse estado-da-arte do nosso direito positivo sobre os convênios suscita? A solução estará apenas em cunharem-se mais denominações, uma para cada regime jurídico escondido sob a denominação “guarda-chuva” de “convênio”, ou estará mais além da questão terminológica? Por certo a solução está mais além. Fazer-se a distinção terminológica não seria nada mal (na verdade, poderia ser um bom começo), mas ainda estaria longe de ser a solução completa. A reforma necessária vai muito além da troca de nomes. Basta um olhar sobre a **tabela 7.2**, logo acima (especialmente para a sua terceira coluna sobre os “diplomas de regência”), para perceber-se que a própria identificação das normas que compõem cada regime jurídico é hoje dificultada. Afinal, sob cada novo nome que eventualmente seja cunhado, *qual será o regime jurídico que estará denominado?*

Nota-se que a principal confusão existe entre as normas sobre “convênio” como parceria pública-pública e “convênio” como parceria público-privada, em qualquer caso envolvendo transferências financeiras (hipóteses **1** e **3** na **tabela 7.2** acima). Em ambos os casos, as normas de regência são extraídas das mesmas fontes: basicamente, Lei 8.666/93, Decretos 93.872/86 e 6.170/2007 e Portaria Interministerial 127/2008. Os principais aspectos problemáticos dessas normas são: elas têm enfoque excessivo sobre transferências financeiras e elas têm enfoque excessivo sobre relações entre instâncias estatais.

Fato que demanda uma reforma mais profunda, transformadora do regime jurídico mesmo (com a criação de novas regras mais adaptadas e direcionadas a cada objeto e a extinção de outras), é o de que o regime jurídico dos ditos “convênios” na Lei 8.666/93 está sobremodo talhado para a disciplina de parcerias intergovernamentais – entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou entidades de suas respectivas administrações indiretas. Este seu viés de parceria intergovernamental acarreta diversos problemas quando se procura aplicá-lo a parcerias do Poder Público com entidades privadas sem fins lucrativos.<sup>68</sup> Veja-se *como* ele

---

<sup>68</sup> Isto sem falar nos problemas gerados pelo outro viés da disciplina legal da matéria, que é o “viés financeiro”, isto é, o fato de o regramento da Lei 8.666/93 sobre convênios, arrimado no art. 116, partir do pressuposto de que o convênio terá por objeto, necessariamente, o repasse de recursos financeiros, consubstanciando-se naquilo que a IN/STN 01/97 denominou “convênios de natureza financeira”. Ocorre que nem todo convênio tem o repasse de recursos financeiros como objeto. Sobre o tema, *cf.* o nosso *Convênio administrativo de delegação de serviços públicos de saneamento básico: regime jurídico*, Dissertação de Mestrado, pp. 76-79.

está sobremodo talhado para as parcerias público-públicas e, também, *quais problemas* isto tem acarretado.

#### **b) O excessivo viés de parceria intergovernamental do convênio**

É fácil perceber como ele está sobremodo talhado para as parcerias público-públicas. Já na própria Constituição Federal, conforme anotado no **capítulo 6**, o art. 71 arrola, entre as competências do TCU, a de “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Municípios” (inc. VI). Como se vê, o inciso reporta-se ao convênio e afins na pressuposição clara de que servem ao repasse de recursos entre entes da federação, mostrando-se aparentemente estrangeiro à hipótese de convênios para a transferência de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos. Sua linguagem, contudo, não inibe, consoante também apontado no **capítulo 6**, a reconhecida competência do TCU para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênios e afins a particulares, entre esses incluídas as entidades privadas sem fins lucrativos. Tal competência encontra respaldo não necessariamente no preceito em apreço, mas noutro inciso do mesmo art. 71; trata-se do inciso II, que põe sob a alçada da corte de contas a competência para “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta (...), e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Assim, os particulares que recebem recursos federais pela via do convênio não fogem à jurisdição do TCU, seja por enquadrarem-se na primeira parte do inc. II – isto é, *figurarem como responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos* –, seja quando se encontrem sob o alcance da parte final do mesmo inciso – isto é, *quando porventura derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade que cause prejuízo ao erário*. Não obstante a própria Constituição ter se encarregado, portanto, de remediar possíveis conseqüências da linguagem um tanto infeliz do art. 71, VI, que parece restringir seu alcance a convênios intergovernamentais, o fato é que essa linguagem infeliz denuncia a existência, esta sim incontroversa, de um viés de parceria

intergovernamental do convênio. E mais: mostra que este viés repercutiu sobre o próprio Texto Constitucional.

Mas as evidências de que o regime jurídico do convênio está sobremodo talhado para a disciplina de parcerias público-privadas (e, conseqüentemente, um pouco desajustado às parcerias público-privadas) espraiam-se pelo nível das leis. A Lei 8.666/93 é um bom exemplo ilustrativo disso. Seu art. 116 começa por empregar a mesma linguagem do recém-examinado preceito constitucional (art. 71, VI, referido *supra*); de fato, lê-se no *caput* do art. 116 que as disposições da lei aplicam-se, no que couber, “...aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres...”. A identidade de linguagem entre o dispositivo legal e o preceito constitucional poderia sugerir a alguém a influência do viés característico de um sobre o outro (embora, é claro, ainda que alguma influência inspiradora realmente tenha existido, a linguagem assemelhada nada diria de conclusivo sobre a interpretação do art. 116). Relevante mesmo é o § 2º. do art. 116, que dispõe: “Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.” O preceito parece supor que o partícipe recebedor dos recursos é um Estado ou um Município, estando fora de cogitação que possa ser um particular. Afinal, nele se prevê que seja dada ciência da assinatura do convênio a órgão do Poder Legislativo estadual ou municipal, que se supõe seja o Poder Legislativo do ente da federação executor do convênio (estivesse em pauta o Poder Legislativo do ente repassador dos recursos, a União deveria estar incluída, com a alusão à necessidade de ciência ao Congresso Nacional, à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal, mas inexistente exigência alguma de ciência ao Congresso Nacional). Também se afigura relevante o inc. II do § 3º. do mesmo artigo, que prevê hipóteses de “impropriedades” na execução do convênio, que acarretam a retenção de parcelas a serem liberadas; trata-se, entre outras, da hipótese de verificação de “...práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio...”. O preceito parece pressupor que o partícipe executor do convênio seja um ente público, que naturalmente está vinculado à observância de princípios fundamentais de administração pública. Finalmente, o uso da expressão “órgão descentralizador” dos recursos noutros preceitos do art. 116 (*cf.* § 1º., VII e § 3º., I) sugere que se está a pressupor uma relação jurídica intergovernamental, e não do Poder Público com um particular, pois a

*descentralização* de recursos ou da execução de atividades pela via do convênio é mecanismo historicamente associado, no direito brasileiro, a relações entre a União e as demais unidades federadas, não alcançando relações com particular situado fora da máquina administrativa estatal.<sup>69</sup>

Outro exemplo de diploma no qual o regime jurídico do convênio aparece talhado com nítido viés de parceria intergovernamental é o Decreto-lei 200/1967.<sup>70</sup> Nele se previram cinco “princípios fundamentais da Administração Federal” – os do “planejamento”, “coordenação”, “descentralização”, “delegação de competência” e “controle”.<sup>71</sup> O convênio foi então previsto como um dos instrumentos de concretização do “princípio da descentralização”; mais especificamente, o convênio foi previsto como o instrumento pelo qual se colocaria em prática a descentralização da execução de atividades “da Administração Federal para as unidades federadas”.<sup>72</sup> Quando a descentralização fosse “da Administração Federal para a órbita privada”, o instrumento previsto para se pô-la em prática já não era mais o convênio, mas, sim, o contrato ou a concessão. Ficava evidente que não se cogitava do convênio como instrumento de parceria com o setor privado. A reforçar o uso da expressão convênio exclusivamente como parceria intergovernamental, outro preceito previa a delegação da execução de programas federais a órgãos estaduais ou municipais *mediante convênio*,<sup>73</sup> e outro, ainda, contrastando

---

<sup>69</sup> Esta raiz histórico-normativa do significado da expressão “descentralização por convênio” pode ser encontrada no Decreto-lei 200/67, que, consoante se esclarecerá adiante em maiores detalhes, arrolava a “descentralização” como um dos “princípios fundamentais da Administração Federal” (*cf.* art. 6º., III) e previa o convênio como forma de se pôr em prática a descentralização “da Administração Federal para as unidades federadas” (*cf.* art. 10, § 1º., *b*).

<sup>70</sup> Todavia, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, a ser apresentado no **capítulo 11 da parte 3**, corrige este viés e institui o regime do chamado “contrato público de colaboração”, com regras mínimas a serem observadas por qualquer ajuste que pretenda estabelecer vínculo de colaboração entre o Estado e entidade do terceiro setor (convênio, contrato de gestão, termo de parceria, entre outros).

<sup>71</sup> *Cf.* Decreto-lei 200/67, art. 6º., incs. I a V, respectivamente.

<sup>72</sup> É o que previa o art. 10, § 1º., alínea *b*. Na realidade, o art. 10 previa três formas de descentralização da execução de atividades da Administração federal, além da descentralização por convênio para outras unidades federadas. Para uma visão geral vejam-se o inteiro teor de seu *caput*, § 1º., alíneas *a*, *b* e *c*: “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º. A descentralização será posta em prática em três planos principais: *a*) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; *b*) da Administração Federal para a das unidades federadas quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; *c*) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. §§ [...]”.

<sup>73</sup> É o que dispunha o § 5º. do art. 10, com a complementação do § 6º.; veja-se: “Art. 10. [...]§ 5º. Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes. § 6º. Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e

com o anterior, previa a delegação da realização material de tarefas executivas à iniciativa privada *mediante contrato*.<sup>74</sup> Em suma, para a delegação à órbita estatal previa-se o convênio (art. 10, § 1º, *b*); para a iniciativa privada, o contrato (art. 10, § 1º, *c* e §§ 5º. e 6º.), ou, então, a concessão (art. 10, § 1º, *c*).

### **c) Conseqüências perniciosas do viés de parceria intergovernamental do convênio**

Todo este viés voltado à disciplina de parcerias público-públicas, que se vem de demonstrar, tem conseqüências. Sobretudo nalgumas situações em que se tenta aplicar o regime jurídico enviesado a parcerias entre o Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, as conseqüências podem ser indesejáveis.

Um dos principais riscos da indistinção entre regras para parcerias público-privadas e regras para parcerias público-privadas, encontrada nalguma medida no **Regime das Entidades Conveniadas**, é o de que ela acabe gerando expectativas, ou mesmo exigências, de que entidades da iniciativa privada sem fins lucrativos *mimetizem comportamentos de Estado*. Isto é pernicioso porque, ao igualar-se a entidade privada sem fins lucrativos à repartição do Estado, retira-se da entidade privada muito do que dela se espera como contribuição numa parceria com o Poder Público – flexibilidade de gestão, agilidade e liberdade criativa, por exemplo.

São vários os exemplos ilustrativos do mimetismo do Estado (e de suas conseqüências perniciosas) imposto às entidades privadas sem fins lucrativos pelo direito vigente. Talvez o exemplo mais emblemático tenha sido a exigência dirigida a entidades privadas sem fins lucrativos, pela IN/STN 03/2003 e o Decreto 5.504/2005, de que realizassem suas despesas com recursos federais recebidos em transferência mediante licitação na modalidade de pregão.

---

exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.”

<sup>74</sup> É o que dispunha o § 7º. do art. 10; veja-se: “§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

A exigência, como se sabe, foi dirigida tanto a entes da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios) e entidades de suas respectivas administrações indiretas, quanto a entidades privadas sem fins lucrativos. Se para os entes da federação e suas entidades descentralizadas a exigência tinha motivação relevante (afinal, a licitação pública já seria o modo normal de agir daqueles entes públicos), para as entidades de iniciativa privada de interesse público tratava-se de obrigação completamente estranha. Não só estranha ao seu modo normal de agir como imposta por decreto, sem, ainda, que, antes da edição de tal regulamento, lhes fosse dada a oportunidade de serem ouvidas, quem sabe assim a tempo de denunciarem as conseqüências dramáticas e indesejáveis da medida. Por que o mimetismo de Estado assim imposto seria tão pernicioso? De um lado por menoscabar uma série de obstáculos relevantes ao comportamento exigido do particular: falta de acesso ao capital humano e material de que o Estado dispõe para desincumbir-se de ônus que lhe é normal – tais como o *Diário Oficial* para publicação de instrumento convocatório ou equipe de servidores expertos e muitas vezes especialmente dedicados à concepção, instauração e acompanhamento de certames –, aumento de custos para fazer frente à nova exigência, caráter temporário da subvenção que deflagra a obrigação de licitar (o que torna ainda mais anti-econômica toda a reunião do capital humano e material necessário à condução de licitações públicas, descartável tão logo finde a subvenção), ou, ainda, falta de investidura no poder extroverso que é próprio do Estado (que garante aos órgãos e entidades estatais o exercício unilateral de prerrogativas públicas, como a de punir licitantes faltosos).<sup>75</sup> De outro lado o mimetismo de Estado seria pernicioso também, neste caso, por minar aspectos positivos do caráter privado da entidade, como a sua agilidade e a sua flexibilidade de gestão.

As conseqüências nefastas do viés de parceria intergovernamental do regime jurídico do convênio que se vem de enumerar já não passam despercebidas por parte da doutrina, tampouco por manifestação de ministro do TCU.

Augusto de FRANCO, celebrando a novidade do termo de parceria regido pela Lei 9.790/99, apresentava-o como instituto jurídico livre das “...inconveniências dos convênios

---

<sup>75</sup> Sobre o poder extroverso do Estado, explica o professor Carlos Ari SUNDFELD: “A essa espécie de poder, consistente na possibilidade de obrigar unilateralmente a terceiros, chamamos de *poder extroverso*.” *Fundamentos de direito público*, p. 69.

regidos pela IN/STN nº. 01/97...” e denunciava esta última como “...um instrumento deslizado do seu sentido original, que era o de celebrar relações entre instâncias estatais – mas que se transformou num pesadelo kafkiano quando aplicado para regular relações entre instâncias estatais e não estatais”.<sup>76</sup> O que o autor chamou de *pesadelo kafkiano* seria fruto, justamente, da tentativa de aplicar-se às relações entre Estado e entidades sem fins lucrativos um regime jurídico originalmente concebido para reger relações entre instâncias estatais, inadequado para as relações com particulares. No âmbito do TCU, confirmaram-se os argumentos apresentados pelo voto vencido do Ministro Benjamin Zymler no **Acórdão 1070/2003-TCU-Plenário**, aludidos no **capítulo 6** desta tese.

Outro problema do pressuposto da parceria intergovernamental, adotado para a confecção do **Regime das Entidades Conveniadas**, é o dos seus reflexos sobre a questão do dever de licitar para a celebração de parcerias entre o Estado e particulares. Nos ajustes intergovernamentais (por exemplo, entre a União e um Município) a licitação quase invariavelmente é inexigível, por inviabilidade de competição.<sup>77</sup> Pois se esta assertiva aplica-

---

<sup>76</sup> Cf. prefácio de Augusto de FRANCO à obra de Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE, *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, pp. 16-17.

<sup>77</sup> Esta inviabilidade há que ser bem compreendida: ela não quer significar que particulares jamais possam, porventura, estar também interessados em celebrar o mesmo tipo de avença com o Poder Público, disputando assim, fosse-lhes dada a oportunidade, com um concorrente estatal pela relação negocial em questão; cuida-se de inviabilidade de disputa que quer significar, isto sim, que a licitação é simplesmente um meio inadequado para a obtenção do resultado almejado, que é a cooperação intergovernamental, donde a conclusão de que a disputa é inviável como meio de atingir-se o tipo de cooperação almejado. Veja-se um exemplo: uma empresa privada de saneamento básico pode, eventualmente, pretender disputar com uma empresa estadual do mesmo setor a concessão de determinado serviço municipal de água e esgoto. A licitação, contudo, será inexigível, pois constitui prerrogativa municipal, indiscutível, decidir pela constituição de um vínculo que envolva a cooperação com outra entidade estatal (no caso, a empresa estadual de saneamento básico), sendo esta cooperação intergovernamental um aspecto essencial da avença almejada. Inviável, portanto, a competição entre empresas privadas e empresa estatal como meio apto ao alcance desse resultado. Veja-se outro exemplo: duas universidades federais podem desejar estabelecer entre si um acordo de cooperação técnica, sendo certo, todavia, que haveria outras instituições particulares de ensino superior interessadas na celebração do mesmo acordo. A competição – e, *a fortiori*, a licitação –, contudo, seria inviável como meio para a constituição de um vínculo de cooperação intergovernamental, que é o que desejam as universidades federais. É nesse sentido, pois, que se pode falar, nesses casos, em inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição. Por isso é que se reconhece, em suma, que, em se tratando de ajustes intergovernamentais, a licitação é inexigível. Exceção existe, todavia, quando o próprio ente estatal licitante estipule, por decisão sua, que o vínculo de cooperação intergovernamental não é o resultado almejado e, isto sim, reputa conveniente e oportuno, à luz das diretrizes legais pertinentes à política pública em questão, ofertar a oportunidade de avença indistintamente a concorrentes estatais e particulares. Isto é comum, por exemplo, no setor petrolífero, em que a PETROBRÁS, sociedade de economia mista federal, disputa licitações públicas conduzidas pelo órgão federal competente, fazendo-o em pé de igualdade com empresas do setor privado não estatal, a fim de obter concessões de direitos de exploração e prospecção de petróleo.

se a parcerias intergovernamentais, ela não vale para aquelas firmadas pelo Poder Público com entidades do setor privado, inclusive as do terceiro setor. Relativamente a estas parcerias, há de se instaurar um processo administrativo garantidor do princípio da igualdade para que sejam celebradas. Em princípio, todas as entidades do terceiro setor interessadas em firmar parcerias com o Poder Público têm condições de disputar uma oportunidade do gênero.

Ocorre que essa distinção acaba ignorada, freqüentemente, justamente por força do excessivo viés de parceria intergovernamental do convênio (ainda que nem sempre se dê conta disso). Afirma-se que convênio não é contrato; e pondera-se que este se rege pelo “princípio da licitação”, enquanto aquele – supostamente – seria estrangeiro a qualquer processo garantidor de respeito ao princípio da igualdade. Mas isto não é verdadeiro. A idéia de interesses comuns, de constituição de vínculo de colaboração, só afasta a licitação pública, tornando-a inexigível, nas hipóteses de cooperação intergovernamental, como visto; nas hipóteses de cooperação entre Estado e entidade não estatal, inclusive do terceiro setor, continua existindo, é claro, a comunhão de interesses entre os partícipes que os leva à união de esforços em prol de um objetivo comum, mas inexistente inviabilidade de competição porque, em princípio, cabe perfeitamente a disputa entre diversas entidades não estatais interessadas em constituir o vínculo de cooperação em questão. Noutras palavras, o resultado almejado não é mais uma cooperação intergovernamental, que afasta a licitação como meio apto a alcançá-lo, mas uma cooperação com qualquer sujeito que atenda os requisitos estipulados, havendo, por certo, vários potenciais interessados. Assim é que, em resumo, o excessivo viés de parceria intergovernamental do regime dos convênios parece vir levando os intérpretes a estenderem, inadvertidamente, para as hipóteses de convênios com particulares, regras – como a da inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição – que, em princípio, seriam válidas apenas para as hipóteses de convênios intergovernamentais.

Um derradeiro problema do excessivo viés de parceria intergovernamental que informa o regime dos convênios, tal como ele existe hoje, repercute, desta feita, sobre a espécie normativa utilizada para estabelecê-lo. Regulam-se os convênios por atos normativos infralegais, tais como, antes, o Decreto 93.872/86 e a IN/STN 1/97 e, mais recentemente, o Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial 127/2008. Nem mesmo os convênios de

cooperação, previstos no art. 241 da Constituição e voltados à transferência de encargos relativos a serviços públicos entre entes da federação – matéria de suma importância para o delineamento do federalismo brasileiro –, encontraram uma disciplina legal suficiente na Lei 11.107/2005, focada que esteve nos consórcios públicos. Enfim, é lacônica a disciplina legal dos convênios, como já se apontou acima, destacando-se na ocasião a instabilidade jurídica a que isto tem dado margem. Mas além do problema da instabilidade normativa revelada por normas infralegais que se alteram constantemente, há um problema de *legalidade* no tratamento jurídico dado aos convênios. Ele se põe da seguinte maneira: se o regime do convênio fosse efetivamente voltado a pautar, exclusivamente, relações jurídicas intergovernamentais – coisa que não é, embora tenha este viés –, a via infralegal poderia ser adequada, pois é perfeitamente admissível que o entes políticos baixem regulamentos, portarias, instruções normativas ou qualquer outra espécie de ato administrativo normativo para reger as suas relações internas, ou, ainda, sob autorização legislativa, que disciplinem no corpo do próprio ajuste a relação jurídica que constituam com outra esfera da federação (municipal, estadual ou federal); todavia, nas relações com particulares, a via infralegal revela-se menos apropriada, especialmente se não encontra adequado balizamento em lei. É que o princípio da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição Federal, art. 5º., II), constrange mais fortemente a administração pública nas suas relações com particulares do que nas relações consigo mesma. A razão é simples: entre outras serventias, o princípio serve de garantia dos particulares *contra a própria administração*, que pode abusar do poder que exerce, por exemplo, para beneficiar uns em detrimento de outros, sem fundamento. Pode, por exemplo, em menoscabo ao princípio da igualdade de todos perante a lei (Constituição Federal, art. 5º., *caput*), transferir recursos públicos a título de fomento a um particular em detrimento de outros, sem conferir oportunidade a todos de competirem pela fruição dos mesmos recursos – tratando-os, pois, desigualmente, sem justificativa razoável para tanto. Daí a conclusão de que o viés excessivo de parceria intergovernamental do regime dos convênios, que admite seja ele estabelecido pela via infralegal, revela-se, no entanto, um obstáculo à sua aplicação às parcerias do Estado com entidades não estatais, que, por força do princípio da legalidade, devem ter balizamentos legais mais robustos, capazes de protegê-las contra eventuais abusos da administração pública.

## 4.2. Excessiva fragmentação do regime das parcerias público-privadas

Consoante observado no **capítulo 3**, o direito vigente prevê, fundamentalmente, quatro tipos de ajustes por meio dos quais as parcerias do Poder Público com entidades do terceiro setor podem ser instrumentalizadas: os convênios, os contratos de repasse, os termos de parceria e os contratos de gestão. É fácil notar-se que esta multiplicidade de regimes de parceria serve ao mesmo propósito, sendo as redundâncias entre eles, de certa maneira, um dos problemas fundamentais do direito vigente. Trazem uma complexidade desnecessária ao direito positivo. Permitem o tratamento desigual de entidades que, fundamentalmente, encontram-se na mesma situação. Tornam difícil justificar a coexistência de tantos regimes.

De um lado, os termos de parceria e os contratos de gestão, que tiveram origem no mesmo período histórico, são instrumentos profundamente assemelhados entre si – quanto às partes, ao seu conteúdo mínimo e às suas finalidades. Por qual razão mantê-los vigorando paralelamente? Por que, por exemplo, não se criar, como propõe o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública (a ser examinado no **capítulo 11**), *um regime mínimo, porém universal de parcerias*, isto é, que institua um conjunto mínimo de regras aplicáveis a todas as parcerias do Estado com o terceiro setor, de sorte a estabelecer-se um parâmetro de tratamento isonômico a entidades em situações equivalentes?

De outro lado, quanto aos convênios e contratos de repasse, as redundâncias não são menores. Estes últimos só têm a peculiaridade da intermediação dos repasses e monitoramento da correlata prestação de contas por uma instituição financeira oficial. No mais, sujeitam-se às regras dos convênios.

De uma forma geral, se comparados os quatro tipos de ajuste disponíveis – convênios, contratos de repasse, termos de parceria e contratos de gestão –, observa-se que há uma identidade de propósitos entre *todos* eles, na medida em que todos se prestam a estabelecer direitos e obrigações entre as partes e a cuidar da transferência de recursos públicos à entidade

privada pactuante. Partilham, portanto, do mesmo propósito principal. Como se chegou a esse estado?

Uma possível explicação é a de que a pluralidade de regimes de parceria tenha sido fruto, nalguma medida, de deliberada decisão em prol da pluralidade. No final da década de 90, quando da concepção do marco legal das OSCIP, o intento da criação do termo de parceria foi o de constituir algo diferente do principal modelo de parceria então existente – o convênio, então regido em larga medida pela IN/STN 01/97 – e, ao mesmo tempo, diferente do regime geral das contratações públicas – o do contrato administrativo, dado pela Lei 8.666/93. Pretendeu-se instituir uma parceria talhada para as relações de fomento e colaboração entre o Estado e o terceiro setor.<sup>78</sup>

Ocorre que, em busca deste intento de criação de um instrumento especialmente talhado para as parcerias entre Estado e terceiro setor, decidiu-se não revogar o direito anterior aplicável às mesmas parcerias. Com efeito, a concepção do novo regime do termo de parceria e, de resto, de todo o modelo instituído pela Lei das OSCIP, partiu da premissa de que uma nova legislação deveria respeitar o direito anterior. Por qual razão? Parece que se entendeu, quando da formação de “consensos” que informariam a elaboração do novo marco legal, que o respeito à legislação anterior seria uma forma de respeitar a heterogeneidade das entidades do terceiro setor. A idéia prevalecente, ao que parece, foi de que uma nova “legislação uniforme”, que suplantasse a anterior, desrespeitaria as especificidades das entidades do terceiro setor, que compõem um universo bastante heterogêneo. Nessa perspectiva, o velho direito teria que ser preservado. Isto parece ter sido um equívoco, como se sustentará adiante. Mas vale conferir, antes, como esta idéia de necessidade de respeito à legislação anterior, supostamente como pré-requisito para o respeito ao caráter plural e heterogêneo do terceiro setor, esteve presente. Confira-se o relato de Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE:

“Dada a heterogeneidade das organizações que integram o Terceiro Setor, outro consenso estabeleceu que uma legislação uniforme não seria

---

<sup>78</sup> Cf. Augusto de FRANCO, em prefácio à obra de Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE, *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, p. 17.

adequada, pois trataria da mesma forma entidades com características muito diferentes:

*‘O estabelecimento da identidade do Terceiro Setor pressupõe a classificação adequada das organizações que dele fazem parte, garantindo o reconhecimento de suas especificidades e viabilizando parcerias mais eficazes entre essas próprias organizações e delas com o Estado.’*<sup>79</sup>

Onde está o erro? Parece estar no fato de que, se existiam razões para reconhecer-se a pluralidade das organizações da sociedade civil e até conferir-se um tratamento jurídico diferenciado ao subconjunto daquelas efetivamente dedicadas a fins públicos, respeitando assim esta sua especificidade relevante, daí não se seguia a necessidade de se evitar uma legislação dotada de algum coeficiente de uniformidade no tratamento das técnicas de fomento estatal. Ao contrário, uma legislação que conferisse certo tratamento uniforme à atuação fomentadora do Estado, seja quem fosse o seu destinatário, seria consentânea com o modelo republicano de Estado adotado no Brasil, em que todos que se encontrem na mesma situação merecem um tratamento isonômico e impessoal por parte do Poder Público. Não teria cabimento, num Estado republicano, dois regimes de parceria pelos quais o Estado tratasse entidades encontráveis rigorosamente na mesma situação.

Ao se dizer que as organizações do setor privado sem fins lucrativos não mereciam uma “legislação uniforme”, parece que se pretendia afastar uma legislação homogenizadora das regras aplicáveis a tais organizações, que ignorasse sobremaneira as suas especificidades, tratando-as todas como se fossem uma coisa só. Condenava-se uma “legislação uniforme” como maneira de dizer que a heterogeneidade do setor é boa e que se pretendia que este fosse reconhecido pelas leis assim – heterogêneo. Mas não se podia almejar, com este anseio de reconhecimento do pluralismo do setor, que as leis conferissem um tratamento casuístico, injusto, à *administração do fomento estatal*. Noutras palavras, ainda que se enxergasse uma saudável heterogeneidade nas organizações que integram o setor privado sem fins lucrativos, não era menos verdadeiro o fato de que o regime jurídico do fomento estatal, a quem quer que fosse, necessitava, sim, de certo coeficiente de uniformidade.

---

<sup>79</sup> OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor, p. 26.

Uma “legislação uniforme” sobre fomento (e controle do fomento) estatal ao terceiro setor seria, sim, adequada aos padrões de um Estado Democrático de Direito, não devendo ser confundida com uma “legislação autoritária” sobre entidades do terceiro setor. O desafio era legislar, neste aspecto, sobre o controle da administração fomentadora e não, consoante ressaltado no **capítulo 1**, sobre o controle do terceiro setor em si. Não se cuidava de uma estratégia de “uniformizar o terceiro setor”, mas, querendo-se, de uma estratégia de “uniformizar as regras sobre a política de fomento estatal ao terceiro setor”, tornando esta política mais republicana; uma “uniformização”, neste último caso, não a serviço do autoritarismo, mas do tratamento republicano das entidades interessadas em fazer uso do fomento estatal. Tratava-se de cunhar uma legislação uniformizadora, sim, nalguma medida, do regime de fomento estatal, que estipulasse procedimentos públicos e claros para a escolha de beneficiários, universalmente aplicáveis, prestigiando a publicidade e a impessoalidade na administração do Estado.

O problema é que, ao se optar pela preservação do direito anterior, em especial do **Regime das Entidades Conveniadas**, e pela instituição, em paralelo, do **Regime das OSCIP**, passou-se a permitir que o Estado, com uma mesma entidade, ora constituísse parceria sob os ditames da Lei das OSCIP, ora constituísse parceria sob os ditames da regulamentação federal em matéria de convênios. Dois regimes jurídicos significativamente distintos passaram a existir para a disciplina da mesma situação: aquele, o **Regime das OSCIP**, exigindo um número maior de pré-requisitos às entidades beneficiadas, incentivando um procedimento de seleção mais transparente, prevendo um ajuste mais bem estruturado em torno de metas e indicadores de desempenho, bem como um acompanhamento da execução feito não só pelo órgão estatal repassador mas também por uma comissão de avaliação e um ou mais Conselhos de Políticas Públicas, além de um conjunto bem talhado de deveres de prestação de contas; este, o **Regime das Entidades Conveniadas**, exigindo um conjunto menos significativo de pré-requisitos às entidades beneficiadas, permitindo um processo de seleção menos transparente, um ajuste menos marcado pela tônica no controle de resultados, um acompanhamento da execução feito apenas pelo órgão repassador dos recursos e um sistema de prestação de contas que já vinha se mostrando ineficaz. O resultado dessa convivência de regimes distintos para o trato da mesma situação já se vê hoje; como observado no **capítulo**

**anterior**, os órgãos e entidades federais têm evitado celebrar termos de parceria, os quais constituem apenas uma pequena parcela do total de parcerias firmadas, apesar de já ser muito grande e significativo o número de entidades qualificadas como OSCIP. Este quadro sugere uma pergunta inquietante: estarão os órgãos e entidades da administração federal deliberadamente fugindo dos constrangimentos de um regime mais transparente e mais republicano de parcerias?<sup>80</sup>

Sejam quais forem as razões para este comportamento, ele já é detectado e busca-se solucioná-lo. Com efeito, se a União tem preferido o **Regime das Entidades Conveniadas** ao **das OSCIP** desde que ambos passaram a conviver, isto em nada eliminou os problemas daquele. Mas esforços no sentido de se aprimorá-lo, à medida que às irregularidades na celebração e na prestação de contas dos convênios eram detectados pelo TCU, pela CGU e pelas CPIs das ONGs, foram feitos. Até que, recentemente, por meio do Decreto 6.170/2007, deflagrou-se uma ampla reforma da regulamentação federal sobre o tema. Houve uma LDO que chegou até a apontar o caminho da consolidação das normas legais sobre transferências de recursos da União, indicando que uma reforma legal – e não apenas infralegal – era o caminho mais sensato. Mas isso foi em vão. O governo federal apostou, mesmo, numa reforma regulamentar, instituindo novo conjunto de normas infralegais, equiparável a um verdadeiro código normativo, que continua tentando se equilibrar sobre um único – e enigmático – artigo de lei (o art. 116 da Lei 8.666/93). Mantêm-se em paralelo os **Regimes das Entidades Conveniadas** e o **das OSCIP**, só que agora havendo empenho na reforma regulamentar daquele. O problema é que se mantém, também, a possibilidade de tratamentos díspares pelo Estado, sem justificativa razoável, a idênticas situações de parceria. Aquele coeficiente mínimo de uniformidade das regras segundo as quais a administração pública deve dispensar o seu fomento, necessária à garantia de uma administração republicana, ainda não foi alcançado.

É claro que uma opção por revogar o direito anterior em matéria de parcerias, no final da década de 90, seria medida complicada. Uma das dificuldades de substituição do **Regime das Entidades Conveniadas** pelo **das OSCIP**, quando da edição da Lei das OSCIP, talvez

---

<sup>80</sup> Como, aliás, chegou a apontar o *Relatório Final* da “CPI das ONGs de 2001/2002”, visto no **capítulo 6** desta tese.

estivesse mesmo na circunstância de que o velho convênio vinha servindo (e ainda serve) a dois “mundos”: o das parcerias com entidades privadas e o das parcerias com entidades governamentais. Jogar fora o regime dos convênios e substituí-lo pelo dos termos de parceria seria desprezar, portanto, mais do que o necessário. Mas uma possibilidade seria, por exemplo, circunscrever o regime dos convênios à sua finalidade original – da qual foi “deslizado”, como avaliou Augusto de FRANCO – de reger as parcerias intergovernamentais, submetendo-se todas as parcerias do Estado com o terceiro setor ao regime dos termos de parceria. Mesmo assim, um obstáculo remanescente seria: o que fazer com as entidades privadas de benefício mútuo, que, não sendo governamentais, ficariam de fora do regime dos convênios, e, não sendo do terceiro setor, ficariam fora do regime dos termos de parceria? Perderiam elas, então, qualquer acesso a transferências de recursos públicos? Como ficariam, noutras palavras, todas aquelas entidades que, embora privadas e sem fins lucrativos, não apresentavam aquele perfil de ONG, de certa maneira privilegiado pela Lei das OSCIP?

Veja-se que, indubitavelmente, o desafio a enfrentar no final dos anos 90 era de grandes proporções, havendo muitas dificuldades a serem superadas à mesa. Talvez a instituição de um novo regime de parcerias em caráter paralelo ao anterior – mas não em substituição a ele, que ficou intactamente preservado –, tenha sido simplesmente a solução possível naquele momento. Talvez se tenha decidido avançar um pouco, para depois avançar mais. Mas os problemas que a disciplina jurídica dos convênios tinha continuaram a se manifestar. Os órgãos de controle estatal continuaram a surpreendê-los. E sua presença continuou, e até se intensificou, no noticiário, em virtude da relevante atuação de uma imprensa livre.

Hoje, o desafio volta à tona. A instituição de um coeficiente mínimo de uniformidade nas regras legais sobre o fomento estatal pela via das transferências, que não se quis ou não se conseguiu estabelecer no final dos anos 90, entra na pauta legislativa. Num anteprojeto de lei que trata da reforma da organização da administração pública brasileira, tornou-se inevitável reconhecer a existência e a contribuição das entidades do terceiro setor, que, embora não-estatais, já são parceiras notáveis da moderna administração. É impossível ignorá-las. Assim como é impossível ignorar a necessidade, sempre mais premente, de um claro regime legal que

discipline os vínculos de colaboração e fomento entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, dotado do mínimo grau de uniformidade e previsibilidade necessário ao tratamento republicano destas parcerias. Trata-se de uma necessidade que o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública compreendeu e pretende atender, como se verá no **capítulo 11**.

## **Conclusão**

O diagnóstico efetuado é de um regime de controle prévio das transferências de recursos públicos para terceiro setor que padece dos problemas de déficit democrático, redundâncias e lacunas. O déficit democrático diz respeito ao planejamento geral das outorgas dessas transferências. As redundâncias se verificam nas regras sobre credenciamento de entidades potencialmente beneficiárias de transferências, de um lado, e nas regras sobre celebração de parcerias com aquelas selecionadas, de outro. E as lacunas se referem a um processo administrativo para tal seleção, legalmente previsto, garantidor de respeito ao princípio da igualdade, que se mostre adequado à contratação destas parcerias.

Nota-se, assim, em matéria de controle prévio, um rol bastante ilustrativo dos problemas fundamentais, arrolados no **capítulo anterior**, que perpassam todo o vigente direito atinente ao controle estatal das transferências de recursos ao terceiro setor.

## **CAPÍTULO 9**

### **PROBLEMAS RELATIVOS AO CONTROLE CONCOMITANTE**

Introdução. **1.** Processo de contratação de fornecedores. **1.1.** A impropriedade da licitação. **2.** Acompanhamento da execução do objeto. **2.1.** Lacônica disciplina legal da matéria. **2.2.** Acompanhamento falho ou inexistente. Conclusão.

#### **Introdução**

Alguns problemas relativos ao controle concomitante à execução dos contratos de parceria entre o Estado e o terceiro setor, que envolvam a transferências de recursos públicos, podem ser destacados. Na **tabela 9.1** apontam-se três deles.

**Tabela 9.1 – Problemas relativos ao controle concomitante às transferências de recursos públicos para o terceiro setor**

<b>Processo de contratação de fornecedores</b>	
1	A impropriedade da licitação
<b>Acompanhamento da execução do objeto</b>	
1	Lacônica disciplina legal da matéria
2	Acompanhamento falho ou inexistente

Confira-se como cada um desses problemas se manifesta na atualidade.

#### **1. Processo de contratação de fornecedores**

##### **1.1. A impropriedade da licitação**

Ficou claro, da exposição feita no **capítulo 3**, que o direito aplicável à matéria tem se mostrado bastante instável nos últimos quinze anos, alterando-se, notadamente, ao sabor das oscilações da jurisprudência do TCU a respeito. Vale lembrar esta trajetória para que se possa refletir sobre ela.

No período anterior a 1997, as normas eram praticamente silentes quanto à maneira pela qual uma entidade privada sem fins lucrativos haveria de contratar fornecedores com uso de recursos públicos. Vigoravam apenas as regras estabelecidas em 1993, pelo art. 116 da Lei 8.666/93, com destaque para a exigência de devolução ao Poder Público, quando da extinção do convênio, dos saldos financeiros porventura remanescentes.<sup>1</sup> Em 1997, com a edição da IN/STN 01/97, introduziu-se no ordenamento a regra segundo a qual tais entidades, na execução de despesas com recursos recebidos em transferência, deveriam adotar *procedimentos análogos aos estabelecidos na Lei 8.666/93*. Em 2003, em cumprimento a uma ordem do TCU,<sup>2</sup> a STN alterou a IN 01/97, por intermédio da IN/STN 03/2003, para prever nova regra segundo a qual as entidades conveniadas, na execução de despesas com recursos recebidos em transferência, deveriam realizar licitação pública nos termos da Lei 8.666/83 ou, então, na modalidade de pregão, nos termos da Lei 10.520/2002. Após a alteração daquele ato normativo, o TCU, contudo, reviu sua manifestação anterior, produzindo novo acórdão para reconhecer como imprópria a sujeição de particulares à exigência de licitar e, em linha com este entendimento, cingir-se a decidir que os particulares, na execução de despesas com recursos recebidos em transferência, deveriam apenas “...atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93”.<sup>3</sup> Apesar de ter alterado a sua visão, o TCU não recomendou nova alteração da IN/STN 01/97 (tampouco tomou, a própria STN, iniciativa de alterá-la no ponto relevante), de maneira que a resolução continuou exigindo a licitação por particulares para a execução de despesas com recursos recebidos em transferência. O que fez o TCU, todavia, foi recomendar à Presidência da República que regulamentasse o disposto no art. 116 da Lei 8.666/93, para que, por decreto, especificasse quais disposições daquela lei efetivamente se aplicariam à execução de despesas, por particulares, com recursos públicos recebidos em transferência.<sup>4</sup> Em resposta, segundo parece, a esta derradeira recomendação do TCU, o Presidente da República editou o Decreto

---

<sup>1</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 6º.

<sup>2</sup> Cf. item 9.2 do **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**.

<sup>3</sup> Cf. item 9.2 do **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**.

<sup>4</sup> Cf. item 93 do **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**. Como visto no **capítulo 6** deste trabalho, esta recomendação do TCU foi feita com base no equivocado pressuposto de que a Lei 8.666/93 e o seu art. 116 guardariam alguma pertinência com o problema.

5.504/2005,<sup>5</sup> mas este decreto, em vez de seguir o entendimento adotado pelo TCU em seu mais moderno posicionamento,<sup>6</sup> alinhou-se ao entendimento já defasado daquela corte de contas,<sup>7</sup> porém ainda translúcido na IN/STN 03/2003. O decreto exigiu, assim, licitação pública, na forma da legislação federal pertinente, por parte de toda e qualquer entidade pública ou *privada* na execução de despesas com recursos recebidos em transferência voluntária da União<sup>8</sup> – inclusive, para que não restassem dúvidas de que entidades privadas sem fins lucrativos eram alcançadas pela regra, a elas se reportou expressamente<sup>9</sup> e, ainda, previu que a exigência de licitação alcançava as qualificadas como OSCIP e como OS.<sup>10</sup> Mais do que isso, exigiu o uso da licitação na modalidade de pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica, toda vez que esses particulares fossem adquirir bens e serviços comuns com uso dos recursos recebidos em transferência.<sup>11</sup> A eficácia do Decreto 5.504/2004 no que tange às entidades sem fins lucrativos foi prorrogada por sucessivas portarias interministeriais, até que, em 2007, sobreveio o Decreto 6.170, atualmente em vigor, que, numa clara revisão da regra anterior que exigia licitação na modalidade de pregão, desta feita introduziu no ordenamento a exigência de que as entidades privadas sem fins lucrativos, na execução de despesas com recursos recebidos em transferência, realizem, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.<sup>12</sup> A detalhar e complementar a regra introduzida no ano anterior, a Portaria Interministerial 127/2008 estabelece que tal cotação prévia de preços deve ser realizada por intermédio do SICONV, na forma disciplinada pela regulamentação federal,<sup>13</sup> ficando dispensada, no entanto, quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais),<sup>14</sup> ou, então,

---

<sup>5</sup> Tudo leva a crer que o Decreto 5.504/2005 foi uma resposta do Presidente da República aos reclamos do TCU no **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**. Foi julgado na sessão de 6.4.2005 e publicado no DOU de 18.4.2005, com a expressa recomendação de que a Presidência da República regulamentasse o art. 116 da Lei 8.666/93. O Decreto 5.504/2005, então, foi editado pouco após a publicação do acórdão, com a expressa referência, em sua epígrafe, de que levava em consideração o disposto no art. 116 da citada lei: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA (...) tendo em vista o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição, no art. 116 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (...) DECRETA...”. Há forte indício, assim, de que o decreto foi mesmo uma resposta à recomendação do TCU.

<sup>6</sup> Isto é, o posicionamento fixado no **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**.

<sup>7</sup> Alinhou-se, é dizer, ao entendimento que fora adotado no **Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário**.

<sup>8</sup> Cf. Decreto 5.504/2005, art. 1º.

<sup>9</sup> Cf. Decreto 5.504/2005, art. 1º., §§ 3º., 4º. e 5º.

<sup>10</sup> Cf. Decreto nº. 5.504/2005, art. 1º., § 5º.

<sup>11</sup> Cf. Decreto 5.504/2005, art. 1º., § 1º.

<sup>12</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 11 c/c Portaria Interministerial 127/2008, art. 45, *caput*.

<sup>13</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46.

<sup>14</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46, § 1º., I.

“quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.”<sup>15</sup> Surpreendentemente, o novo Decreto 6.170/2007 não revogou expressamente o Decreto 5.504/2005, que, em lugar desta exigência mínima de “cotação prévia de preços”, exige muito mais (a licitação na modalidade de pregão); todavia, em que pese o estado de confusão e incertezas que as sucessivas reformas geraram, há de se concluir que o Decreto 5.504/2005 não se aplica a entidades privadas sem fins lucrativos – seja por sua tácita revogação naquilo que diz respeito a estas entidades, seja pelos vícios de inconstitucionalidade formal e material que desde sempre o maculavam (consoante se esclarecerá adiante).

Este, portanto, foi o acidentado percurso das tentativas de disciplina normativa da matéria. Mas não foi só.

Paralelamente – vale ainda recapitular –, os **Regimes das OSCIP e das OS**, estabelecidos em leis próprias, prevêm a edição de “regulamento próprio” de contratações pelas entidades como tais qualificadas, para que possam executar despesas com recursos que tenham recebido em transferência mediante termo de parceria ou contrato de gestão, conforme o caso. O Decreto 5.504/2005, na sua desastrada intervenção normativa, quis alcançar as OSCIP e as OS também,<sup>16</sup> exigindo-lhes a realização de licitação na modalidade de pregão para a execução de despesas com recursos recebidos em transferência, como o fez para todas as demais entidades privadas sem fins lucrativos subvencionadas pela União; porém, não esclareceu como esta exigência de pregão, introduzida por mero *decreto*, se compatibilizaria com as previsões *legais* de que tais entidades deveriam editar “regulamentos próprios”. O decreto, neste ponto, afrontava as normas legais.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46, § 1º, II.

<sup>16</sup> Como visto, por força do disposto em seu art. 1º, § 5º.

<sup>17</sup> Difícil é saber o que se terá esperado com a confecção do decreto: terá sido que os “regulamentos próprios” previstos em lei teriam então de mimetizar, por força de norma infralegal, o contido na legislação sobre pregão? Ou se terá pretendido mesmo ignorar o disposto nas Leis das OSCIP e OS sobre “regulamentos próprios”, como se os mandamentos legais não existissem? Independentemente de qual tenha sido o cenário vislumbrado (inaceitáveis todos, pois as leis evidentemente mantêm-se soberanas diante de meras disposições infralegais), o fato é que o Decreto 5.504/2005 *silenciou completamente* sobre o problema de harmonização da sua exigência de pregão com a previsão de regulamentos próprios contida na legislação especial sobre entidades qualificadas como OSCIP e como OS. Limitou-se mesmo a exigir-lhes o pregão e ponto final. O resultado está claro: padeceu o Decreto 5.504/2005, neste ponto, de vício de ilegalidade, porquanto incompatível com as previsões *legais* de

Ainda em paralelo, há o **Regime das Fundações de Apoio**, que, como também já observado, contém regra legal explícita, válida para quando se relacionem com instituições de ensino federal, que as obriga a licitar sempre que estiverem executando convênios, contratos, acordos ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos.<sup>18</sup>

Em suma, a evolução do trato normativo da matéria tem sido bastante acidentada. Diante dela a doutrina jurídica manifesta suas opiniões. Pode-se dizer que o debate acerca da existência ou não de um dever de licitar aplicável a entidades privadas sem fins lucrativos para a execução de despesas com recursos recebidos em transferência tem dividido as opiniões doutrinárias.

De um lado defende-se a tese de que tais entidades estão, sim, submetidas ao dever de licitar para a contratação de bens, serviços e obras com os recursos recebidos em transferência,<sup>19</sup> alguns propugnando que as entidades devem fazê-lo nos termos da legislação federal sobre licitação<sup>20</sup> – Leis 8.666/93 e 10.520/2002 – e outros que devem fazê-lo nos termos de regulamentos próprios.<sup>21</sup>

---

edição de regulamentos próprios de contratação de serviços e obras, ou de aquisição de bens, pelas entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como OS ou OSCIP.

<sup>18</sup> Cf. Lei 8.958/94, art. 3º., I.

<sup>19</sup> Esta é a conclusão, por exemplo, a que chegou José Anacleto Abduch SANTOS, que sustenta: “As Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público devem obediência ao princípio licitatório quando objetivarem a contratação de terceiros mediante utilização de recursos públicos, salvo nos casos em que tiver cabimento a contratação direta por dispensa ou por inexigibilidade de licitação.” “Licitação e terceiro setor”, in: Gustavo Justino de Oliveira (coord.), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, p. 306.

<sup>20</sup> Não se encontrou posição doutrinária neste sentido, mas há, como visto no **capítulo 6**, a manifestação do TCU, capitaneado pelo voto do relator Min. Ubiratan Aguiar, no **Acórdão 1070/2003-TCU-Plenário**.

<sup>21</sup> É esta a posição de José Anacleto Abduch SANTOS, que aduz: “Estão estas entidades [do terceiro setor] portanto, quando realizarem contratações mediante uso de recursos públicos, submetidas ao princípio licitatório, e deverão, nos prazos estabelecidos em lei, editar regulamentos próprios para selecionar contratantes, objetivando simultaneamente a busca da proposta mais vantajosa e assegurar o princípio da isonomia. A gestão de recursos públicos torna inafastável esta conduta.” *Ibid.*, p. 301. O mesmo autor faz diversas considerações sobre o conteúdo necessário desses regulamentos próprios, sustentando, basicamente, que devem tratar de “...elementos necessários à garantia da qualidade da contratação, especialmente no tocante à capacidade jurídica, capacidade técnica, capacidade financeira e da situação de regularidade fiscal dos interessados em com ela [entidade do terceiro setor] contratar” e, ainda, dos “...requisitos de admissibilidade das propostas (...), bem como outros elementos reputados necessários à seleção da melhor proposta e que possam assegurar o controle da execução contratual.” *Ibid.*, p. 307. Conclui, em síntese, que tais regulamentos próprios “...devem resultar de um processo de tensão dialética que assegure a celeridade e dinamicidade próprias do regime de direito privado, sem descuidar

Nesse sentido, o principal argumento é o de que os princípios constitucionais que regem as contratações públicas no Brasil, notadamente os da igualdade e impessoalidade (arts. 5º., *caput* e 37, *caput*), têm sua aplicabilidade estendida às contratações feitas por particulares quando estes se encontram no desempenho de funções públicas. O dever de observância da impessoalidade segue o exercício da função pública, seja quem for que a exerça. Assim, se a licitação é a garantia de impessoalidade nas contratações do Poder Público com particulares – contratações feitas, naturalmente, no exercício de função pública –, também deve sê-lo naquelas que particulares, no exercício da mesma função pública, realizem com outros particulares. Argumenta-se, ainda, que os princípios informadores do dispêndio de recursos públicos no Brasil, notadamente os da legalidade, legitimidade e economicidade (Constituição Federal, art. 70, *caput*), têm a sua aplicabilidade estendida às situações em que tal dispêndio é feito por particulares. Assim, quando feito por entidades privadas sem fins lucrativos, estas devem observância aos citados princípios, tidos como inerentes ao dispêndio de recursos públicos, seja quem for que os despenda. A licitação pública, então, é vista como garantia *sine qua non* para que reste assegurada a observância desses princípios inerentes ao gasto público.

Invoca-se, ainda, o art. 116 da Lei 8.666/93, que diz que os preceitos daquela lei aplicam-se “no que couber” aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, para daí extrair-se a ilação de que “cabe”, por alguma razão, a exigência de licitação pública para a celebração de contratos por entidades privadas sem fins lucrativos com seus fornecedores privados, pagos com recursos recebidos em transferência. E argumenta-se, também, que os princípios que regem a função administrativa – como os da impessoalidade, publicidade e eficiência – aplicam-se às contratações de fornecedores realizadas por entidades qualificadas como OSCIP e OS, com uso dos recursos públicos que lhes tenham sido transferidos. Sustenta-se que uma decorrência necessária da observância desses princípios jurídicos é a realização de licitação pública, devendo os “regulamentos próprios” de contratações dessas entidades, cuja edição lhes é demandada por lei, exigirem licitação sempre que envolvido o uso dos recursos recebidos em transferência – licitação esta que, afirma-se,

---

dos valores e princípios fundamentais ao regime de direito público, em especial, neste caso, no tocante à gestão de recursos públicos, à busca da proposta mais vantajosa, e ao princípio da isonomia.” *Ibid.*, p. 307.

deverá realizar-se em termos “análogos”, “semelhantes” ou mesmo “idênticos” aos previstos nos principais diplomas de regência das licitações públicas no Brasil, que são as Leis 8.666/93 e 10.520/2002.

De outro lado defende-se a tese de que não – as entidades privadas sem fins lucrativos não estão submetidas ao dever de licitar para o uso desses recursos, mas apenas a outros constrangimentos jurídicos.<sup>22</sup> Nesse sentido, aponta-se que a exigência de licitação pública, tanto na Constituição Federal como na Lei 8.666/93, dirige-se aos órgãos e entidades que integram a administração pública, isto é, que fazem parte da sua estrutura orgânica – jamais a particulares, estranhos à estrutura administrativa do Estado.<sup>23</sup> A exigência de licitação constante do art. 37, XXI, da Constituição dirige-se, expressa e inequivocamente, à “...administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...”, sendo certo que as entidades privadas sem fins lucrativos não integram a administração direta ou indireta estatal, mas sim o setor privado. Por isso não são alcançadas pelo dever dirigido à estrutura do Estado. Podem ser colaboradoras do Estado, é verdade, mas não integram a sua estrutura administrativa e não se submetem aos deveres que lhe são inerentes. Também o art. 22, XXVII, da Constituição, ao prever a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, deixou claro que se trata de normas “...para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...) e para as empresas públicas e sociedades de economia mista...”.<sup>24</sup> Nitidamente, também aqui ficaram de fora do grupo de pessoas obrigadas a licitar quaisquer particulares, como é o caso das entidades privadas sem fins lucrativos. Em linha com a Constituição, a Lei 8.666/93 esclarece, em seu art. 1º, parágrafo único, o seguinte: “subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração

---

<sup>22</sup> Neste sentido há uma manifestação de Carlos Ari SUNDFELD e Vera SCARPINELLA, que, embora se reportando à questão específica da execução de convênios e outros instrumentos congêneres por fundações de apoio na área de educação, serve para quaisquer particulares na execução de ajustes do gênero com o Poder Público; veja-se o que dizem os autores: “Por serem entes não estatais, as fundações de apoio não têm o dever de observância da Lei nº 8.666/93, salvo quando a lei expressamente assim determinar, como é o caso das fundações de apoio contratadas por entidades estatais de ensino superior federal. Todavia, quando gerirem recursos públicos, podem sujeitar-se a obrigações procedimentais, tendo em vista a necessidade de controle e fiscalização da destinação dos recursos públicos repassados.” “Fundações educacionais e licitação”, in: Leonardo Pantaleão (org.), *Fundações educacionais*, p. 259.

<sup>23</sup> Este é o argumento central empregado, por exemplo, por Carlos Ari SUNDFELD e Vera SCARPINELLA, no seu “Fundações estatais e licitação”, *ibid.*, pp. 254 e 259.

<sup>24</sup> O art. 22, XXVII, tem a sua redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998.

direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” Mais uma vez fica claro que a licitação pública constitui dever que não alcança o setor privado não integrante da estrutura do Estado. Para terminar, a Lei 10.520/2002, sobre a licitação na modalidade de pregão, estampa em sua ementa que se trata de diploma que “institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”, apontando, assim, seu alinhamento com o art. 37, XXI do Texto Constitucional e sugerindo, desta forma, que se dirige à administração pública direta ou indireta dos entes da federação (inexistindo, de resto, em qualquer dos seus dispositivos, determinação no sentido de que particular deve estar sujeito ao dever de licitar na modalidade de pregão). Em suma, observada a questão pelos prismas constitucional ou legal, o dever de licitar jamais esteve ou está dirigido às entidades privadas sem fins lucrativos (à exceção do **Regime das Fundações de Apoio**, cuja lei de regência expressamente impõe este dever àquelas fundações que estejam executando convênios com instituições de ensino federal).<sup>25</sup>

Argumenta-se ainda que, se é verdade que o uso do dinheiro público, por entidades dos setores público ou privado, traz consigo uma série de ônus, é igualmente verdadeiro que entre esses ônus não está, para as entidades do setor privado, o dever de licitar. Estas se submetem, por força da Constituição e da legislação vigente, a outros constrangimentos (salvo quando a lei de regência expressamente imponha tal dever de licitar, como é o caso das fundações de apoio conveniadas com instituições federais de ensino superior). Em geral, como visto, as leis não impõem o dever de licitar aos particulares, mesmo quando façam uso de recursos públicos recebidos em transferência (estão aí para comprová-lo as Leis das OSCIP e das OS, que exigem a edição de “regulamentos próprios” de contratações por tais entidades e a observância de princípios como os da igualdade e economicidade, mas sem ir além disso). A Constituição Federal idem; ela também não exige licitação para particulares. O que existe é uma clara previsão constitucional de que a gestão de recursos públicos traz consigo outros tipos de ônus, que não o da licitação, os quais – estes sim – se aplicam indistintamente ao Poder Público e

---

<sup>25</sup> Trata-se da já citada exigência constante do art. 3º., I, da Lei 8.958/94.

aos particulares. Um deles é a sujeição à fiscalização do Congresso Nacional, a ser exercida com o apoio do TCU, dado que lhes compete fiscalizar a legalidade, a legitimidade e a economicidade da aplicação das subvenções e renúncias de receita (art. 70, *caput*), incluídas aí, por óbvio, as subvenções e renúncias de receita em favor do terceiro setor. Outro é o dever de prestar contas aos órgãos públicos de controle, os quais, inequivocamente, a Constituição quis que controlassem “...qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (nos termos do art. 70, parágrafo único). Nada disso, porém, se confunde com o ônus de realizar licitação pública, que a Constituição Federal e as leis – à exceção da Lei 8.958/94, atinente às fundações de apoio – mantiveram, prudentemente, afastado dos particulares.

Há ainda o argumento – este mais pragmático – de que a licitação pública, tal como disciplinada pelo direito em vigor, notadamente pelas Leis 8.666/93 e 10.520/2002, é simplesmente inapropriada para reger as contratações entre particulares (ainda que feitas com uso de dinheiro público). Suas regras não se dirigem a tais contratações e, mais do que isso, não foram pensadas para que regessem tais contratações.

Finalmente, sustenta-se que não se conseguirá resolver o problema do controle dos repasses financeiros a entidades privadas sem fins lucrativos a partir da sua estrita equiparação com repartições do Estado, isto é, a partir da sua submissão a uma forma de agir típica do Estado – a licitação pública –, como fizera, por exemplo, o Decreto 5.504/2005. Alega-se que esta equiparação, além de enfrentar sérios problemas de viabilidade prática,<sup>26</sup> compromete justamente a eficiência e agilidade tidas como pilares justificadores da cooperação entre o Estado e o terceiro setor no desempenho de atividades de interesse público. Estes são os

---

<sup>26</sup> É certo que, do ponto de vista da viabilidade prática de impor-se a uma entidade do terceiro setor o dever de licitar, nem tudo é entrave. Sabe-se que grandes corporações privadas, quando contratam insumos com terceiros, não raro conduzem procedimentos de competição entre interessados semelhantes aos processos de licitação pública que o Estado, por exigência legal e constitucional, deve realizar nas suas próprias contratações. Em se tratando do pregão eletrônico, às vezes a mesma plataforma de realização do certame na Internet é utilizada não apenas por órgãos públicos, mas também por empresas particulares que enxergam nela um relevante instrumento para a busca dos melhores negócios disponíveis no mercado. Trata-se, contudo, de fenômeno excepcional no setor privado. De resto, vale atentar para os dados apurados nas *FASFIL 2002* e *2005* sobre as entidades privadas sem fins lucrativos, apresentados no **capítulo 1**, que evidenciam que elas não teriam, na sua expressiva maioria, a menor estrutura operacional para arcar com o ônus de conduzir licitações, mesmo na modalidade de pregão.

fundamentos mais pragmáticos. Pelo prisma jurídico, aprofundando-se a análise, pode-se argumentar que tamanhos são os entraves de ordem prática gerados por uma exigência de licitação indiscriminadamente às entidades privadas sem fins lucrativos que, afinal, caberia o questionamento da razoabilidade desta imposição. Sobretudo, caberia questionar se haveria as necessárias adequação e proporcionalidade entre a medida eleita para assegurar-se a lisura no emprego de recursos públicos por entidades sem fins lucrativos, de um lado, e esta finalidade de garantir lisura no emprego dos recursos, de outro. Poderia a lisura ser garantida de maneira menos restritiva aos interesses das entidades do terceiro setor? Haveria, neste caso, um descompasso entre os fins colimados pela medida estatal e os meios eleitos para se alcançá-la? Tudo indica que sim, em possível atentado contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Note-se que, independentemente do argumento empregado em prol da tese da sujeição das entidades privadas sem fins lucrativos ao dever de licitar quando da execução de despesa com recursos públicos recebidos em transferência, a tese, em si, espelha uma *preocupação real*. Trata-se da preocupação com a possibilidade de que entidades privadas sejam empregadas pelo Poder Público como meras intermediárias da contratação de terceiros, num claro subterfúgio para conferir-se aparente legalidade à burla dos constrangimentos inerentes às contratações estatais. O esquema que se pretende evitar é notoriamente conhecido, funcionando de tal forma que o particular conveniado quase nada faça por si, mas receba todos os recursos públicos para, sem licitação e sem outras peias que constriam a administração pública, subcontratar terceiros que, efetivamente, executam o objeto. Dá-se margem, assim, para os mais variados tipos de abusos, como o superfaturamento de preços na contratação de fornecedores, a pura e simples invenção de despesas que na realidade não foram incorridas, entre outros.

De qualquer sorte, o uso de entidades privadas como meras intermediárias da contratação de terceiros, com o intuito de burla aos constrangimentos inerentes ao exercício da função administrativa – como o dever de licitar – atenta contra a Constituição e as leis, razão pela qual não consegue se esconder sob um manto de legalidade. Trata-se de mera manifestação de fenômeno que, na teoria do direito administrativo, já é há muito conhecido: o

*desvio de finalidade*. Justifica-se o emprego do convênio administrativo com o fim de se instituir parceria com sujeito supostamente capaz de gerenciá-la, mas o fim real – eis o desvio – é a fuga do direito público e, em especial, do dever de licitar. É inválido, portanto, o convênio administrativo assim celebrado, por desvio de finalidade na sua celebração.

A constatação do problema é importante porque, se há um problema real a ser enfrentado, que é o do risco de desvio de finalidade na celebração de parcerias do Estado com o terceiro setor, a grande questão é: *como enfrentá-lo*. E pode-se perquirir sobre o *como* de, pelo menos, duas formas: olhando-se para o que diz o direito vigente ou, então, propondo-se a sua alteração para que ele passe a oferecer uma resposta satisfatória. Todavia, a idéia de que “deve haver licitação pública para a aplicação de recursos públicos pelas ONGs porque assim é que se evitarão desvios no uso desses recursos” não segue nenhum desses dois caminhos de reflexão. A idéia deixa várias indagações sem resposta. Como estariam os particulares sujeitos a um dever de licitar se inexistisse lei que o preveja? Por que a licitação pública seria a melhor solução para o problema? Existiriam soluções melhores para evitar-se o risco de desvio de finalidade na aplicação dos recursos pela entidade privada beneficiada?

Mirando-se o direito vigente é inevitável concluir-se que as entidades privadas sem fins lucrativos não estão submetidas ao dever de licitar para o dispêndio de recursos recebidos em transferência, mas apenas a outros constrangimentos jurídicos. É este o posicionamento que se defende no presente trabalho. Não há mesmo lei que imponha este dever a particulares (à exceção da Lei 8.958/94, que instituiu explícita obrigação de licitar para o caso específico das fundações de apoio contratadas por instituições federais de ensino superior); antes ao contrário: as leis e a Constituição o prevêm com um dever da administração pública. Houve, é verdade, instrução normativa e decreto que chegaram a exigir a licitação por particulares – os multicitados Decreto 5.504/2005 e IN/STN 03/2003 –, mas sem amparo legal. E as leis, de um modo geral – de fora o caso particularíssimo do **Regime das Fundações de Apoio** –, como a das OSCIP e das OS, se limitam a exigir dessas entidades do setor privado a edição de “regulamentos próprios” de contratações, que se afigurem respeitadores de princípios jurídicos que regem a atividade de administração pública. Na mesma toada, o TCU, no seu posicionamento mais moderno sobre o tema, também entende que o caminho não é a

imposição de licitação pública.<sup>27</sup> E até mesmo o Poder Executivo, por meio dos órgãos mais afetos à matéria, como o MPOG e a Casa Civil da Presidência da República, parecem ter finalmente compreendido também, com a edição do Decreto 6.170/2007 (e a exigência nele contida de “cotação de preços no mercado”, com o registro do apurado no Portal dos Convênios), que a exigência de licitação não é o melhor caminho a seguir.

Ademais, o próprio direito vigente já oferece a solução da “cotação prévia de preços no mercado”, nos termos do Decreto 6.170/2007 e portarias que o desenvolvem; cuida-se de uma resposta plausível à questão central de como aplicar princípios da administração pública ao exercício de atividades de interesse público por particulares. É uma solução recém-adotada no Brasil, mas que, como se verá no **capítulo 12**, sobre soluções no direito estrangeiro, também é adotada na Espanha – lá, entretanto, ela tem base legal e aplicabilidade geral, em lugar da mera exigência regulamentar e aplicabilidade restrita a determinados tipos de parceria.

De qualquer modo, mesmo com as imperfeições do estado normativo atual e com todos os percalços encontrados na sua evolução até aqui, parece que finalmente caminha no rumo certo o direito positivo brasileiro nesta matéria. Inadmissível, porém, que permaneçam pendentes de revogação expressa (mas não de revogação tácita) as normas do Decreto 5.504/2005 que contrariam o Decreto 6.170/2007 em matéria de entidades privadas sem fins lucrativos e, ainda, as decorrentes do art. 27 da IN/STN 01/97, na redação que lhe foi dada pela IN/STN 03/2003, que contrariam o mesmo decreto.

## **2. Acompanhamento da execução do objeto**

### **2.1. Lacônica disciplina legal da matéria**

Como visto na **parte 1**, o TCU tem avaliado que os órgãos e entidades repassadores de recursos públicos na esfera federal não têm estrutura mínima para o exercício de suas

---

<sup>27</sup> Embora ainda resista em reconhecer que a Lei 8.666/93 seja impertinente ao tema, pois parece entender que a regulamentação do art. 116 daquela lei traria alguma solução. Cf. **Acórdão 353/2005-TCU-Plenário**.

atribuições de acompanhamento e fiscalização da execução de contratos de parceria – seja com outros entes da federação, seja com entidades privadas sem fins lucrativos. Diante desta avaliação, a corte de contas firmou o entendimento de que, em lugar de convênios, a União deveria se empenhar em transferir recursos a terceiros por intermédio de contratos de repasse. Neste caso, a União celebra um ajuste chamado *acordo de cooperação* com uma instituição financeira oficial, entregando-lhe os recursos, a fim de que esta, em seguida, atuando como mandatária da União, firme outro ajuste, o chamado *contrato de repasse*, com os destinatários, efetivamente transferindo-lhes os recursos federais.

Tamanha é a influência do TCU na produção normativa infralegal do Poder Executivo, em matéria de transferências, que, em 2007, com a edição do Decreto 6.170 pertinente ao **Regime das Entidades Conveniadas**, ficou estabelecido que todas as transferências financeiras da União, para entidades públicas ou privadas, decorrentes da celebração de convênios e contratos de repasse, seriam feitas, exclusivamente, por intermédio de instituição financeira controlada pela União, que poderia atuar como mandatária desta para fins de execução e fiscalização.<sup>28</sup> O preceito regulamentar parece representar um consenso, enfim, entre os órgãos centrais de controle externo e interno da administração pública (TCU e CGU) e, ainda, a Presidência de República e os principais Ministérios que exercem competência normativa na matéria (MPOG e MF), de que o contrato de repasse seria o melhor instrumento para a operacionalização das transferências de recursos públicos da União.

Mas importa lembrar que, a não ser em virtude das sucessivas LDO – leis de vigência temporária, intrinsecamente –, o contrato de repasse e as regras que lhe são aplicáveis sequer têm previsão legal específica. Com efeito, o fundamento legal deste modelo de transferência de recursos da União foi previsto, pioneiramente, na LDO para o exercício de 1996;<sup>29</sup> desde então, as sucessivas LDO têm mantido a previsão – primeiro, como mera faculdade dos órgãos e entidades repassadores de recursos federais e apenas nos casos de repasse a outros entes da federação;<sup>30</sup> depois, estendendo a faculdade de sua adoção também para repasses a entidades

---

<sup>28</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 10, *caput* (redação dada pelo Decreto 6.428/2008).

<sup>29</sup> Cf. Lei 9.082/95, art. 18, § 4º.

<sup>30</sup> Cf. as LDO para os exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004.

privadas;<sup>31</sup> em seguida, como modelo a ser adotado *preferencialmente* em quaisquer repasses.<sup>32</sup>

O quadro resultante, em suma, é de um modelo de acompanhamento da execução de transferências de recursos da União que, embora reconhecido como perene e duradouro por normas infralegais, só encontra amparo legal específico em leis de vigência temporária. Noutras palavras, trata-se de todo um modelo de acompanhamento da execução de parcerias que se equilibra, ano a ano, sobre um novo dispositivo da LDO. Falta-lhe um embasamento legal condizente com a importância que vem tomando em matéria de transferências de recursos da União. O único que lhe resta é o art. 116 da Lei 8.666/93, com as suas conhecidas insuficiências.

## **2.2. Acompanhamento falho ou inexistente**

Uma das constatações do TCU, nas suas auditorias focalizadas em transferências de recursos da União para entidades do setor privado sem fins lucrativos, é a de que, em muitos casos, apesar de terem sido constatadas nítidas irregularidades nas prestações de contas acerca da execução de ajustes celebrados, estas foram aprovadas, sem qualquer ressalva, pelos órgãos e entidades federais repassadores de recursos. Segundo a avaliação da corte de contas, o acompanhamento da execução dos ajustes celebrados tem sido falho, ou, simplesmente, inexistente.

Ainda segundo o diagnóstico do TCU, a principal razão para esta crise no acompanhamento da execução de parcerias firmadas pela União reside no fato de que os órgãos e entidades federais repassadores de recursos não têm, de regra, a mínima estrutura necessária para desempenhar a contento as suas atribuições. Limitam-se, assim, a cumprir “ritos legais”, sem qualquer efetivo monitoramento da execução dos ajustes celebrados. Outra

---

<sup>31</sup> Cf. as LDO para os exercícios de 2005 e 2006.

<sup>32</sup> Cf. as LDO para os exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010.

razão estaria na ausência de responsabilização efetiva dos órgãos e entidades repassadores pela omissão, ou falha, no cumprimento de seus deveres legais.

Esta avaliação da corte de contas parece ter reverberado na nova regulamentação federal da matéria, no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas**. Com efeito, observa-se que, na Portaria Interministerial 127/2008, há uma série de regras cujo objetivo, aparentemente, é assegurar que haja efetivo acompanhamento, pelos órgãos e entidades repassadores, dos convênios e contratos de repasse que venham a celebrar. Uma dessas medidas é a atribuição de ampla transparência aos atos e ações estatais de acompanhamento. Todos devem ser registrados no SICONV, instituindo-se, assim, um registro disponível para consulta por qualquer cidadão, por meio do Portal dos Convênios na Internet.<sup>33</sup> Inclusive, o órgão ou entidade federal concedente ou contratante tem o dever de designar um representante específico, como tal identificado no SICONV, que ficará responsável por anotar todas as ocorrências relacionadas à consecução do objeto e cuidar para a adoção das medidas necessárias à regularização das falhas observadas.<sup>34</sup> Trata-se, assim, de outra medida que ataca de frente o problema da dificuldade de responsabilização dos órgãos e entidades repassadores por falhas e omissões.

Em suma, verifica-se que foram tomadas, recentemente, algumas medidas de enfrentamento do problema, que se apresenta como grave na atualidade. São medidas restritas ao **Regime das Entidades Conveniadas**, que deveriam, contudo, estender-se a toda e qualquer parceria do Estado com entidade privada sem fins lucrativos. Resta saber, ainda, se a ausência de uma disciplina do tema em âmbito legal comprometerá os avanços que se pretende sedimentar pela via infralegal.

## **Conclusão**

O diagnóstico efetuado é de um regime de controle concomitante das transferências de

---

<sup>33</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 13, *caput* (com a redação dada pelo Decreto 6.619/2008).

<sup>34</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, *caput*.

recursos públicos para o terceiro setor que padece da ausência de parâmetros legais claros para o seu exercício e, ainda, de inépcia dos órgãos repassadores de recursos ao exercê-lo.

Quanto à ausência de parâmetros legais claros, nota-se a falta de uma legislação de alcance universal que estipule o modo pelo qual deva ser feito o acompanhamento da execução de contratos de parceria entre o Estado e o terceiro setor. Na ausência de um parâmetro legalmente definido de acompanhamento, as normas regulamentares sobre a matéria oscilam, por exemplo, quanto ao foco do controle dos gastos dos recursos públicos recebidos pelas entidades sem fins lucrativos. Um grupo foca o controle dos procedimentos para a aplicação dos recursos, enquanto outros focam o controle dos resultados obtidos com a sua aplicação.

Quanto à inépcia dos órgãos repassadores de recursos no desempenho das atribuições de acompanhamento da aplicação de recursos que lhes compete, ela é constatada e destacada em acórdãos do TCU. Como razões apontam-se a falta de estrutura mínima necessária para o exercício deste acompanhamento pelos órgãos repassadores, a ausência de responsabilização dos agentes encarregados do controle na hipótese de danos ou falhas no seu exercício e, ainda, a má qualidade dos contratos de parceria e planos de trabalho fixados na fase inicial do ciclo das transferências, o que comprometeria o adequado desempenho do controle em todas as fases subsequentes (do acompanhamento da execução da avença à análise da prestação de contas final).

## CAPÍTULO 10

### PROBLEMAS RELATIVOS AO CONTROLE POSTERIOR

Introdução. **1.** Lacônica disciplina legal da prestação de contas final. **2.** Controle falho ou a destempo da prestação de contas. **3.** Prestação de contas dos resultados alcançados ou dos meios empregados? Conclusão.

#### Introdução

Em matéria de controle posterior às transferências de recursos públicos para entidades do terceiro setor, o direito vigente é bastante ilustrativo de dois problemas classificados como fundamentais no **capítulo 7**, que são os da lacônica disciplina *legal* dos assuntos pertinentes ao controle e da indefinição de paradigmas de controle (se de meios ou de resultado). Com efeito, no controle posterior ambos encontram nítida expressão. Por um lado, a disciplina *legal* da prestação de contas final pela entidade beneficiária de recursos transferidos pelo Poder Público ainda é bastante lacônica, especialmente sob o **Regime das Entidades Conveniadas**; por outro, variam muito os diversos regimes quanto ao objeto central da prestação de contas, notadamente se hão de ser realçados os resultados alcançados ou os meios empregados na execução da avença pactuada. A eles se soma um terceiro, consistente no problema do controle falho ou a destempo das contas prestadas pelas entidades beneficiadas. É o que se procura demonstrar **neste capítulo**.

Segue a **tabela 10.1**, que destaca estes três problemas de controle posterior a serem aqui apresentados.

**Tabela 10.1 – Problemas relativos ao controle posterior às transferências de recursos públicos para o terceiro setor**

Prestação de contas final	
1	Lacônica disciplina legal da prestação de contas final
2	Prestação de contas acerca dos resultados alcançados ou dos meios empregados?
3	Controle falho ou a destempo da prestação de contas

Segue a descrição de cada um deles.

## **1. Lacônica disciplina legal da prestação de contas final**

O panorama normativo apresentado no **capítulo 3**, em matéria de prestação de contas final sobre a execução de parcerias do Estado com entidades do terceiro setor, deixou clara a disparidade de tratamento que a matéria recebe por parte dos diversos **Regimes Especiais de Controle**.

Sobretudo, chama a atenção o fato de que, no principal deles, que continua a ser o **Regime das Entidades Conveniadas**, a lei preveja, de forma genérica, “prestações de contas do ajuste”, que devem incluir a discriminação das receitas auferidas com as aplicações financeiras dos saldos repassados, enquanto não utilizados.<sup>1</sup> O decreto que regulamenta a lei, igualmente, furta-se ao papel de disciplinar a prestação de contas; estabelece, apenas, a obrigação do conveniente de “...prestar contas dos recursos recebidos...”, fazendo-o “...na forma da legislação aplicável e das diretrizes e normas previstas...” em ato normativo a ser editado pelos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Controle e da Transparência para disciplinarem a execução do decreto.<sup>2</sup> Ou seja, o decreto também remete para outro ato normativo infralegal o tratamento da questão.<sup>3</sup> É apenas em âmbito de portaria interministerial que fica estabelecido o modo pelo qual deverá ser realizada a prestação de contas de um convênio ou contrato de repasse; ali, finalmente, o tema é disciplinado, inclusive em seus aspectos essenciais. A portaria interministerial define os objetivos da prestação de contas, o prazo para a sua realização, o prazo para a sua apreciação pelo concedente, os documentos cuja apresentação é necessária, as conseqüências da omissão

---

<sup>1</sup> Cf. Lei 8.666/93, art. 116, § 4º.

<sup>2</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 10, § 6º. (com a redação dada pelo Decreto 6.428/2008).

<sup>3</sup> Houve, inclusive, oscilação no trato do assunto ainda na esfera dos decretos regulamentares; com efeito, na sua redação original o Decreto 6.170 dispunha que o conveniente ficaria obrigado a “...prestar contas dos recursos recebidos no prazo de até trinta dias, contados da data do último pagamento realizado” (art. 10, § 6º., na sua redação original); o preceito, todavia, precisou ser revogado pelo Decreto 6.428/2008 a fim de que fosse substituído pela vaga fórmula da prestação de contas a ser feita “na forma da legislação aplicável” e de novo ato normativo interministerial.

quanto à sua realização e o dever de ampla publicidade aos atos administrativos voltados ao seu acompanhamento.<sup>4</sup>

Esta disciplina do assunto pela via infralegal é problemática. Ela dá ensejo à possibilidade de mudança constante de regras (inclusive ao sabor das recomendações e até determinações do TCU, como sugere a experiência vivida sob a vigência da IN/STN 01/07). Gera-se insegurança jurídica para as entidades beneficiárias dos recursos. Sem parâmetros legais mínimos acerca do que se espera de uma prestação de contas da execução do objeto de uma parceria, o trato da matéria vai sendo moldado de maneira caótica.

A situação do **Regime das Entidades Conveniadas** contrasta com a de outros **Regimes Especiais**, notadamente o **das OSICP** e **das OS**. Nestes, as próprias leis já estabelecem, em linhas gerais, a maneira pela qual as entidades beneficiadas deverão prestar contas ao órgão repassador dos recursos. Como já observado, elas devem apresentar *relatório de execução do objeto*, que contenha um *comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançado* e uma *prestação de contas das receitas e despesas efetivamente realizadas*. Devem prover, ainda, para fins de publicação na imprensa oficial, um *demonstrativo da sua execução física e financeira*, prestando contas, assim, diretamente à sociedade. Veja-se que, ainda que a disciplina de outros aspectos tenha sido deixada para o âmbito regulamentar, as leis disciplinaram, minimamente, os seguintes aspectos: *i*) objeto da prestação de contas; *ii*) forma e documentos pelos quais deve ser feita; e *iii*) a quem deve ser endereçada. Também fixaram, mesmo que de forma um tanto sugerida, a regra de que o cerne da prestação de contas (e, por conseguinte, o controle sobre ela incidente) está no conjunto de resultados alcançados e na transparência das despesas e receitas realizadas. Ditaram, assim, os parâmetros norteadores da prestação de contas.

Sabe-se, contudo, que a disciplina do tema por lei, de maneira mais abrangente e menos lacônica, não constitui garantia de que, quando da aplicação da lei, os órgãos de controle se circunscreverão à obediência aos ditames legais, sem tratar, por exemplo, o termo

---

<sup>4</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, Título V, “DA EXECUÇÃO”, Capítulo VI, “DA PRESTAÇÃO DE CONTAS”.

de parceria como se fosse um convênio, cujo regime não admite flexibilidade na gestão dos recursos recebidos. Noutras palavras, há o risco de que o controle de prestação de contas de dado ajuste de parceria acabe sendo feito não à luz da legislação própria, mas em consonância com outra legislação.<sup>5</sup> Contra este problema, entretanto, ainda há remédio, pois se pode lutar pela preservação da legalidade, argumentando-se em prol da obediência à legislação de referência.

## 2. Controle falho ou a destempo da prestação de contas

Uma das constatações do TCU, quando realizou auditorias focalizadas em transferências de recursos da União para entidades privadas sem fins lucrativos, foi a de que muitas das prestações de contas submetidas aos órgãos repassadores de recursos, ainda que eivadas de irregularidades, haviam sido, pura e simplesmente, aprovadas. O diagnóstico do TCU é de que, no mais das vezes, o controle por esses órgãos tem sido falho ou inexistente. É um controle “pró-forma”, voltado a “cumprir” ritos legais, sem qualquer efetiva atenção ao espírito da lei. Ademais, o TCU também constatou, em suas auditorias, que muitas vezes a análise da prestação de contas demora a acontecer, de maneira que entidades que têm diversas prestações de contas pendentes de aprovação acabam sendo contempladas com novos convênios. Enfim, a análise da prestação de contas pelos órgãos repassadores ocorre a destempo.<sup>6</sup>

Com relação a esses problemas – controle falho ou a destempo –, o Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial 127/2008 estiveram, nalguma medida, atentos. Ao instituírem o SICONV, de acesso público pela Internet, para fins de registro de atos e armazenamento eletrônico de informações pertinentes à celebração, liberação de recursos, acompanhamento da execução e prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria, conferiram enorme transparência a todo o ciclo das transferências de recursos da União. Almeja-se que esta transparência dificulte omissões e facilite a identificação de falhas, tanto

---

<sup>5</sup> Sobre a total equiparação dos termos de parceria a convênios pelos órgãos repassadores de recursos, *cf.* o **capítulo 7**, sobre os problemas fundamentais do direito vigente.

<sup>6</sup> A respeito desse diagnóstico do TCU, *cf.* o **capítulo 6**, sobre o **Regime do Controle Externo**.

de controladores como de controlados. A nova regulamentação federal também fixou prazos, bem como conseqüências para o seu descumprimento. À entidade privada sem fins lucrativos que recebe os recursos cumpre “...prestar contas da sua boa e regular aplicação no prazo máximo de trinta dias contados do término da vigência do convênio ou contrato ou do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior àquela do encerramento de vigência.”<sup>7</sup> Recebida a prestação de contas, o concedente deve registrar no SICONV o seu recebimento.<sup>8</sup> Caso não seja recebida dentro do prazo estabelecido, o concedente deve estabelecer o prazo máximo de trinta dias para a sua apresentação, ou recolhimento dos recursos;<sup>9</sup> se, ao término do prazo estabelecido, a entidade conveniada não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos, o concedente deve registrar a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e tomar as providências para a instauração de tomada de contas especial, sob pena de responsabilização solidária.<sup>10</sup> Por outro lado, caso a prestação de contas tenha, efetivamente, sido apresentada, compete ao concedente apreciá-la dentro do prazo de noventa dias, contado da data do seu recebimento.<sup>11</sup> O ato de aprovação deve ser registrado no SICONV, consignando-se, inclusive, declaração expressa do concedente no sentido de ter havido boa e regular aplicação dos recursos transferidos.<sup>12</sup> Na hipótese de não aprovação da prestação de contas e, ainda, tendo sido exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, o concedente deve, sob pena de responsabilização solidária, registrar o fato no SICONV e adotar providências necessárias à instauração de tomada de contas especial.<sup>13</sup>

Como se vê, há um processo de prestação de contas, bem como de análise de contas prestadas, que se procurou disciplinar pela nova regulamentação, de tal forma que, de um modo geral, atrasos sejam evitados e haja conseqüências para a hipótese de serem descumpridos. Uma omissão importante, contudo, é a de eventual conseqüência, caso haja atraso da parte do órgão concedente – ou seja, da autoridade pública responsável – na análise da prestação de contas recebida (a ser feita dentro do prazo de noventa dias contado do seu

---

<sup>7</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, *caput*.

<sup>8</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 58, parágrafo único.

<sup>9</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, § 1º.

<sup>10</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, § 2º.

<sup>11</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 10, § 7º. c/c Portaria Interministerial 127/2008, art. 60, *caput*.

<sup>12</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 60, § 1º.

<sup>13</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 60, § 2º.

recebimento). A responsabilização por omissão, de todo modo, é facilitada pela circunstância de que existem prazos e processos claramente fixados e, ainda, um representante do concedente especialmente designado e registrado no SICONV, encarregado do acompanhamento da execução do convênio ou contrato de repasse<sup>14</sup> e, certamente, interessado em zelar pela presteza do processo, sob pena de responsabilidade.

Resta saber se, também nesta matéria, por ausência de disciplina legal suficiente, haverá alterações freqüentes na regulamentação editada e, assim, maior insegurança jurídica para os envolvidos.

### **3. Prestação de contas dos resultados alcançados ou dos meios empregados?**

Como visto no **capítulo 3**, os **Regimes das OS e da OSCIP** introduziram inovações no ordenamento jurídico em matéria de prestação de contas ao Estado, por entidades privadas sem fins lucrativos, acerca da execução de parcerias firmadas. Tais inovações tiveram o propósito de viabilizar o controle de resultados das parcerias, cuja importância foi tão enfatizada à época. Traduziram-se, sobretudo, na previsão legal de um conjunto já citado de obrigações específicas a serem cumpridas pelas entidades privadas, como a de fixação de critérios objetivos de avaliação de desempenho na execução da parceria, baseados em indicadores de resultado, qualidade ou produtividade;<sup>15</sup> e a de discriminação, em relatório sobre a execução do objeto, de comparativo específico entre metas propostas com os resultados alcançados.<sup>16</sup>

Esta forte tônica numa prestação de contas orientada para um controle de resultados, contida nas Leis das OS e das OSCIP, não encontra paralelo, contudo, no **Regime das Entidades Conveniadas**. Neste, a disciplina conferida à prestação de contas pela via infralegal demonstra alguma preocupação com um controle de resultados, mas também enfatiza sobremaneira o controle de meios. Esta indefinição do paradigma a ser seguido pelos

---

<sup>14</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 53, *caput*.

<sup>15</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, III, referente às OSCIP; e Lei 9.637/98, art. 7º, I, referente às OS.

<sup>16</sup> Cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP; e Lei 9.637/98, art. 2º, I, *f*, referente às OS.

diversos regimes é indesejável, na medida em que permite que entidades colaborando com o Poder Público na execução de idênticos objetos fiquem sujeitas, conforme o tipo de instrumento de parceria, a controles diferenciados, sem que haja uma justificativa racional para esta disparidade de tratamentos.

É bem verdade, por outro lado, que a ênfase no controle dos resultados alcançados por entidades sem fins lucrativos na prestação de seus serviços enseja algumas dificuldades. Vale conferir o relato de Peter FRUMKIN acerca das dificuldades enfrentadas pelas entidades sem fins lucrativos nos Estados Unidos, onde, segundo relata, “...pressões financeiras e competitivas no setor [sem fins lucrativos] tem levado a uma ênfase maior na mensuração do desempenho”<sup>17</sup> das organizações. Veja-se:

“Apesar de o setor ter tomado medidas significativas em direção à sua profissionalização, há pouco consenso sobre o que constitui boa avaliação dentro do setor sem fins lucrativos, o que deveria ser medido, e como indicadores de desempenho deveriam ser utilizados por doadores e clientes para estabelecer a efetividade dos serviços. Alguns produtos da atividade sem fins lucrativos são difíceis de rastrear, enquanto outros são mais transparentes. A avaliação de resultados no setor sem fins lucrativos revela-se complicada pela variedade de partes que têm interesse no que acontece com estas organizações. Isto, por sua vez, torna difícil assegurar que avaliações, uma vez conduzidas, sejam realmente utilizadas para modificar e aperfeiçoar práticas.”<sup>18</sup>

O autor segue relatando que a luta para se encontrar as ferramentas adequadas para lidar com o desafio da avaliação de desempenho está ocorrendo ao mesmo tempo em que “...as entidades sem fins lucrativos estão sendo requisitadas, em vários contratos com o governo, a produzir resultados claramente especificados, e não apenas documentação de unidades de serviço prestado.”<sup>19</sup> Atento a este contexto, ela faz uma interessante avaliação do fenômeno do crescimento das contratações baseadas na *performance* das entidades sem fins lucrativos:

“Enquanto firmas com fins lucrativos estão acostumadas a focar na mensuração de *performance*, o crescimento das contratações baseadas em resultados e em *performance* coloca tanto uma oportunidade quanto um desafio

---

<sup>17</sup> *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*, p. 85.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 85-86.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 86.

para as entidades sem fins lucrativos. De um lado, um maior interesse em resultados irá focar energias no alcance de resultados concretos e ajudará entidades sem fins lucrativos no enfrentamento de algumas das dificuldades de efetiva realização de mensurações significativas de *performance*. Ao mesmo tempo, à medida que o governo procura focar nos resultados programáticos das organizações que subvenciona, um novo tipo de liberdade pode ser tornar possível para as entidades sem fins lucrativos. Contratações baseadas em *performance* têm o potencial de liberar entidades sem fins lucrativos de várias das regulamentações de procedimentos, de muito da pesada supervisão, e das extensivas demandas de prestação de contas que há muito têm caracterizado os contratos governamentais. Uma vez que o pagamento é efetuado apenas mediante alcance de um específico resultado, seja este uma recolocação profissional ou uma reabilitação física, as entidades sem fins lucrativos podem inovar de maneira razoavelmente ampla na sua busca pelo sucesso. Há, contudo, um lado negro nesse desenvolvimento: contratações baseadas em *performance* são vistas como uma ameaça a determinados aspectos da tradição filantrópica. Uma vez que o pagamento é condicionado ao sucesso, as entidades podem ser tentadas a pinçar os melhores clientes e servir apenas àqueles mais fáceis de serem atendidos. Se isto ocorrer, pressões financeiras para produzir resultados ‘bem-sucedidos’ podem comprometer a habilidade das entidades de alcançarem os mais necessitados e perseguirem justiça social.”<sup>20</sup>

Em resumo, a avaliação é a de que, se, por um lado, a ênfase num controle dos resultados das parcerias pode conferir maior liberdade às entidades sem fins lucrativos para eleger os meios de alcance dos resultados programados, ficando, pois, menos oneradas pela necessidade de atendimento a exigências procedimentais tipicamente efetuadas pelo Estado, isto pode surtir o efeito indesejável de estimulá-las a colocar excessivo foco em resultados fáceis de atingir, em detrimento do atendimento à clientela mais necessitada e difícil de atender.

À luz da realidade brasileira, esta dificuldade também se afigura plausível, além das outras mencionadas quanto à definição dos tipos de produto, de resultado, que deveriam ser medidos. Esta avaliação da experiência norte-americana, especialmente dos desafios enfrentados no controle de resultados da atuação das entidades sem fins lucrativos, é útil para pensar-se sobre dificuldades semelhantes vividas no Brasil, especialmente quando a legislação

---

<sup>20</sup> *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*, p. 86.

mais moderna acerca do assunto – Leis das OSCIP e das OS – reclamam um controle de resultados, em consonância com as LDO<sup>21</sup> e com a Constituição Federal (cf. art. 74, II).<sup>22</sup>

Some-se o desafio – certamente existente no caso brasileiro, mas também, provavelmente, em outros países –, de não se permitir que o “predomínio de uma verificação de resultados” seja confundido com uma “tolerância a ilegalidades, desde que resultados sejam apresentados”. Com efeito, desde que a busca por *eficiência* foi explicitamente introduzida no Texto Constitucional, por meio da Reforma Administrativa dos anos 90, como um dos princípios da administração pública brasileira, discute-se qual o seu significado. Segundo Odete MEDAUAR, “...o princípio da eficiência determina que a Administração Pública deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.”<sup>23</sup> Mas, ao mesmo tempo, esclarece: “O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.”<sup>24</sup> Na mesma linha, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO adverte que o princípio da eficiência só pode ser concebido “...na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.”<sup>25</sup> À luz dessas opiniões doutrinárias, fica claro que a busca por resultados, a buscar por eficiência, só tem lugar dentro da legalidade. Assim, por exemplo, desvios de recursos transferidos no bojo de parceria do Estado com o terceiro setor, para o enriquecimento ilícito de gestores privados ou públicos, devem, sim, ser apurados e os seus responsáveis punidos, independentemente de os resultados avançados terem ou não sido atingidos. Por certo, uma prestação de contas focada em resultados alcançados com a execução de uma parceria não deve elidir a responsabilidade, da entidade que presta contas, de agir com probidade no dispêndio dos recursos que lhe tenham

---

<sup>21</sup> Sobre a previsão nas LDO federais de uma avaliação dos resultados obtidos com a execução dos programas orçamentários, cf. o **capítulo 4** desta tese, sobre o **Regime Orçamentário-Financeiro**.

<sup>22</sup> Sobre a exigência constitucional de avaliação dos resultados obtidos com a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, cf. os **capítulos 5 e 6**, sobre os **Regimes do Controle Interno e Externo**, respectivamente.

<sup>23</sup> *Direito administrativo moderno*, p. 129.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>25</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 118.

sido transferidos; tampouco pode elidir o dever, do órgão de controle, de apurar e punir os responsáveis por atos de improbidade no dispêndio desses recursos.

De todo modo, a falta de um paradigma legislativo claro acerca de qual deve ser o foco da prestação de contas da aplicação de recursos públicos recebidos em transferência, por entidade do terceiro setor, pode gerar dificuldades – tanto para o órgão controlador, quanto para a entidade controlada. Se os objetivos do controle não forem claros, como poderá sê-lo a prestação de contas?

## **Conclusão**

O diagnóstico acerca do direito vigente em matéria de controle posterior à transferência de recursos a entidades do terceiro setor é o de que, na atualidade, sua disciplina é insuficientemente dada por lei. Quem a estabelece, fundamentalmente, são os regulamentos. Mesmo a reforma da regulamentação federal pertinente ao **Regime das Entidades Conveniadas**, desencadeada nos últimos anos, tem procurado enfrentar os problemas das normas pertinentes à matéria – inclusive os apontados pelo TCU – pela via infralegal. Mais uma vez, contudo, o risco que se corre é de uma disciplina normativa instável, tal como foi a dada pela IN/STN 01/97. Outro risco é o de que as boas inovações eventualmente introduzidas pela via infralegal, como as que venham a evitar análises de prestações de conta falhas ou a destempo (contidas no Decreto 6.170/2007 e na Portaria Interministerial 127/2008), não alcancem todas as parcerias do Estado com o terceiro setor. Igualmente, as boas inovações previstas em **Regimes Especiais**, como o controle de resultados sob a Lei das OSCIP, correm o risco de terem o seu alcance circunscrito a um pequeno universo de parcerias. Podem-se criar, assim, situações injustas, de menoscabo ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei (art. 5º., *caput*) e do seu consectário, o princípio da impessoalidade na administração pública (art. 37, *caput*), à medida que determinadas soluções infralegais restrinjam-se ao controle posterior sobre um tipo de parceria, mas não alcancem outros tipos que tratem de objetos idênticos e parceiros idênticos, sem qualquer justificativa racional para tanto.

Mais do que a reforma de **Regimes Especiais** de controle de transferências pela via infralegal, o desafio maior, diante desse diagnóstico, parece ser o de uma reforma legal, que trate dos temas referentes ao controle posterior às transferências (prestação de contas final e responsabilização por danos ao erário e ilegalidades) em âmbito legal, não regulamentar. Se existem leis que trataram do controle posterior – como as Leis das OSCIP e das OS –, inclusive apresentando soluções auspiciosas como o controle dos resultados alcançados com a execução das parcerias, infelizmente estas leis ainda são periféricas, não se aplicando à grande maioria dos ajustes de parceria entre Estado e terceiro setor.

## **PARTE 3 – AS REFORMAS PROPOSTAS**

### PARTE 3

## AS REFORMAS PROPOSTAS

O direito vigente sobre controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor precisa ser aperfeiçoado? Em caso positivo, em quais aspectos e como isto pode ser feito? Estas são as indagações centrais que norteiam este trabalho.

Para respondê-las procurou-se evidenciar, primeiramente, qual o atual estágio do controle exercido pelo Estado brasileiro sobre as transferências de recursos públicos a tais entidades. Colheram-se elementos da legislação, da jurisprudência do TCU, das apurações das CPIs e da atuação da CGU, com vistas à composição de um panorama descritivo, capaz de retratar aspectos relevantes do modo pelo qual o direito rege este controle na atualidade. Este retrato foi feito na **parte 1**.

Feita esta descrição do direito vigente, apontaram-se os principais desafios que o panorama jurídico assim construído suscita na atualidade – lacunas legais, excessiva fragmentação e inconsistências que fazem com que, no geral, haja ainda insatisfação quanto à atividade de controle realizada pelo Estado brasileiro. Este diagnóstico de problemas do direito vigente foi feito na **parte 2**.

Espera-se ter demonstrado, nas duas primeiras partes do trabalho, que o vigente sistema de controle estatal necessita, sim – urgentemente –, ser aprimorado. A questão a ser respondida, doravante, é: como aprimorá-lo? É a ela que vai dedicada a **parte 3**. Nela são examinados projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, assim como dois anteprojetos de lei, que tratam do tema. Busca-se descrever *se* tais propostas enfrentam os problemas já diagnosticados quando da análise do direito vigente e, em caso positivo, *de que maneira* o fazem; além disso, discute-se a *qualidade* das soluções existentes à mesa. Toda essa análise de proposições legislativas é feita no **capítulo 11**. Em seguida, no **capítulo 12**, buscam-se nos direitos estadunidense e espanhol eventuais soluções oferecidas para problemas semelhantes aos encontrados na legislação brasileira. Finalmente, no **capítulo 13**, apresenta-se uma proposta de reforma do direito vigente no Brasil.

## CAPÍTULO 11

### SOLUÇÕES EM PROJETOS E ANTEPROJETOS DE LEI

Introdução. **1.** Panorama **1.1.** Projetos de lei. **1.2.** Anteprojetos de lei. **2.** Análise. **2.1.** Um conceito jurídico de terceiro setor. **a)** Projetos de lei. **b)** Anteprojetos de lei. **2.2.** Cadastros nacionais. **a)** Projetos de lei. **b)** Anteprojetos de lei. **2.3.** Credenciamento de entidades. **a)** Projetos de lei. **b)** Anteprojetos de lei. **2.4.** Processo de seleção. **a)** Projetos de lei. **b)** Anteprojetos de lei. **2.5.** Contrato de parceria. **a)** Projetos de lei. **b)** Anteprojetos de lei. **2.6.** Prestação de contas. **a)** Projetos de lei. **b)** Anteprojetos de lei. **3.** Conclusão.

#### Introdução

Diversos projetos de lei que tangenciam o tema do controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor tramitam no Congresso Nacional. Há ainda dois anteprojetos de lei, concluídos no ano de 2009, que tratam do tema. **Neste capítulo** estas propostas são examinadas. Busca-se descrever *se* tais propostas enfrentam os problemas já diagnosticados quando da análise do direito vigente e, em caso positivo, *de que maneira* o fazem; além disso, discute-se a *qualidade* das soluções existentes à mesa.

Para tanto, inicia-se com a apresentação de panorama descritivo dos projetos de lei e anteprojetos de lei existentes (**item 1**). Passa-se, em seguida, a analisá-los (**item 2**). Sintetizam-se, ao final, as conclusões alcançadas (**item 3**).

#### 1. Panorama

##### 1.1. Projetos de lei

As proposições legislativas atualmente em tramitação no Congresso Nacional podem ser classificadas em dois grandes grupos.

O primeiro é o grupo das proposições relacionadas à *reforma dos sistemas de credenciamento e outorga de exonerações tributárias a entidades de assistência social*. É composto pelo Projeto de Lei do Senado 462, de 2008, e pelo Projeto de Lei 3.021, também de 2008 (este iniciado na Câmara dos Deputados), destinados, ambos, a reger os sistemas de credenciamento de entidades de assistência social e de outorga de exonerações tributárias a tais entidades. Ainda no âmbito deste grupo, vale a menção aos Projetos de Decreto Legislativo 1.378 e 1.379, ambos de 2009, propostos na Câmara dos Deputados e destinados a regulamentar as relações jurídicas constituídas sob a vigência da rejeitada Medida Provisória 448, de 2008. Embora estes dois últimos já tenham sido arquivados, ambos constituem peças importantes para a compreensão do atual momento de discussão de reformas na assistência social pelo qual passa o Estado brasileiro, como se explicará adiante.

O segundo grupo é composto pelas proposições relativas à *reforma dos sistemas de registro, fiscalização e controle de ONGs no país*. Mais abrangente do que o primeiro movimento – focado na assistência social –, este envolve todas as ONGs. Nele se destaca o Projeto de Lei 3.877, de 2004, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, mas cuja origem é o Projeto de Lei do Senado 07, de 2003, que fora proposto pela “CPI das ONGs de 2001/2002”, constituída e levada a cabo no Senado Federal.<sup>1</sup> Trata-se de proposição que se pretende abrangente, versando sobre os sistemas de registro, controle e fiscalização de ONGs no país, com alguma atenção especial voltada à atuação das ONGs estrangeiras no território nacional. É a proposição que alcançou maior evidência no debate público até o momento, por pelos menos duas razões: já recebeu uma aprovação do Senado, o que naturalmente a pôs em evidência; e resultou, ao menos em tese, de trabalho parlamentar específico, focado no tema, realizado no âmbito da citada CPI. Também integra este segundo grupo de proposições o Projeto de Lei 1.449, de 2007, que, bem mais pontual, pretende alterar a Lei das OS para exigir licitação pública para fins de credenciamento de entidades como OS (deixando para um futuro regulamento a tarefa de explicitar e tornar exequível a proposta, à qual alude sem um mínimo detalhamento).

---

<sup>1</sup> A respeito desta CPI, cf. **capítulo 6**.

Há, por fim, outras proposições que estão na pauta do Congresso, mas que não se enquadram em nenhum dos dois grupos ou movimentos de reforma supra-referidos. Trata-se, assim, de um conjunto miscelâneo de propostas. Uma delas é o Projeto de Lei 1.639, de 2003, que institui um programa e um fundo nacional “de estímulo ao terceiro setor”, ambos voltados a entidades prestadoras de serviços públicos essenciais a populações carentes ou outros grupos tidos como hipossuficientes no âmbito das relações sociais.

A seguir apresenta-se a lista destas proposições legislativas em tramitação, agrupadas segundo os movimentos de reforma supra-referidos.

**Tabela 11.1 – Proposições no Congresso Nacional  
para reforma da legislação do terceiro setor**

<b>Proposição</b>	<b>Ementa</b>	<b>Autor</b>	<b>Data da apresentação</b>	<b>Proposição originária</b>
<i><b>A reforma da certificação e das exonerações tributárias na assistência social</b></i>				
<b>PDC 1.379/2009</b>	Disciplina as relações jurídicas decorrentes da rejeição da Medida Provisória nº 446, de 07 de novembro de 2008 na sessão de 10 de fevereiro de 2009.	Raul Jungmann – PPS/PE	05.03.2009	É a própria.
<b>PDC 1.378/2009</b>	Disciplina as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória nº 446 de 2008.	Luciana Genro – PSOL/RS	03.03.2009	É a própria.
<b>PLS 462/2008</b>	Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social, e dá outras providências.	Senador Romero Jucá –	02.12.2008	É a própria.
<b>PL 3.021/2008</b>	Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social e dá outras providências.	Poder Executivo	17.03.2008	É a própria.
<i><b>A reforma dos sistemas de registro, controle e fiscalização de ONGs</b></i>				
<b>PL 1.449/2007</b>	Acrescenta e altera dispositivo da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais.	Deputado Vital do Rêgo Filho – PMDB/PB	28.06.2007	É a própria.
<b>PLS 7/2003</b>	Dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das organizações não-governamentais e dá outras providências.	Senado Federal – “CPI das ONGs de 2001/2002”	18.2.2003	É a própria.
<b>PL 3.877/2004</b>	Dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das Organizações Não-Governamentais e dá outras providências.	Senado Federal – “CPI das ONGs de 2001/2002”	30.06.2004	PLS 7/2003
<i><b>Outras proposições</b></i>				
<b>PL 1.639/2003</b>	Institui o Programa de Estímulo ao Terceiro Setor, o Fundo Nacional de Estímulo ao Terceiro Setor e dá outras providências.	Eliseu Padilha – PMDB/RS	07.08.2003	É a própria.

Sobre as proposições legislativas voltadas à reforma do sistema de registro, controle e fiscalização das ONGs, importa mencionar que as principais medidas nelas previstas estão

hoje consubstanciadas no PL 3.877/2004. São quatro, basicamente: *i*) criação do dever de prestação de contas ao Ministério Público, anualmente, pelas entidades sem fins lucrativos, acerca dos recursos de origem pública e privada que tenham recebido;<sup>2</sup> *ii*) criação do Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais, administrado pelo MJ, para todas as ONGs atuantes no país, bem como de um rol de informações a serem prestadas por essas entidades por ocasião de sua inscrição;<sup>3</sup> *iii*) condicionamento do recebimento de benefícios decorrentes do fomento governamental por qualquer ONG cadastrada – tanto benefícios diretos (por exemplo, subvenções) como indiretos (tais como favores fiscais) – ao seu prévio credenciamento como OSCIP, Entidade de Utilidade Pública, Entidade Beneficente de Assistência Social, OS ou Entidade de Apoio;<sup>4</sup> e *iv*) condicionamento do desenvolvimento de atividades no país por ONGs estrangeiras a uma prévia autorização do MJ.<sup>5</sup>

## 1.2. Anteprojetos de lei

Há dois anteprojetos de lei que tocam em aspectos importantes das relações entre Estado e entidades do terceiro setor na atualidade. Um é o Anteprojeto de Lei Estatuto do

---

<sup>2</sup> Nos seguintes termos: “Art. 2º. As Organizações Não-Governamentais (ONGs) prestarão contas anualmente dos recursos recebidos por intermédio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada, inclusive doações, ao Ministério Público, independentemente da prestação de contas aos respectivos doadores.”

<sup>3</sup> Nos seguintes termos: “Art. 3º. Fica criado o Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO), administrado pelo Ministério da Justiça, no qual serão inscritas todas as Organizações Não-Governamentais (ONGs) atuantes, a qualquer título, no País. § 1º. Por ocasião da inscrição de que trata o *caput* deste artigo, a Organização Não-Governamental (ONG) prestará esclarecimentos sobre suas fontes de recursos, linhas de ação, tipos de atividades, de qualquer natureza, que pretenda realizar no Brasil, o modo de utilização de seus recursos, a política de contratação de pessoal, os nomes e qualificação de seus dirigentes e representantes e quaisquer outras informações que sejam consideradas relevantes para a avaliação de seus objetivos. § 2º. [...]”

<sup>4</sup> Nos seguintes termos: “Art. 4º. Somente poderão ser beneficiárias de fomento governamental, através de convênios, incentivos sob a forma de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais ou transferências orçamentárias, as Organizações Não-Governamentais (ONGs) inscritas no Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO) que sejam qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Parágrafo único. A qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é dispensada para as Organizações Não-Governamentais (ONGs) que detiverem pelo menos uma das seguintes qualificações: I – Título de Utilidade Pública, conferida na forma da Lei nº. 91, de 28 de agosto de 1935, regulamentada pelo Decreto nº. 50.517, de 2 de abril de 1961; II – Atestado de Registro fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), previsto na Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, alterada pela Medida Provisória nº. 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; III – Qualificação como Organização Social, instituída pela Lei nº. 9.637, de 15 de maio de 1998; IV – Condição de Entidade de Apoio, disciplinada pela Lei nº. 8.958, de 20 de dezembro de 1994.”

<sup>5</sup> Nos termos seguintes: “Art. 5º. Fica condicionada a prévia autorização do Ministério da Justiça, conforme dispuser regulamento, o desenvolvimento de atividades no País por parte de Organizações Não-Governamentais (ONGs) estrangeiras.”

Terceiro Setor, elaborado pelo Instituto Pro Bono e pelo professor Gustavo Justino de Oliveira, da Universidade de São Paulo.<sup>6</sup> Outro é o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, elaborado por comissão de juristas constituída para esse fim pela Portaria MPOG 426, de 6 de dezembro de 2007 (alterada pela Portaria MPOG 84, de 23 de abril de 2008).<sup>7</sup> Podem vir a ser elaborados, em breve, outros anteprojetos (ou projetos de lei) pertinentes às relações entre o Estado e o terceiro setor por ocasião da conclusão dos trabalhos da “CPI das ONGs de 2008/2009” (em andamento no Senado Federal).<sup>8</sup>

A diferença fundamental entre um e outro anteprojeto reside no fato de que o primeiro, atinente ao chamado Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, pretende disciplinar as *entidades do terceiro setor e suas múltiplas relações com outros atores sociais* – como as suas relações com seus próprios trabalhadores (tanto empregados como voluntários), com as empresas, com o Estado (relações de tributação, de controle e parceria), com outras entidades do terceiro setor e mesmo com outras entidades integrantes da sociedade civil (isto é, pertencentes à sociedade civil, embora não ao terceiro setor). Já o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, no que toca ao terceiro setor, pretende disciplinar, apenas, os vínculos de colaboração entre o Estado e as entidades do terceiro setor. O objeto dos dois anteprojetos, portanto, é bem distinto, já que um tem como eixo estruturante as organizações do terceiro setor e, o outro (na parte relevante), apenas seus vínculos de colaboração com o Estado.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Referido anteprojeto de lei foi elaborado pelo Instituto Pro Bono e o Professor Gustavo Justino de Oliveira e apresentado à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em 2009, como parte integrante de um Relatório Final de Trabalho, intitulado “Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa”. O trabalho foi realizado durante os meses de julho de 2008 a março de 2009, no âmbito do programa “Pensando o Direito”, promovido pela citada secretaria federal em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Em outubro de 2008 fui convidado pelo Instituto Pro Bono e o Professor Gustavo Justino de Oliveira (coordenador do projeto) para, na fase de pesquisas sobre legislações internacionais, oferecer contribuição voluntária. Tendo aceito o convite, elaborei relatório de pesquisa sobre o direito do terceiro setor nos Estados Unidos da América e na Inglaterra e o apresentei em dezembro de 2008. Entretanto, não participei da fase de elaboração do anteprojeto de lei, o qual é da responsabilidade de seus autores.

<sup>7</sup> Referida comissão foi integrada pelos professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira. Para uma síntese das iniciativas anteriores de reforma administrativa no Brasil, cf. Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, pp. 163-182.

<sup>8</sup> Sobre a “CPI das ONGs de 2008/2009”, cf. **capítulo 6**.

<sup>9</sup> Esta clara distinção não elide o fato de que há algum grau de sobreposição, sim, ainda que pequeno, entre os objetos dos dois anteprojetos, exatamente naquilo em que o Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor trata como relações de controle sobre as entidades do terceiro setor e relações de parceria dessas entidades com o Estado, e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública trata como atividades de controle da

O quadro a seguir reporta-se aos dois anteprojetos em questão, cujos principais aspectos (para além da distinção de objeto já apontada) são apresentados na seqüência.

**Tabela 11.2 – Anteprojetos de lei sobre reforma da legislação do terceiro setor**

<b>Anteprojeto</b>	<b>Ementa</b>	<b>Autor</b>	<b>Data da apresentação</b>
<b>Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública</b>	Estabelece normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração.	Comissão de juristas	Julho de 2009
<b>Anteprojeto de Lei Estatuto do Terceiro Setor</b>	Institui o Estatuto do Terceiro Setor e dá outras providências.	Instituto Pro Bono e Prof. Gustavo Justino de Oliveira	Março de 2009

Além da fundamental diferença de foco entre ambos os anteprojetos, cada qual tem os seus aspectos de relevo, que merecem ser apontados.

Cabe destacar seis aspectos do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública: *i*) o seu conteúdo vai além do mero tratamento de questões atinentes à administração pública federal, já que suas normas se pretendem nacionais (isto é, válidas não só para a União, mas também para os Estados, Distrito Federal e Municípios);<sup>10</sup> *ii*) vai além, ainda, do tratamento da administração pública, tanto direta como indireta (segundo a tradicional distinção entre administração direta e indireta por ele mantida), para abranger também o tratamento de outras duas categorias de entidades que atuam paralelamente ao Estado, sem integrá-lo, que são as *entidades paraestatais* e as *entidades de colaboração*; *iii*) institui e disciplina um novo tipo de contrato, ao qual dá o nome de *contrato público de colaboração*, aplicável toda vez que o Poder Público mantenha *vínculo de colaboração* com entidade não estatal de direito privado

---

administração pública e vínculos de colaboração entre entidades do terceiro setor e o Estado. Sobre estas áreas de sobreposição se tratará adiante.

<sup>10</sup> Nesse sentido, o anteprojeto “estabelece normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração” (*cf.* ementa e art. 1º.), deixando transparecer, especialmente com a alusão a *normas gerais*, a sua intenção de aplicabilidade em âmbito nacional. Na mesma linha, a exposição de motivos do anteprojeto de lei procura esclarecer que ele estabelece normas de direito público que derrogam normas de direito civil, em especial as pertinentes às pessoas jurídicas, o que só seria possível por lei de âmbito nacional (tendo em vista o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, que atribui competência privativa à União para legislar sobre direito civil).

sem fins lucrativos; *iv*) institui e disciplina certo *planejamento estatal*, com exigência de *participação popular*, de observância obrigatória para a celebração do novo tipo de contrato; *v*) institui e disciplina um *processo administrativo*, ao qual dá o nome de *chamamento público*, que também impõe como de observância obrigatória para a celebração do novo tipo de contrato e, ainda, que deve ser realizado em consonância com os princípios constitucionais e legais da administração pública, especialmente os da *publicidade, isonomia e motivação*; e, por fim, *vi*) impõe limites às competências dos órgãos estatais de controle relativamente a esses contratos celebrados entre o Poder Público e entidades do terceiro setor.

Tudo isso o faz um anteprojeto de lei que enfrenta boa parte dos problemas do direito vigente no Brasil em matéria de controle estatal das transferências de recursos para o terceiro setor, destacados nos **capítulos 7, 8, 9 e 10** desta tese. É o que resultará claro de sua análise no **tópico seguinte**.

Já o Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor apresenta os seguintes aspectos merecedores de destaque: *i*) o seu conteúdo consiste, essencialmente, numa sistematização do direito vigente, isto é, das disposições sobre entidades do terceiro setor que se encontram esparsas na Constituição<sup>11</sup> e nas leis,<sup>12</sup> sem alterá-las substancialmente; nessa

---

<sup>11</sup> Exemplos de normas constitucionais às quais esse anteprojeto faz remissão expressa ou implícita, para o fim de reforçar que são aplicáveis às entidades do terceiro setor, são: *i*) as normas atinentes aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (arts. 1º. e 3º.), nas quais se baseia, ao menos em parte, o art. 7º. do anteprojeto de lei; *ii*) normas pertinentes ao pleno direito de associação (art. 5º., XVII), reafirmadas pelo art. 9º. do anteprojeto de lei; *iii*) normas pertinentes à criação de associações (art. 5º., XVIII), reforçadas pelos artigos 13 e 43 do anteprojeto de lei; *iv*) normas que impõem limites à dissolução e à suspensão das atividades de associações (art. 5º., XIX), reafirmadas pelo art. 44 do anteprojeto de lei; *v*) normas pertinentes à atividade de controle exercida pelo Poder Legislativo por intermédio de comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º.), que o art. 47 do anteprojeto de lei pretende aplicar às entidades do terceiro setor; e *vi*) normas pertinentes à atividade de fiscalização do Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70, parágrafo único), referidas pelo art. 48 do anteprojeto de lei.

<sup>12</sup> Exemplos são: *i*) as normas pertinentes à criação, estrutura, organização, funcionamento e finalidades das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (Código Civil e legislação especial), referidas pelos artigos 3º., 9º. e 11 do anteprojeto de lei; *ii*) as normas pertinentes à qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos no setor de assistência social (Lei federal 8.742/93 e Decreto 2.536/98), referidas pelo art. 3º., inciso VI, do anteprojeto de lei; *iii*) normas pertinentes à qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como entidade de utilidade pública (Lei federal 91/35 e Decreto 50.517/61), referidas pelo art. 3º., VII, do anteprojeto de lei; *iv*) normas pertinentes à qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como OSCIP (Lei federal 9.790/99), referidas pelo art. 3º., VIII, do anteprojeto de lei; *v*) normas pertinentes às cooperativas sociais (Lei federal 9.867/99), referidas pelo art. 3º., XII, do anteprojeto de lei; *vi*) normas pertinentes à autorização de funcionamento de organizações estrangeiras no Brasil (Decreto-lei 4.657/42), referidas pelo art. 3º., XV, do anteprojeto de lei; *vii*) as normas pertinentes ao cumprimento do requisito de ser entidade “sem fins lucrativos”

sistematização ainda são incorporadas algumas disposições inspiradas, aparentemente, em projetos de lei que se encontram em tramitação no Congresso Nacional;<sup>13</sup> *ii*) apresenta uma

---

para a obtenção do título especial de OSCIP (Lei federal 9.790/99, art. 1º, § 1º), nas quais se inspira o art. 10, *caput*, do anteprojeto de lei; *viii*) normas constantes da Lei de Registros Públicos que vedam o registro dos atos constitutivos de pessoas jurídicas quando sejam estas destinadas a fins ilícitos (Lei federal 6.015/73, art. 115, *caput* e parágrafo único), referidas pelo art. 13, parágrafo único, do anteprojeto de lei; *ix*) normas pertinentes ao cumprimento de requisitos de boa governança para a obtenção, pela entidade do terceiro setor, de qualificação como OSCIP (Lei federal 9.790/99, art. 4º, III, sobre a constituição de Conselho Fiscal ou órgão equivalente, e art. 4º, VII, alíneas *a* a *d*, sobre a prestação de contas pela entidade), nas quais parecem ter se inspirado o art. 14, incisos VI, VII e VIII, assim como os artigos 39 e 40, do anteprojeto de lei; *x*) normas pertinentes ao controle social de vínculos de colaboração entre o Poder Público e entidades qualificadas como OSCIP (Lei federal 9.790/99, art. 11, *caput* e §§ 1º a 3º), ou pertinentes ao controle social sobre a gestão de entidades qualificadas como OS (Lei Federal 9.637/98, art. 3º), nas quais parece ter se inspirado o art. 14, IX, do anteprojeto de lei; *xi*) as normas disciplinadoras de relações trabalhistas (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e legislação trabalhista especial), referidas pelos arts. 15 e 16 do anteprojeto de lei; *xii*) as normas pertinentes ao estágio de estudantes (Lei federal 11.788/08), referidas pelo art. 18 do anteprojeto de lei; *xiii*) normas pertinentes ao serviço voluntário, constantes da Lei do Voluntariado (Lei federal 9.608/98), reafirmadas pelos artigos 19 a 22 do anteprojeto de lei; *xiv*) as normas pertinentes ao contrato de prestação de serviços (Código Civil e legislação especial), referidas pelos artigos 23 e 25 do anteprojeto de lei; *xv*) as normas pertinentes ao contrato administrativo de prestação de serviços (Lei federal 8.666/93), referidas pelo art. 28 do anteprojeto de lei; *xvi*) normas pertinentes à tributação do terceiro setor, notadamente as instituidoras de imunidades e isenções tributárias para as entidades privadas sem fins lucrativos e as instituidoras de benefícios tributários às pessoas físicas e jurídicas que as apóiem (Constituição Federal, artigos 150, VI, *c* e § 4º, e legislação tributária), referidas pelo art. 29 do anteprojeto de lei; *xvii*) normas pertinentes ao conteúdo dos termos de parceria entre o Estado e entidades qualificadas como OSCIP (Lei federal 9.790/99, art. 10), nas quais parece ter buscado inspiração o art. 32 do anteprojeto de lei; *xviii*) normas pertinentes à ação de prestação de contas (Código de Processo Civil, art. 914), cuja aplicabilidade às entidades do terceiro setor é reforçada pelo art. 41 do anteprojeto de lei; *xix*) as normas pertinentes à aplicação de sanções por improbidade administrativa a entidades qualificadas como OSCIP parceiras do Estado (Lei federal 9.790/99, art. 13, *caput*), nas quais parece ter buscado inspiração o art. 35 do anteprojeto de lei; *xx*) todas às normas pertinentes ao credenciamento de entidades do terceiro setor (sobre tais normas, *cf. capítulo 3* desta tese), às quais faz remissão o art. 46 do anteprojeto de lei; *xxi*) normas pertinentes à sanção de cassação da credencial especial outorgada à entidade privada sem fins lucrativos (como, por exemplo, as constantes da Lei federal 9.637/98, art. 16, que trata da desqualificação de entidade como OS, ou da Lei federal 9.790/99, art. 7º, que trata da desqualificação de entidade como OSCIP, ou da Lei federal 91/35, art. 5º, que trata da cassação da declaração de entidade como de Utilidade Pública, ou, ainda, do Decreto 2.536/98, art. 7º, que trata da cassação do antigo Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, atualmente chamado Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social), nas quais parece ter buscado inspiração o art. 43, parágrafo único, inciso I, do anteprojeto de lei; *xxii*) normas pertinentes à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações destinadas à dissolução e suspensão de atividades de associações (Decreto-lei 41/66), referidas pelo art. 52 do anteprojeto de lei; e *xxiii*) normas pertinentes à denúncia de irregularidades cometidas por entidades qualificadas como OSCIP por qualquer cidadão (Lei federal 9.790/99, art. 8º), nas quais parece ter buscado inspiração, ao menos em parte, o art. 55 do anteprojeto de lei.

<sup>13</sup> São exemplos: *i*) normas que condicionam a obtenção de recursos financeiros públicos a título de fomento, por organizações não-governamentais, à prévia inscrição num cadastro nacional de organizações não-governamentais (Projeto de Lei 3.877/2004, art. 4º), nas quais parece ter buscado inspiração o art. 34 do anteprojeto de lei, que, da mesma forma, condiciona a obtenção de recursos do gênero por entidades do terceiro setor à prévia inscrição num cadastro nacional de entidades do terceiro setor; *ii*) normas pertinentes à criação desse cadastro de organizações não-governamentais (Projeto de lei 3.877/2004, art. 3º, *caput* e §§ 1º e 2º), nas quais parece terem buscado inspiração os artigos 64, 65 e 66 do anteprojeto de lei, que, de forma semelhante, tratam da instituição de um cadastro nacional de entidades do terceiro setor; *iii*) normas pertinentes à criação de um programa nacional de estímulo ao terceiro setor (Projeto de lei 1.639/2003, art. 2º), nas quais parece ter buscado inspiração o art. 57, *caput*, do anteprojeto de lei, que, de forma análoga, institui uma política nacional para o desenvolvimento do terceiro setor; e *iv*) normas pertinentes à criação de um fundo nacional para o estímulo ao terceiro setor (Projeto

definição de *terceiro setor*, a fim de delimitar o seu âmbito subjetivo de aplicação; *iii*) dedica um título específico ao controle das entidades do terceiro setor; *iv*) institui um Cadastro Nacional de Entidades do Terceiro Setor, a ser administrado pelo MJ; *v*) faz uma distinção entre *contratos* e *parcerias* com entidades do terceiro setor, com reflexos importantes sobre o tema do controle das transferências de recursos públicos feitas por meio dessas parcerias; e, por fim, *vi*) pretende apresentar uma contribuição significativa para o aperfeiçoamento do direito vigente com a previsão de mecanismos de “boa governança” obrigatórios para entidades do terceiro setor.

Estas características o fazem um anteprojeto de lei que, fundamentalmente, não enfrenta os problemas do direito brasileiro vigente apontados nos capítulos precedentes desta tese – até mesmo porque o seu foco, como dito, não é disciplinar relações de parceria entre o Estado e o terceiro setor. Sem embargo disso, chega a tangenciar o tema das parcerias e do controle sobre elas incidente. É o que resultará claro de sua análise no **tópico seguinte**.

## **2. Análise**

### **2.1. Um conceito jurídico de terceiro setor**

#### **a) Projetos de lei**

A instituição de um conceito jurídico de terceiro setor não é uma preocupação dos projetos de lei em discussão no Congresso Nacional. O PL 3.877/2004, por exemplo, não se vale da expressão *terceiro setor*, embora trate de universo correspondente ao referir-se, no seu artigo 1º, *caput*, a “...entidades de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos e normas estatutárias visem a fins de interesse público...”. Torna-se impreciso, porém, ao passar a referir-se em todas as suas demais disposições à expressão “Organizações Não-Governamentais (ONGs)”, sem esclarecer qual o significado com o qual ela vai empregada.

---

de lei 1.639/2003, art. 3º.), nas quais parece ter buscado inspiração o art. 69 do anteprojeto de lei, que, analogamente, cria um fundo nacional de desenvolvimento do terceiro setor.

Resta ao intérprete a inferência de que, para os fins do projeto de lei, o termo *ONGs* quer se reportar ao universo aludido logo de início (ou seja, às “...entidades de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos e normas estatutárias visem a fins de interesse público...”).

## **b) Anteprojetos de lei**

Já os dois anteprojetos de lei apresentados já se preocupam em trazer uma conceituação mais precisa do universo de entidades que estão a tratar – seja o conceito de *terceiro setor*, no caso do Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, seja o conceito de *entidades de colaboração*, no caso do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

Um propósito útil deste esforço de conceituação normativa é evidente: por meio dele define-se com precisão o universo de sujeitos submetidos às normas criadas. Sem esta definição dá-se margem a incertezas sobre o universo apanhado pelo novo regramento legal. Mas convém não perder de vista que o estabelecimento de uma conceituação jurídica, capaz de tornar identificável um universo de sujeitos, é mero *instrumento* para facilitar a aplicação de normas a esse universo; não é um fim em si mesmo. Noutras palavras, não cabe definir em lei o *terceiro setor* por puro mimetismo a discursos extrajurídicos, nos quais o uso da expressão já esteja disseminado, sem que se tenha clareza do propósito a perseguir e dos efeitos das normas criadas sobre o direito vigente e sobre a realidade subjacente. Tampouco se pode esquecer do caráter prescritivo do direito, que o faz instrumento voltado à transformação da realidade fenomênica e não à sua “simples” descrição. Assim, se a contribuição de outras ciências foi a de cunhar uma definição de *terceiro setor* que se afigurasse condizente com uma realidade fenomênica que buscavam apreender, facilitando o discurso a seu respeito e potencializando a sua análise, algo diferente se pode esperar das normas jurídicas; estas enfocam a prescrição de condutas humanas, a previsão do mundo do *dever-ser* e não a “mera” descrição do que *é*; assim, qualquer conceituação jurídica de *terceiro setor* deverá estar atenta aos efeitos por ela irradiados no mundo jurídico e no mundo fenomênico subjacente, com vistas a transformá-los.

Por isso o que importa é ter-se clareza a respeito dos propósitos vislumbrados como uma definição jurídica de terceiro setor e bem vislumbrar-se os efeitos da sua adoção.

Analisadas, assim, pelo prisma de seus propósitos, as conceituações de *entidades de colaboração* no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e *entidades do terceiro setor* no Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, embora semelhantes em conteúdo, servem a propósitos bem diferentes. Define-se *terceiro setor* no Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor para submeter as entidades enquadradas no conceito a um conjunto bastante expressivo de normas, atinentes à sua criação e dissolução, organização e funcionamento internos, relações com o Estado, empresas e sociedade civil, além de relações de trabalho com empregados e voluntários. Numa palavra, a definição de *entidades do terceiro setor* é instrumento para a disciplina da “vida” dessas entidades. Já no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública definem-se *entidades de colaboração* com um propósito mais específico: submeter as que se enquadrem no conceito a normas atinentes a certas relações que mantêm com a administração pública – as chamadas relações de colaboração (referidas no anteprojeto, justamente, como *vínculos de colaboração*). Numa palavra, a definição de *entidades de colaboração* é instrumento para a disciplina dos seus *vínculos de colaboração* com o Estado. Em suma, num caso a conceituação jurídica é instrumento de uma disciplina normativa verdadeiramente abrangente, da “vida” das entidades enquadráveis no conceito; noutro, é instrumento de uma disciplina mais pontual, atinente aos *vínculos de colaboração* entre o Estado e as entidades conceituadas.

Como visto, no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, as *entidades de colaboração* seriam justamente aquelas que, na literatura, vêm sendo chamadas de *entidades do terceiro setor*.<sup>14</sup> Desse modo, embora sem se valer da expressão *terceiro setor*, é a este que o anteprojeto está se referindo quando trata das *entidades de colaboração*.<sup>15</sup> Mas a criação de

---

<sup>14</sup> Sobre o conceito de terceiro setor, cf. **capítulo 1**.

<sup>15</sup> Em sua Exposição de Motivos isto fica explicitamente reconhecido; deveras, a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto deixou claro que a terminologia *entidades de colaboração* pretendia se reportar, justamente, às entidades do *terceiro setor*. Veja-se como isto fica claro nesta passagem, por exemplo: “[A comissão] também considerou altamente relevante abranger, no anteprojeto, determinadas entidades que, embora instituídas no âmbito da iniciativa privada – ainda que, em alguns casos, com autorização estatal – desenvolvem atividades de interesse público, que as habilita a atuar como parceiras do Estado. Elas estão a meio caminho entre o público e privado, gerindo, muitas delas, verbas públicas. Por isso mesmo, sua atuação está sujeita, sob alguns

um conceito jurídico de terceiro setor – isto é, *entidades de colaboração* – no anteprojeto não é um fim em si mesmo, tampouco uma mera tentativa de contribuir para a consolidação de sua identidade no país; trata-se de iniciativa voltada a uma finalidade bem precisa e especificamente delineada no seu corpo: submeter esse universo definido de entidades à observância do regime do *contrato público de colaboração*, toda vez que mantenha *vínculo de colaboração* com o Poder Público, assim como submeter a constituição de vínculos do gênero a *processo de chamamento público* e às regras do *planejamento estatal com participação popular*, já apresentadas. Noutras palavras, o tratamento normativo à categoria das *entidades de colaboração* teve o propósito de submeter seus vínculos de colaboração com o Poder Público a certos mecanismos de controle – planejamento, processo e contratualização –, que fossem aplicáveis a quaisquer situações e, vale acrescentar, pudessem funcionar como uma espécie de regime mínimo de controle (ao qual se aplicariam, subsidiariamente, as regras da legislação esparsa e específica). A preocupação com o *controle* dos vínculos de colaboração norteou a estipulação do conceito de *entidades de colaboração*.

Parece que, do conceito de *entidades de colaboração*, tal qual previsto no anteprojeto, estão excluídas as entidades de *benefício mútuo*, tradicionalmente distinguidas do terceiro setor.<sup>16</sup> Vale lembrar que, no ponto, o anteprojeto prevê que são *entidades de colaboração* as que “...desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade...”.<sup>17</sup> Contudo, nem por isso as entidades de benefício mútuo ficarão desobrigadas da observância do regime do contrato público de colaboração quando instituírem *vínculo de colaboração* com o Poder Público. Se o clube recreativo, por exemplo, firmar *vínculo de colaboração* com a União, a constituição desse vínculo estará sujeita à observância do regime do contrato público de colaboração previsto na lei nacional. Isto porque o fator decisivo para atrair a incidência do novo regime contratual, segundo uma interpretação sistemática e teleológica do anteprojeto, é a presença do *vínculo de colaboração* entre o Poder Público e a entidade não estatal,<sup>18</sup> sendo

---

aspectos, a normas de direito público, especialmente no que diz respeito ao controle. Trata-se das *entidades paraestatais* e das *entidades de colaboração* (estas últimas pertencentes ao chamado terceiro setor).”

<sup>16</sup> Sobre a distinção entre entidade do terceiro setor e entidade de benefício mútuo, cf. **capítulo 1**.

<sup>17</sup> Cf. art. 73, *caput*.

<sup>18</sup> Fica mesmo evidente, em diversas passagens do anteprojeto, que o *vínculo jurídico de colaboração*, mais do que qualquer outro aspecto, atrai a incidência do regime do contrato público de colaboração. Nesse sentido, vale mencionar os §§ 3º e 4º do art. 73, já transcritos, e, ainda, o art. 10, inciso IV, que prevê: “Art. 10. As entidades

meramente secundária a circunstância de a entidade não estatal vinculada enquadrar-se perfeitamente na definição de *entidade de colaboração* ou caracterizar-se mais como uma entidade de benefício mútuo.<sup>19</sup> Mesmo uma empresa, naturalmente com fins lucrativos, que venha a constituir *vínculo de colaboração* com o Poder Público, estará sujeita ao mesmo regime contratual.

Poder-se-ia indagar, então, por qual motivo o anteprojeto de lei teria se esmerado em cunhar uma definição jurídica de *entidade de colaboração* à imagem do terceiro setor, se, num dos aspectos-chave de todo o regramento estabelecido, que é a disciplina jurídica dos vínculos de colaboração constituídos pelo Estado, aquela definição é abandonada. Noutras palavras, por que restringir o universo das ditas *entidade de colaboração*, tomando-o como equivalente a terceiro setor, se, em princípio, o anteprojeto institui um regime geral para os vínculos de colaboração do Estado com “qualquer um” e não apenas com o terceiro setor? As razões não são tão difíceis de supor: trata-se, primeiro, do reconhecimento de que o terceiro setor, em meio a todo o setor privado, é o grupo com maior potencial de colaboração com a atuação estatal, dada a maior identidade de propósitos que tem com o Estado (fins públicos, não exclusivos a um grupo restrito de associados), fazendo todo sentido o seu destaque como um universo de colaboradores por excelência; segundo, trata-se de um sintoma de que o eixo do anteprojeto de lei, como não poderia deixar de ser em se tratando de proposição focada na organização administrativa do Estado, está nos vínculos de colaboração que o aparelho administrativo estatal constitui com terceiros e não no terceiro setor em si. É perfeitamente compreensível, portanto, que o anteprojeto tenha definido “entidades de colaboração” à imagem do terceiro setor, mas, no momento de instituir um regime geral para a constituição de vínculos de colaboração, tenha admitido a ampliação do universo dos que estão sujeitos a esse regime, que, assim, vai além das entidades do terceiro setor.

---

estatais podem: (...) IV – manter vínculo de colaboração com entidade não estatal de direito privado sem fins lucrativos, por meio de contrato público de colaboração, na forma desta Lei.”

<sup>19</sup> Tanto é verdade que a circunstância de a entidade não estatal ser nitidamente *de colaboração* ou de outro gênero não importa para atrair a incidência do novo regime contratual que, na ausência de *vínculo de colaboração* – esse sim o fator decisivo –, a contratação de *entidades de colaboração* pelo Poder Público continuará regida pela Lei 8.666/93, como deixa claro o art. 73, § 5º., já transcrito.

Outro aspecto importante da conceituação jurídica de terceiro setor (*entidade de colaboração*) encontrada no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública é o de que ela deixa claro que *a obtenção de recursos pela entidade, em decorrência da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que integralmente aplicados na realização dos seus objetivos.*<sup>20</sup> A regra é importante tendo em vista o atual contexto brasileiro, no qual se verifica uma tendência de exigir, de entidades receptoras de recursos do Estado, um “mínimo de aplicações em gratuidades”, isto é, de prestação gratuita de serviços à população. Embora a exigência de aplicação mínima em gratuidades, como contrapartida pelo repasse de verbas públicas a entidades sem fins lucrativos, possa ser legítima nalgumas hipóteses, é importante não pressupor que se trate de decorrência necessária da ausência de finalidades lucrativas; afinal, *gratuidade* (prestação gratuita de serviços) não é sinônimo de *ausência de fins lucrativos*.<sup>21</sup> E tolher entidades sem fins lucrativos da venda de bens e da prestação de serviços, por exemplo, não é medida necessária ou indispensável para que mantenham o caráter não lucrativo de suas atividades; aliás, esse tolhimento pode até contribuir para que as entidades não consigam sustentar-se financeiramente e tornem-se cada vez mais dependentes de recursos externos (provenientes do Poder Público ou de doadores privados). Faz bem o anteprojeto de lei, portanto, de endereçar esta questão e tornar explícita e inequívoca esta possibilidade de certa exploração de atividade econômica pela entidade, desde que tal reverta integralmente em prol dos seus objetivos.

---

<sup>20</sup> Cf. art. 73, § 2º., supra-transcrito, referente às *entidades de colaboração*.

<sup>21</sup> Joaquim FALCÃO, embora não tratando especificamente do tema da imposição da gratuidade na prestação de serviços pelo terceiro setor, faz observação que merece atenção: “Superávit é condição necessária à sobrevivência [da entidade do terceiro setor]. Reinvestido, como tem de ser, possibilita a expansão e a maior eficiência na consecução do interesse público a que se propõe, e que é legítimo e a diferencia. Assegura-lhe autonomia e continuidade.” *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 161. A observação é importante porque segue na linha de que, para funcionar continuamente e tornar-se mais eficiente, a entidade do terceiro setor precisa de superávit. Como conseguirá atingi-lo se tiver que prestar todos os seus serviços gratuitamente? Como ficará a sua autonomia financeira?

## 2.2. Cadastros nacionais

### a) Projetos de lei

A criação de um cadastro nacional de entidades do terceiro setor, ou algo assemelhado, é proposta que perpassa diversos projetos de lei atualmente em discussão.

No âmbito do movimento de reforma dos sistemas de registro, fiscalização e controle de ONGs, por exemplo, está presente a idéia de criação de um cadastro nacional de ONGs. É o que se verifica tanto no PLS 7/2003, originalmente apresentado pela “CPI das ONGs de 2001/2002” no Senado Federal,<sup>22</sup> como no seu sucedâneo, o PL 3.877/2004, que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.<sup>23</sup> Já no âmbito do movimento de reforma do sistema de credenciamento e outorga de benefícios tributários na área de assistência social, não se fala

---

<sup>22</sup> O PLS 7/2003 criava um “Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO), administrado pelo Ministério da Justiça” (*cf.* PLS 7/2003, art. 5º., *caput*), que reuniria dados de “todas as ONGs que atuam a qualquer título no País” (*cf.* PLS 7/2003, art. 6º.) e seria alimentado seja pelas informações do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas da Secretaria da Receita Federal (*cf.* PLS 7/2003, art. 5º., § 2º.), seja pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Estes últimos ficariam encarregados de enviar informações pertinentes ao cadastro, bimestralmente, ao seu órgão gestor (*cf.* PLS 7/2003, art. 5º., § 1º.). Ao mesmo tempo, o PLS 7/2003 previa que toda ONG deveria registrar os seus atos constitutivos no “ofício de registro civil de pessoas jurídicas competente” e, em seguida, proceder à sua “inscrição junto ao órgão governamental competente, nos níveis federal e estadual”, sendo que, no nível estadual, tal inscrição deveria realizar-se aonde ela tivesse “atuação ou representação” (*cf.* PLS 7/2003, art. 2º.). Ficava implícito – apesar da má técnica legislativa, que não esclarecia o ponto expressamente – que tal inscrição, na esfera federal, seria feita junto ao MJ, responsável pela administração do cadastro nacional. O PLS 7/2003 previa também que, por ocasião desta sua inscrição, a ONG deveria prestar esclarecimentos sobre: *i*) suas fontes de recursos, *ii*) linhas de ação, *iii*) tipos de atividades, de qualquer natureza, que pretendesse realizar no Brasil, *iv*) o modo de utilização de seus recursos; *v*) a sua política de contratação de pessoal; *vi*) os nomes e qualificações de seus dirigentes e representantes; e *vii*) quaisquer outras informações que fossem consideradas relevantes para a avaliação de seus objetivos (*cf.* PLS 7/2003, art. 2º., § 1º.). Finalmente, nele se previa que o Poder Executivo regulamentaria a lei por decreto (*cf.* PLS 7/2003, art. 7º.) e, evidentemente, o sistema de cadastramento nela estabelecido.

<sup>23</sup> O PL 3.877/2004 mantém a criação do “Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO)”, praticamente nos mesmos termos da proposição de origem (*cf.* art. 3º., *caput* e § 1º.); porém, ao invés estabelecer que suas informações serão alimentadas pela Secretaria da Receita Federal ou pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, é mais genérico, prevendo que “todos os órgão governamentais que detenham informações não confidenciais sobre Organizações Não-Governamentais (ONGs) (...) deverão torná-las disponíveis para o Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais, conforme dispuser regulamento” (*cf.* art. 3º., § 2º.). Mas a principal inovação trazida pelo PL 3.877/2004 (introduzida na Câmara dos Deputados, pois não constava da proposição de origem feita no Senado) foi a que estabeleceu, como uma das condições para o recebimento de benefícios decorrentes do fomento governamental (tanto benefícios diretos, como subvenções e auxílios financeiros, quanto indiretos, como favores fiscais), a prévia inscrição da ONG interessada no citado cadastro nacional e, mais do que isso, também o seu prévio credenciamento como OSCIP, Entidade de Utilidade Pública, Entidade Beneficente de Assistência Social, OS ou Entidade de Apoio, nos termos da legislação pertinente a cada uma dessas espécies de certificado (*cf.* art. 2º., *caput*).

num cadastro nacional de ONGs, mas se faz alusão, reiteradamente, ao “sistema de cadastro de entidades e organizações de assistência social” já previsto na legislação setorial em vigor.<sup>24</sup> Os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional prevêm que a inscrição da entidade de assistência social naquele cadastro deverá ser um dos requisitos para a sua certificação pelo Poder Público (e, conseqüentemente, para que possa fruir exonerações de contribuições para a seguridade social). É o que prevêm, de maneira idêntica, tanto o PL 3021, de 2008, que tramita na Câmara dos Deputados, quanto o PLS 462, também de 2008, que tramita no Senado (sendo este último uma versão mais recente e aprimorada do anterior, como já observado).<sup>25</sup>

A tendência das proposições legislativas na matéria, em qualquer caso, parece ser a de que, sem a inscrição da entidade do terceiro setor num desses cadastros legalmente criados (seja um cadastro dito de ONGs, sejam um cadastro circunscrito a entidades de assistência social), ficará ela proibida, no futuro, de fruir alguma espécie de benefício oriundo da atividade de fomento governamental – como uma exoneração tributária ou uma subvenção. Neste sentido pode-se dizer que os cadastros nacionais têm sido pensados, nalguma medida, como uma ferramenta de controle prévio ao repasse, direta ou indiretamente, de recursos públicos para o terceiro setor. Esta definição acerca de quais os exatos propósitos dos cadastros cogitados, entretanto, ainda está longe de apresentar-se bem definida nas proposições em pauta.

Realmente, para que os cadastros em cogitação possam efetivamente vir a servir à finalidade de controle prévio do fomento governamental, a disciplina que lhes tem sido delineada precisará ser muito aprimorada ainda. Invariavelmente, cuida-se de uma disciplina lacônica em aspectos fundamentais. A principal lacuna tem sido a de estipulação clara e precisa da *finalidade* para a qual deverá servir o cadastro que se pretende criar. Outra tem sido a falta de uma definição precisa sobre o modo pelo qual eventual novo cadastro se *articulará com cadastros já existentes*.

---

<sup>24</sup> Cf. Lei 8.742/93, art. 19, XI.

<sup>25</sup> Cf. PL 3.021/2008, art. 20, II; e PLS 462/2008, art. 20, II.

É fácil antever os riscos envolvidos na criação de cadastros governamentais que não se sabe direito (porque a lei não os prevê claramente) para quem servem. Esses riscos vão desde a exigência desnecessária de informações, burocratizando-se desnecessariamente a relação entre Estado e organizações do terceiro setor e desperdiçando-se energia e recursos valiosos de ambos os lados, até o uso abusivo de informações fornecidas, ensejado por leis vagas quanto a aspectos fundamentais de seu conteúdo (por exemplo, os objetivos da criação de um cadastro).

Ademais, a desnecessária burocratização devido à sobreposição de novos cadastros com outros já existentes é, sem dúvidas, um risco a evitar.

## **b) Anteprojetos de lei**

No Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor também se prevê, como observado, a criação de um Cadastro Nacional de Entidades do Terceiro Setor. E também se impõe a inscrição da entidade no cadastro como requisito para que ela possa tornar-se beneficiária de recursos financeiros públicos, a título de fomento estatal.<sup>26</sup> Estabelece, ainda, as informações a serem prestadas pela entidade para obtenção de sua inscrição.<sup>27</sup> Contudo, tal como ocorre com os projetos de lei examinados, esse anteprojeto também padece do vício de não precisar, exatamente, qual a finalidade para a qual o cadastro criado deverá servir. Esta finalidade está muito genericamente articulada – propõe-se a criação de um cadastro “...com a finalidade de possibilitar a organização de um banco de dados do Terceiro Setor...”.<sup>28</sup> “Banco de dados”, porém, é o próprio significado de cadastro; fica em aberto a questão: para que

---

<sup>26</sup> Cf. art. 34, supra-transcrito.

<sup>27</sup> Cf. art. 64, que prevê: “Art. 64. Por ocasião da inscrição no Cadastro Nacional de Entidades do Terceiro Setor, a entidade do Terceiro Setor indicará: I – Seus fins estatutários, linhas de atuação e tipos de atividade; II – Local da sede da entidade e de suas filiais; III – Âmbito territorial de atuação, se internacional, nacional, regional ou local; IV – Nomes e qualificação de seus dirigentes e representantes, esclarecendo se os mesmos são remunerados ou não; V – Parâmetros, instrumentos e práticas de boa governança adotados, nos termos do art. 14 desta Lei; VI – Fontes, tipos, modos de aplicação e formas de controle dos recursos e receitas utilizados; VII – Normas e procedimentos para a contratação de pessoal, VIII – Normas e procedimentos para a contratação de serviços e aquisição de bens; IX – Quaisquer outras informações que sejam consideradas relevantes pela entidade ou pelo Ministério da Justiça. Parágrafo único. Os órgãos governamentais que detenham outras informações das Entidades do Terceiro Setor, inclusive de natureza fiscal, tributária e financeira, deverão torná-las disponíveis para o Cadastro Nacional das Entidades do Terceiro Setor, nos termos fixados em decreto.”

<sup>28</sup> Cf. art. 64, supra-transcrito.

servirá dito banco de dados? Curiosamente, em nota explicativa ao texto do anteprojeto de lei apresenta-se a seguinte justificativa à proposição do citado cadastro:

“O presente Título cria e disciplina, o Cadastro Nacional das Entidades do Terceiro Setor, instrumento da Política Nacional para o Desenvolvimento do Terceiro Setor. Reitere-se que o Cadastro não visa ao controle governamental sobre as entidades do Terceiro Setor, como pretende o polêmico PL n. 3.877/2004, da Câmara dos Deputados, e sim a possibilitar a organização de um banco de dados do Terceiro Setor.”

A explicação não é consentânea com o texto do anteprojeto, pois este, ao prever a organização de um banco de dados sem elucidar normativamente a sua finalidade, pode vir a servir a algum tipo de controle (e não a outra finalidade que terá sido quiçá ventilada mas não explicitada em texto normativo). Ademais, o próprio texto do anteprojeto de lei, noutra passagem, parece encarregar-se de contradizer a afirmação de que o cadastro previsto “não visa ao controle”, pois toma emprestada disposição do PL 3.884/2004, chamado “polêmico”, para prever que a inscrição da entidade no cadastro é requisito para que ela possa tornar-se beneficiária de recursos financeiros estatais a título de fomento. Essa exigência de inscrição cadastral como pré-requisito para a obtenção de fomento do Estado torna o cadastro – ao que parece – um instrumento, sim, de controle sobre a transferência estatal de recursos. Finalmente, ainda que observadas as possíveis finalidades do cadastro nacional proposto pela melhor luz, atentando-se, assim, para o fato de que ele é “...instrumento da Política Nacional para o Desenvolvimento do Terceiro Setor” (art. 64 do anteprojeto) e, portanto, deverá ter os seus fins alinhados com os fins desta política, não se encontra conforto para a afirmação de que ele “não visa ao controle” ou não poderá ser empregado nesse sentido. A citada política tem por fim “...estimular o desenvolvimento do Terceiro Setor no país...” (art. 57, *caput*), “...por meio de ações, projetos e programas governamentais destinados...”, entre outros objetivos mais específicos, “à realização das diretrizes e dos princípios estabelecidos nesta Lei” (art. 57, inciso I); dentre tais diretrizes e princípios há as que têm, inequivocamente, um caráter constritivo da conduta das entidades, como o “princípio da boa governança” (art. 8º., X, que se combina com os “instrumentos, parâmetros e práticas de boa governança” enumerados no art. 14 e que *devem* ser observados pelas entidades, segundo esse mesmo artigo). Assim, há no anteprojeto de lei, tal como vazado e a despeito da afirmação em

contrário constante de sua justificativa, efetiva possibilidade de que o cadastro nacional por ele previsto, em linha com a política nacional por ele criada, sirva a fins de controle.

De resto, o rechaço a qualquer propósito de controle que porventura possa ter um cadastro do gênero, aposto na justificativa do anteprojeto, parece ser ressonância de receio, naturalmente esperado de entidades do terceiro setor no Brasil, contra um controle estatal intrusivo ou autoritário sobre as suas atividades e a sua gestão. O receio é legítimo, mas o anteprojeto não lhe oferece remédio, já que não estipula claramente a finalidade do cadastro que propõe e dá ensejo, dessa forma, a manipulações do seu uso, eventualmente, na linha temida. Para que uma solução adequada possa ser proposta é preciso, primeiro, que sejam bem divisados aquilo que seja objeto de controle legítimo e necessário, de um lado, e aquilo que seja objeto não passível de intrusão estatal, de outro. Noutras palavras, é preciso primeiro responder à questão: afinal, qual o objeto do controle estatal? O controle estatal não é necessariamente ilegítimo, antidemocrático ou inconstitucional, mas função pública constitucionalmente reconhecida. Em princípio, será perfeitamente constitucional quando tenha por objeto o próprio fomento estatal destinado às entidades do terceiros setor, visando a “comprovar a legalidade e avaliar os resultados (...) da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (*cf.* Constituição Federal, art. 74, II), ou, ainda, a fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a qualquer pessoa (*cf.* Constituição Federal, art. 70, parágrafo único *c/c* art. 71, VI); será inconstitucional, no entanto, quando tenha por foco uma interferência caprichosa na gestão das entidades do terceiro setor, independentemente da presença de fomento estatal ou de outro valor constitucional a proteger. Ainda que possa ser difícil a aplicação concreta dessa linha divisória entre os dois objetos de controle, a diferença essencial entre uma hipótese e outra é facilmente perceptível: numa o Estado controla-se a si mesmo, mirando a sua atividade fomentadora e atingindo, indiretamente, os que se envolvem neste fomento, como é o caso de entidades do terceiro setor; noutra o controle estatal recai diretamente sobre as entidades do terceiro setor, que têm liberdades constitucionalmente asseguradas e resguardadas, em vasta medida, contra ingerências estatais. É nesta segunda hipótese, claro está, que o risco de o controle estatal tornar-se indevido afigura-se maior. Portanto, antes de um debate infrutífero contra ou a favor do controle estatal, convém, evidentemente, atentar para o objeto a controlar considerado em

cada propositura. A suficiente especificação da finalidade da criação de cadastro nacional no anteprojeto de lei em questão, caso houvesse, poderia contribuir para evitar predisposições contra qualquer sorte de “controle”.

### 2.3. Credenciamento de entidades

#### a) Projetos de lei

Para além do prévio registro ou inscrição de entidades do terceiro setor em cadastro nacional como requisito prévio à obtenção de benefícios oriundos do fomento governamental, outra idéia que tem perpassado as proposições em andamento é a de credenciamento prévio de entidades para o mesmo fim. No PL 3.877/2004, por exemplo, isso fica nítido, na medida em que, nele, exige-se que a entidade interessada em obter algum benefício do gênero – seja uma subvenção, seja uma isenção tributária – obtenha previamente uma credencial de OSCIP, OS, Entidade de Utilidade Pública, Entidade Beneficente de Assistência Social ou Fundação de Apoio, nos termos da legislação pertinente.<sup>29</sup> Vale o registro, contudo, de que nada se encontrava a esse respeito na proposição de origem feita pela “CPI das ONGs de 2001/2002” no Senado Federal (isto é, no PLS 07/2003); apesar de, em seu *Relatório Final*, ter constado avaliação no sentido de que a exigência de credencial mínima para acesso ao fomento estatal seria desejável.

A idéia, genericamente colocada, de impor condicionamentos à obtenção de benefícios oriundos do fomento estatal, parece auspiciosa. Ela permitiria ao Estado direcionar seus recursos às entidades aptas a melhor aplicá-lo. O problema é que as proposições em tramitação no Congresso Nacional não parecem ser fruto de detida reflexão sobre *como* fazê-lo ou mesmo sobre as *conseqüências* do que se está propondo.

O PL 3.877/2004 é exemplo disso. Coloca em patamar de igualdade entidades que obtiveram ou venham a obter o título de Utilidade Pública e a qualificação de OSCIP; o

---

<sup>29</sup> Cf. art. 4º., já transcrito neste capítulo.

problema é que, como visto no **capítulo 3**, os requisitos para a obtenção de uma e outra credencial são bem diferentes, revelando-se muito mais criteriosa, objetiva e transparente a concessão da credencial de OSCIP do que a outorga da credencial de Utilidade Pública, se comparadas as respectivas legislações reguladoras. Equipara-las, portanto, não é correto. Somente seria viável conferir-se equivalência aos títulos de OSCIP e Utilidade Pública se a legislação referente à outorga da credencial de Utilidade Pública fosse reformada de sorte a serem preenchidas as grandes lacunas que contém, consoante apontado nos **capítulos 7 e 8**, e tivessem ambos a mesma finalidade.

Ademais, pouco se atenta para o fato de que algumas exigências para a obtenção das credenciais em referência podem constituir mera repetição de exigências que se pretende implantar para a “inscrição” ou “registro” da entidade nos ventilados “cadastros nacionais”. Volta-se à questão mal respondida nas proposições em tramitação no Congresso: afinal, qual a finalidade dos “cadastros nacionais” ventilados nestes projetos e qual a finalidade de sistemas de certificação ou credenciamento tais com os já previstos na legislação em vigor? A resposta a esta questão é um pressuposto importante para que se possa, somente então, bem definir quais as exigências ou requisitos necessários à inscrição num cadastro estatal porventura ventilado e quais as exigências ou requisitos necessários, de outro lado, à obtenção de uma credencial, qualificação ou qualquer sorte de título jurídico especial.

Note-se que o direito em vigor já caminhou no sentido de instituir algo análogo a um “cadastro nacional” de todas as entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam, ou que já sejam, beneficiárias de fomento da União sob a forma de transferências de recursos públicos. Isto se deu por força da edição do Decreto 6.170/2007 e da Portaria Interministerial 128/2008. Como já observado, o “cadastro” previsto na citada portaria envolve, reconheça-se, mais do que entidades privadas sem fins lucrativos interessadas nestas transferências ou delas já beneficiárias, pois também atina a órgãos e entidades integrantes da administração pública de outros entes da federação na mesma situação; talvez seja, por isso, um cadastro mais abrangente e quiçá complexo do que os ventilados nas proposições em debate. Além disso, o que se prevê nesta nova regulamentação do **Regime das Entidades Conveniadas** não é exatamente um “cadastro”; a citada portaria prevê, simultaneamente, um *credenciamento* de

entidades interessadas em receber recursos orçamentários da União, para o qual são exigidas informações comprobatórias da existência dessas entidades,<sup>30</sup> e um *cadastramento* das que já sejam receptoras de recursos, para o qual são exigidas informações necessárias não somente à aferição da existência dessas entidades (mais uma vez), mas também da regularidade fiscal, da inexistência de conflitos de interesse entre seus dirigentes e o Poder Público e da qualificação técnica e capacidade operacional que detenham.<sup>31</sup> Veja-se, portanto, que *credenciamento* e *cadastramento* têm um sentido técnico peculiar na regulamentação federal da matéria.

Apesar das variações terminológicas e do quadro relativamente confuso do direito vigente, não se pode ignorá-lo. Qualquer proposição legislativa que trate da criação de um “cadastro nacional” de entidades do terceiro setor deve levar em consideração estes recentes desenvolvimentos da regulamentação infralegal da matéria.

Em suma, se o direito vigente já é repleto de cadastros e credenciais que tocam a entidades do terceiro setor, qualquer proposição legislativa pela qual se ventile a instituição de novos “cadastros nacionais” demanda reflexão, suficientemente detida, sobre a finalidade do novo cadastro que se pretende implantar e, ainda, sobre o modo pelo qual ele se articulará com os cadastros já previstos no direito vigente, evitando-se, dessa maneira, sobreposições desnecessárias. As proposições atualmente na pauta do Congresso Nacional, contudo, passam longe de um enfrentamento auspicioso dessas preocupações.

---

<sup>30</sup> Como visto no **capítulo 3**, o *credenciamento* de entidades deve ser feito diretamente no SICONV (*cf.* art. 14, *caput*) e constitui requisito para que possam apresentar proposta de trabalho a órgão e entidade da Administração Pública federal (*cf.* art. 12); para obtê-lo a entidade privada sem fins lucrativos deve prestar informações, no mínimo, sobre sua razão social, endereço, endereço eletrônico, número de inscrição no CNPJ, transcrição do seu objeto social atualizado e relação nominal atualizada dos seus dirigentes, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e CPF de cada um deles (*cf.* art. 14, II). Como se vê, as informações exigidas para o credenciamento relacionam-se à comprovação da existência da entidade.

<sup>31</sup> Como também observado no **capítulo 3**, o *cadastramento* de entidades receptoras de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União deve ser realizado em órgão ou entidade concedente ou nas unidades cadastradoras do SICAF a ele vinculadas (*cf.* art. 17, *caput*), tem validade de 1 (um) ano (*cf.* art. 17, *caput*) e demanda a apresentação de uma série de documentos que, para além da comprovação da existência da entidade, visam a aferir a sua regularidade fiscal, a inexistência de conflitos de interesse entre seus dirigentes e o Poder Público e a sua qualificação técnica e capacidade operacional (*cf.* art. 18, VII).

## **b) Anteprojetos de lei**

O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública não trata do tema do credenciamento de entidades do terceiro setor.<sup>32</sup> Já o Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor trata, sim, do assunto, como já mencionado; nele se prevê que os órgãos do Poder Executivo competentes para o registro ou a concessão de credenciais a entidades do terceiro setor têm o dever de fiscalizá-las permanentemente, “...nos termos e nos fins previstos na legislação...”.<sup>33</sup> Supõe-se que a fiscalização em mira tenha por fim, sobretudo, assegurar o cumprimento pelas entidades do terceiro setor dos requisitos legais para a *obtenção e manutenção* da credencial. Também se prevê no mesmo anteprojeto que o descumprimento da legislação, por parte da entidade do terceiro setor, ensejará a aplicação das sanções de cassação da credencial e outras igualmente previstas em lei;<sup>34</sup> paralelamente, prevê-se que o dever de fiscalização pela autoridade pública há de ser cumprido sob pena de responsabilidade.<sup>35</sup> A previsão dessas medidas sancionadoras, que, como se vê, aplicam-se a todos os envolvidos – Poder Público e entidade do terceiro setor –, parece ter a mesma finalidade essencial, que é assegurar uma boa fiscalização.

## **2.4. Processo de seleção**

### **a) Projetos de lei**

Os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, infelizmente, não enfrentam o problema da exigibilidade de algum processo administrativo garantidor do princípio da igualdade para a escolha da entidade que celebrará parceria com o Poder Público. O único

---

<sup>32</sup> Na sistemática desse anteprojeto, o regime de outorga das credenciais especiais às entidades tidas como *de colaboração* permaneceria o mesmo que hoje se encontra previsto na legislação pertinente (Leis das OSCIP, OS, etc.); apenas se *somariam* à obtenção da credencial outros requisitos – basicamente, a observância de outras regras sobre planejamento, processo e contratação – para que a entidade pudesse se beneficiar do fomento estatal mediante vínculo de colaboração.

<sup>33</sup> Cf. art. 46, *caput*.

<sup>34</sup> Cf. art. 46, parágrafo único, incisos I e II.

<sup>35</sup> Cf. art. 46, *caput*.

projeto de lei que toca no assunto é o PL 1.449/2007, mas, por seu conteúdo, infelizmente, afigura-se inepto para o alcance dos objetivos a que se propõe.

Deveras, tal projeto de lei tem como principal medida acrescentar dispositivo à Lei das OS, nos seguintes termos:

***Projeto de Lei nº. 1.449/2007***

“Art. 1º. A Lei nº. 9.637, de 15 de maio de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘(...)

‘**Art. 2º - B** Toda qualificação de entidade privada como organização social, será precedida de licitação específica para esse fim, na forma disciplinada em regulamento.’”

Como justificativa para a propositura aponta-se a “excessiva flexibilidade” dos critérios para a qualificação de entidade como OS. Para remediá-la, então, é que se propõe a “licitação específica” para a escolha das entidades a serem qualificadas, na suposição de que tal medida tornaria os requisitos para a qualificação “mais rigorosos” ou o processo de qualificação “mais criterioso”. Veja-se como esses argumentos são expendidos na própria justificativa oferecida à propositura:

***Justificativa oferecida para o Projeto de Lei nº. 1.449/2007***

“(...

A **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**, concretizou o modelo das organizações sociais, estabelecendo critérios para sua qualificação. Entretanto, os requisitos estipulados na nova norma, **por sua excessiva flexibilidade**, merecem ser aprimorados e tornados mais rigorosos.

Nesse sentido, estamos apresentando a presente proposição que torna mais criterioso o processo de qualificação de entidades privadas como organizações sociais, **merecendo destacar a introdução de exigência de realização de certame licitatório para fins de escolha das entidades a serem qualificadas.**” (negritos do original).

Note-se, contudo, que a propositura é flagrantemente inepta para os fins a que se destina, além de formalmente inconstitucional. Ilustra, em verdade, o quanto pode haver de incompreensão sobre problemas encontráveis no direito vigente acerca do controle estatal das transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos.

De fato, a propositura parece reverberar mero ruído do debate público acerca da licitação para a celebração de parcerias com ONGs, sem a compreensão da sua inteireza. Impõe licitação para a seleção de entidades a serem credenciadas como OS e não para a seleção daquelas que, devidamente credenciadas, celebrarão parceria com o Poder Público, o que, aí sim, poderia fazer algum sentido. Não esclarece como tal licitação, para fins de credenciamento, teria lugar.

A propositura, ademais, padece de inconstitucionalidade formal. Isto porque deixa para o regulamento a definição do processo de licitação a ser empregado, muito embora a matéria licitação pública, inclusive suas modalidades, seja objeto de reservas constitucionalmente estabelecida (Constituição Federal, art. 37, XXI). A *delegação* da disciplina da matéria ao Executivo, sem qualquer detalhamento legal sobre como a licitação se materializaria na hipótese vislumbrada de dever de licitar, demonstra duas coisas: primeiramente, que a proposição careceu de maior reflexão sobre a viabilidade prática da medida proposta (qual o sentido, por exemplo, de instaurar-se a competição para o recebimento de credencial que está disponível para todos?); em segundo lugar, que a proposição atenta contra a reserva legal para a definição de modalidades de licitação prevista na Constituição.

Finalmente, a medida proposta – a licitação pública – revela-se flagrantemente inepta para a finalidade almejada, que é tornar mais rigoroso o processo de qualificação de entidades como OS. Ora, se este era o objetivo, o que se tinha que eliminar era a discricionariedade do Executivo para a outorga da qualificação de OS, tornando-a um ato administrativo vinculado ao cumprimento de requisitos legais objetivamente fixados (como o faz a Lei 9.790/99 para o caso da qualificação de entidades como OSCIP). A imposição de “licitação pública” em nada muda esta discricionariedade, que, no entanto, está na raiz do problema que se pretende enfrentar.

Por todos os ângulos que encarada, a proposição não deve prosperar. Ela é mesmo ilustrativa das incompreensões que o debate da matéria pode envolver.

## **b) Anteprojetos de lei**

O Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública endereçam, em diferentes graus, a questão do processo para a seleção de entidade sem fins lucrativos que receberá subvenção estatal. De fato, em ambos prevê-se certo processo administrativo para a constituição de determinados vínculos entre o Estado e entidades do terceiro setor – vínculos ditos de *parceria* no Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, ou de *colaboração* no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública. Deveras, o Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, apesar de prever que a disciplina da matéria será feita por projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, dispõe que este futuro projeto de lei deverá apresentar normas relativas “...ao processo de seleção pública das entidades do Terceiro Setor parceiras do Estado.”<sup>36</sup> A previsão não vincula o legislador futuro, mas é um indicativo da visão encampada pelo Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor. Nele se exige um processo de seleção pública. Trata-se de exigência, por assim dizer, *fraca*, já que a disciplina da matéria ao fim e ao cabo não é dada desde logo e nada se antevê sobre qual seria o conteúdo do denominado *processo de seleção pública*.

Já o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública contém exigência *forte* neste sentido, na medida em que cria e disciplina, efetivamente, um processo administrativo do gênero, que, como observado, se chama processo de *chamamento público*. As linhas gerais desse processo de *chamamento público* já foram apontadas.

O que se faz oportuno apontar e comentar aqui é o fato de que ambos os anteprojetos de lei furtam-se ao uso da expressão *licitação pública* para referirem tais processos.<sup>37</sup> As

---

<sup>36</sup> Cf. art. 36.

<sup>37</sup> Note-se que, apesar de não ter havido o uso da expressão *licitação pública* em qualquer das disposições do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, uma passagem de sua exposição de motivos fez, sim, uso dela; veja-se: “Como exigência prévia à celebração do contrato [público de colaboração], é previsto procedimento licitatório sob a denominação de *chamamento público*, corrigindo-se falha hoje existente na legislação que disciplina os ajustes da Administração Pública com os referidos entes. O chamamento público somente deixará de ser exigido nas hipóteses expressamente previstas no anteprojeto, em que não existe praticamente viabilidade de competição. Esse processo será realizado em consonância com os princípios legais e

razões para tanto, no caso do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, parecem ter sido as seguintes.

A primeira – evidente pelo seu próprio texto – é a de que, embora tal processo possa implicar, tal como numa licitação pública, certa competição entre particulares pela oportunidade de constituição de vínculo de parceria com o Poder Público, nem sempre será este o caso. Noutras palavras, o *chamamento público* instituído pelo anteprojeto de lei não é, *necessariamente*, um processo de competição (embora possa vir a sê-lo). O seu próprio artigo 78, *caput*, deixa isto evidente, ao estabelecer – vale aqui transcrevê-lo uma vez mais – que “o processo de chamamento público destina-se à tomada de decisão quanto às entidades a serem contratadas e ao conteúdo das contratações, com observância dos princípios constitucionais e legais da administração pública”; como se vê, nele não se faz qualquer previsão de que tal processo envolverá necessariamente alguma competição entre entidades pretendentes, mas se dispõe, apenas, que ele se prestará à decisão quanto às entidades a serem contratadas e ao conteúdo das contratações, com observância dos aludidos princípios. Isto quer significar que, antes da promoção de qualquer disputa, o que o *chamamento público* prestigia mesmo são os aludidos princípios, conferindo grande destaque (conforme regramento subsequente ao citado *caput* do art. 78) aos princípios da *publicidade*,<sup>38</sup> *isonomia*<sup>39</sup> e *motivação*.<sup>40</sup> Estes, sim, são os valores estruturantes e essenciais ao processo de *chamamento público*, sendo a competição entre particulares por uma oportunidade ofertada no âmbito deste processo mero subproduto – provável, mas não necessário – do prestígio dado a tais valores estruturantes. Noutras palavras, a competição há de ser uma consequência *provável*, porém não *necessária*, da previsão do

---

constitucionais da Administração Pública, especialmente publicidade, isonomia e motivação” (negrito acrescentado). A seu turno, o Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor previu que o projeto de lei a ser encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso para tratar das parcerias do Estado com o terceiro setor deva disciplinar o *processo de seleção pública* das entidades parceiras, mas se furtou a disciplinar este processo.

<sup>38</sup> O princípio da *publicidade* é prestigiado com a previsão de que o processo deverá ser iniciado pela publicação, não apenas na imprensa oficial mas também em página eletrônica na Internet, de edital contendo as especificações relativas ao processo e ao contrato ou contratos a serem celebrados, nos termos de regulamento previamente editado pela entidade estatal (*cf.* art. 78, § 1º.); também é prestigiado com a previsão de que deverão ser públicos os autos, sessões deliberativas e atos do processo de seleção (*cf.* art. 78, § 2º.).

<sup>39</sup> O princípio da *igualdade* é prestigiado com a previsão de que às entidades é assegurada igualdade de oportunidades e de tratamento no procedimento (*cf.* art. 78, § 3º.).

<sup>40</sup> E o princípio da *motivação*, por fim, é prestigiado com a previsão de que as decisões deverão ser formalmente motivadas, com análise obrigatória e comparação das manifestações de interesse ou projetos apresentados (*cf.* art. 78, § 4º.).

processo de *chamamento público* com a conformação que lhe deu o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

Esta possibilidade de que o processo de chamamento público não envolva competição fica suficientemente clara quando se atenta para o processo de planejamento que deverá ter lugar antes mesmo da sua abertura – isto é, antes mesmo do início do chamamento público. Prevê-se que, para constituir vínculos de colaboração com entidades privadas não estatais sem fins lucrativos, a entidade estatal fica obrigada a definir de antemão, por regulamento, quais os tipos de vínculo de colaboração que pretende estabelecer e os respectivos prazos de vigência,<sup>41</sup> quais os requisitos de elegibilidade das entidades pretendentes,<sup>42</sup> quais os requisitos da manifestação de interesse ou requisitos do projeto a ser apresentado pelas entidades<sup>43</sup> e quais os procedimentos, prazos e critérios de decisão do processo de chamamento público.<sup>44</sup> A definição prévia de todos esses aspectos fundamentais dos futuros vínculos de colaboração, portanto, há de ser feita em regulamento e, por óbvio, tornada pública com a sua publicação (homenageando-se assim, uma vez mais, o princípio da publicidade). Mais do que isso, a minuta desse regulamento há de ser submetida, antes de tudo, a consulta pública,<sup>45</sup> viabilizando-se, destarte, o cotejo do seu conteúdo com as reações, sugestões e críticas por parte do público (prestigiando-se, desta feita, não só o princípio da publicidade mas também a participação popular e, assim, a democracia na esfera administrativa). Ao cabo desse processo de planejamento poderá acontecer, enfim, que o chamamento público subsequente não seja um processo de competição. Pode ser que quaisquer interessados, desde que cumpram os requisitos previamente definidos no regulamento, sejam chamados (pelo processo de chamamento público) a firmar, cada qual, o seu contrato público de colaboração. Dispõe o anteprojeto que “o processo deve ser iniciado pela publicação, na imprensa oficial e em página eletrônica, de edital contendo as especificações relativas ao processo e ao contrato ou contratos a serem celebrados, nos termos do regulamento” (art. 78, § 1º). Vê-se que não se trata, necessariamente, de instaurar uma competição.

---

<sup>41</sup> Cf. art. 76, I.

<sup>42</sup> Cf. art. 76, II.

<sup>43</sup> Cf. art. 76, III.

<sup>44</sup> Cf. art. 76, IV.

<sup>45</sup> Cf. art. 76, parágrafo único.

Note-se que essa sistemática tende a reduzir significativamente o risco de favoritismos pessoais e outros tipos de abuso de poder pelo fato de que, invariavelmente, o público poderá opinar às claras e se fazer ouvir, na consulta pública, para o fim de influir na definição dos fatores decisivos da colaboração vislumbrada; tende a haver menos margem, assim, para a estipulação de requisitos injustificáveis, não republicanos. Seja qual for o conteúdo do regulamento finalmente editado, após a consulta pública, espera-se que algum consenso a seu respeito, ou algum grau de suporte ou legitimidade, já tenha sido galvanizado entre as entidades interessadas; isso poderá contribuir para a redução do grau de litigiosidade no passo subsequente, do chamamento público. E vale lembrar que a decisão ao final de todo o processo – em favor desta ou daquela entidade, destas ou daquelas entidades, de todas ou de nenhuma delas –, feita a partir da análise e comparação das manifestações de interesse e projetos apresentados, deverá ser *formalmente motivada*, o que constituirá mais um obstáculo, significativo, a eventuais favoritismos e outra sorte de abusos. Tudo isso autoriza a conclusão de que o processo de chamamento público, tal como previsto no anteprojeto de lei, realmente não se traduzirá sempre num processo de competição de interessados, afastando-se assim do sentido estrito de *licitação*; nem por isso – fica claro a partir da sua leitura – ele deixará de conter obstáculos a que, na ausência de competição, favoritismos e outras espécies de abuso de poder tenham lugar; noutras palavras, nem por isso tal processo poderá menoscar o princípio da igualdade, devendo, isto sim, prestigiá-lo.

A segunda razão pela qual o anteprojeto de lei em exame não se vale do termo *licitação*, mas sim da expressão *chamamento público*, parece ter sido o fato de que a licitação pública, no Brasil, consoante observado no **capítulo 8** desta tese, tornou-se um processo muito limitado quanto ao seu conteúdo e finalidade; em razão desse fato, o não emprego, no anteprojeto, da expressão *licitação*, quer diferenciá-lo do sentido estrito em que o termo vem empregado nas leis vigentes. Como já observado, a licitação pública, tal como regida pela Lei 8.666/93, revela-se uma técnica de uso restrito na medida em que pressupõe que o Poder Público seja capaz de definir muito bem, antecipadamente, o que pretende contratar; que em qualquer disputa haja a possibilidade de um cotejo muito objetivo entre as propostas apresentadas, sempre que possível baseado exclusivamente no critério do menor preço; que, mesmo quando aberto à possibilidade de uso do critério da *técnica*, o faz em caráter

excepcional. Por isso inexistente identificação do processo de *chamamento público*, tal qual disciplinado no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, com uma licitação pública, nos moldes em que hoje é compreendida no direito brasileiro.

A terceira e última razão pela qual o anteprojeto de lei em exame preferiu a expressão *chamamento público* a outras (inclusive à expressão *licitação pública*) é o fato de que a formação de vínculos de colaboração entre a administração federal e entidades privadas sem fins lucrativos, no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas** (em que se aplicam o Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial 127/2008), já vem submetida a processo apelidado de *chamamento público*. O anteprojeto de lei, assim, toma emprestada uma denominação já eleita, embora lhe atribua novo conteúdo.

## **2.5. Contrato de parceria**

### **a) Projetos de lei**

Os projetos de lei em exame não alteram as regras do direito vigente que dispõem acerca da contratação, pelo Poder Público, de entidades do terceiro setor para fins de fomento, parceria, colaboração ou algo assemelhado.

### **b) Anteprojeto de lei**

Ambos os anteprojeto de lei sob exame distinguem dois tipos de vínculos jurídicos entre o Estado e entidades privadas sem fins lucrativos: de um lado, o vínculo ordinário de negócios, que, segundo prevêem, deverá permanecer submetido à legislação pertinente de licitação e contratos administrativos (Lei 8.666/93); de outro, o vínculo de *parceria* ou de

*colaboração*, que submetem ou prevêm que seja submetido a regime jurídico especificamente talhado para discipliná-lo.<sup>46</sup>

Ambos empenham-se em esclarecer qual seria o objeto desse último vínculo. É neste passo que se notam diferenças importantes. O Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor emprega a expressão *parcerias* para designar tais vínculos, definindo-as, em seu artigo 31, *caput* (já transcrito, mas que convém recordar aqui), como “...o conjunto de acordos, alianças e convenções múltiplas, firmado entre dois ou mais entes, visando a realização de objetivos de interesse comum, em regime de confiança recíproca e colaboração mútua”. Vê-se, assim, que *parceria* é termo adotado com amplo significado, para abranger os vínculos de entidades do terceiro setor não apenas com o Estado, mas também com “...empresas e outras entidades do Terceiro Setor e da sociedade civil”.<sup>47</sup> Já o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública alude a *vínculo de colaboração*, definindo-o, em seu artigo 74, incisos I a III (já transcritos, mas que convém relembrar), como o vínculo de “...fomento, pela entidade estatal, de atividade de relevância pública de iniciativa da entidade não estatal”, ou, então, o de “...atribuição, a entidade não estatal, da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartidas da entidade estatal”, ou, ainda, o de “...execução conjunta, por entidade estatal e entidade não estatal, de atividade de relevância pública”. Esclarece, ainda, o que podem ser tais “atividades de relevância pública” objeto dos três tipos de *vínculo de colaboração* especificados<sup>48</sup> e aponta aquilo que, mesmo

---

<sup>46</sup> Nessa linha, o Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor aparta os *contratos de prestação de serviços* pela entidade do terceiro setor ao Estado, sujeitando-os à Lei 8.666/93 (*cf.* art. 28), das *parcerias* do Estado com o terceiro setor, sujeitando-as a normas a serem estabelecidas mediante projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional (*cf.* art. 36). Já o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública aparta os *contratos administrativos* celebrados pelo Estado com as entidades não estatais de direito privado sem fins lucrativos, regidos pela Lei 8.666/93 (*cf.* art. 73, § 5º.), dos *contratos públicos de colaboração*, aplicáveis aos vínculos de colaboração constituídos com tais entidades (especialmente as enquadráveis sob o conceito *entidades de colaboração*), regidos pelas regras estabelecidas em seu próprio corpo (*cf.* art. 73, § 4º.).

<sup>47</sup> *Cf.* art. 30.

<sup>48</sup> *Cf.* art. 74, parágrafo único, alíneas *a* a *l*, que têm o seguinte teor: “Art. 74. [...]. Parágrafo único. Para fins deste artigo, são de relevância pública as atividades, ações e programas relativos especialmente aos seguintes campos: a) assistência social; b) cultura, proteção e conservação do patrimônio histórico e artístico; c) prestação de serviços de saúde, de educação e de outros serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços estatais, de forma inteiramente gratuita ou predominantemente gratuita; d) incentivo ao voluntariado; e) segurança alimentar e nutricional; f) incentivo à prática de esportes; g) desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; h) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; i) preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; j) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; k) promoção de direitos e assessoria jurídica gratuita; ou

sendo passível de caracterização como *vínculo de colaboração*, não poderá ficar sujeito ao regime especial criado para discipliná-lo.<sup>49</sup> Este anteprojeto de lei, assim, leva em conta apenas os vínculos constituídos pelo Estado com terceiros, notadamente as entidades privadas sem fins lucrativos. Mais do que isso, trata-se de anteprojeto atento à necessidade de ir além da enunciação, já tão tradicional quanto problemática, de que as relações jurídicas em comento constituem vínculos de cooperação cujos partícipes miram objetivos de interesse comum; ao ir além, procura especificar, isto sim, de que tipo de cooperação se está efetivamente tratando, discriminando então os três tipos apontados. Por mais semelhantes entre si que eles sejam, ou por mais que possam vir imbricados uns aos outros em situações concretas, o fato de terem sido discriminados afigura-se muito relevante. Afinal, com tal discriminação, a genérica formulação doutrinária de que os ajustes em tela constituem *cooperação para a realização de objetivos de interesse comum* é aprofundada, descortinando-se que a cooperação em apreço pode acontecer de três maneiras.

É útil o esforço de especificação encontrado no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, também, no que tange à definição de hipóteses que, ainda que porventura caracterizáveis como vínculos de cooperação, não merecem tratamento jurídico diferenciado. Se o vínculo não envolver qualquer “atividade de relevância pública”, nos amplos termos em que definidas tais atividades, não terá lugar;<sup>50</sup> se importar a delegação de funções exclusivas do Estado, tais como as de regulação e exercício do poder de polícia, também não terá espaço;<sup>51</sup> e se destinar-se ao simples fornecimento, pela entidade não estatal, de mão-de-obra ou bens necessários à execução de atividade pela própria entidade estatal,

---

l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades e finalidades mencionadas neste artigo.” Essas disposições são de nítida inspiração no art. 3º., incisos I a XII, da Lei nº. 9.790/99 (Lei das OSCIP), que prevêem as finalidades para as quais uma organização deve estar orientada para que possa vir a ser qualificada como OSCIP. O artigo 74, parágrafo único, do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública apenas acrescenta, comparativamente ao rol encontrado na Lei das OSCIP, as atividades ou finalidades de “incentivo à prática de esportes” e prestação de outros “serviços sociais” diretamente à população, para além dos de saúde e educação, de forma gratuita ou predominantemente gratuita.

<sup>49</sup> É o que se depreende do art. 75, incisos I a III, que dispõe: “Art. 75. O contrato público de colaboração não pode: I – contemplar atividade que não seja de relevância pública; II – importar a delegação das funções de regulação, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; e III – destinar-se ao simples fornecimento, pela entidade não estatal, de mão-de-obra, serviço ou bens necessários à execução de atividade pela própria entidade estatal, salvo no caso do art. 79.”

<sup>50</sup> Cf. art. 75, I.

<sup>51</sup> Cf. art. 75, II.

tampouco terá espaço sob esse regime diferenciado instituído para os *vínculos de colaboração* (submetendo-se, por certo, ao regime dos contratos administrativos, dado pela Lei 8.666/93).<sup>52</sup> Com essas exclusões são especificamente endereçados problemas e temores mais ou menos freqüentes em matéria de contratação entre o Poder Público e entidades do terceiro setor – como a crítica ao fomento a atividades de exclusivo interesse dos fomentados e nulo interesse público; o temor de terceirização de funções tidas como exclusivas de Estado; e o sempre criticado emprego do regime dos convênios para travestir relações verdadeiramente sujeitas ao regime dos contratos administrativos da Lei 8.666/93 (o convênio dissimulado).

Em suma, é bem-vinda a elucidação no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública acerca das hipóteses de vínculo de colaboração com o Poder Público que, como tais, merecem tratamento jurídico diferenciado. Com isso pode-se superar o problema de não se saber ao certo quais as hipóteses de cabimento de um regime talhado, especialmente, para os *vínculos de colaboração*. Trata-se de um problema fundamental do direito vigente, descrito no **capítulo 7**, bastante visível no caso do **Regime das Entidades Conveniadas**, diante do qual se enfrentam sabidas dificuldades para dissociar, na prática, as situações de cabimento dos convênios administrativos e as de cabimento das contratações administrativas no âmbito da Lei 8.666/93.

Outra contribuição do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública para o aperfeiçoamento do direito vigente é a de que, mais do que discernir as hipóteses de cabimento de um regime especialmente talhado para reger os vínculos de parceria, ele define este regime. É o regime do chamado *contrato público de colaboração* – um regime jurídico mínimo, cuja observância se soma à necessidade de respeito às regras do **Regime Especial** de controle pertinente ao caso, essas subsidiariamente.<sup>53</sup>

Qual a importância de um regime jurídico mínimo de contratação de parcerias? Ela é enorme. Em primeiro lugar porque o principal regime de parcerias, o **das Entidades**

---

<sup>52</sup> Cf. art. 75, III.

<sup>53</sup> Nos termos do § 4º. do art. 73 do anteprojeto de lei: “§ 4º. Sujeita-se ao regime do contrato público de colaboração todo instrumento que institua vínculo de colaboração, nos termos definidos nesta Lei, independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, que será aplicada subsidiariamente.”

**Conveniadas**, é laconicamente disciplinado por lei, exigindo uma integração por normas infralegais que têm se mostrado instáveis, como visto no **capítulo 7**. Em segundo lugar porque há uma pluralidade desnecessária de regimes, como também visto no **capítulo 7**, o que tem gerado assimetrias injustificáveis de tratamento jurídico de situações idênticas. Com a introdução no ordenamento, ao menos, de um regime jurídico mínimo, de observância obrigatória em qualquer hipótese, para a constituição de todos os vínculos de colaboração com o setor privado, seria conferida certeza jurídica a situações de incerteza e, além disso, a observância do princípio da isonomia seria resgatada. Em terceiro lugar, acompanha este regime mínimo um *planejamento prévio com participação popular* e, ainda, um *processo* para a tomada de decisão quanto às entidades a serem contratadas e ao conteúdo das contratações, *assegurador, no mínimo, da observância dos princípios da publicidade, isonomia e motivação*, tornando a contratação de parcerias mais consentânea com a Constituição Federal. Não é pouco.

## **2.6. Prestação de contas**

### **a) Projetos de lei**

Entre as medidas de controle estatal previstas no PL 3.877/2004 está a instituição de prestação de contas pelas ONGs, ao Ministério Público, “...dos recursos recebidos por intermédio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada...”. O projeto de lei não esclarece, contudo, qual será, exatamente, o objeto desta prestação de contas e qual a sua finalidade. Por exemplo, trata-se de informar ao Ministério Público apenas o valor do montante recebido em recursos? Ou é preciso também identificar cada origem de recursos, uma a uma, discriminadamente? E qual a razão pela qual o Ministério Público precisa saber dos recursos de origem *privada* recebidos pelas entidades sem fins lucrativos? É claro que podem existir legítimas razões,<sup>54</sup> mas a questão tem relevo para chamar a atenção para o fato de que a lei precisa explicitá-las, a partir, por exemplo, do apontamento preciso da finalidade

---

<sup>54</sup> Como se verá no **capítulo 12**, o direito estadunidense demonstra especial preocupação com a supervisão da destinação dada pelas entidades privadas sem fins lucrativos aos recursos de origem privada recebidos e não apenas com o destino dado aos de origem estatal.

da função de controle a ser desempenhada pelo Ministério Público e, por conseguinte, da correlação que esta finalidade possa guardar com a exigência de prestação de contas de recursos de origem pública ou privada recebidos. A ausência do apontamento de finalidades e de objeto preciso para o exercício de atribuições de controle é pernicioso porque sugere que a lei esteja, simplesmente, dando um “cheque em branco” ao órgão de fiscalização, o que dá margem a que este promova devassas na entidade fiscalizada porquanto não constrangido por parâmetros mínimos, imediatamente verificáveis na própria lei que outorga a competência.

Para além da falta de clareza desta proposição encontrada no PL 3.877/2004, a ela subjaz uma outra questão, a respeito de como tal dever de prestação de contas de recursos ao Ministério Público se articularia com outros deveres, igualmente de prestação de contas, já previstos na legislação em vigor. Como visto no **capítulo 3** deste trabalho, as entidades do terceiro setor já suportam uma quantidade significativa de deveres de prestação de contas.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Vale recapitular o exposto a esse respeito no **capítulo 3**. Ora esta prestação de contas dirige-se ao órgão público que lhe outorgou certa credencial ou título jurídico especial (o MJ ou o CNAS, por exemplo), ora ao órgão público responsável pela supervisão da sua área de atuação (o Ministério da Saúde ou o CNAS, por exemplo), ora ao órgão público responsável por repassar-lhe recursos públicos e com o qual tenha firmado ajuste de parceria (um convênio, por exemplo), ora ao público em geral (o que ocorre quando há a publicação dos documentos de prestação de contas na imprensa oficial ou num sítio oficial na Internet, como o Portal dos Convênios). Para as entidades certificadas como de Utilidade Pública, há os deveres de *i*) apresentação ao MJ de relatório anual circunstanciado dos serviços prestados à coletividade (*cf.* Lei 91/35, art. 4º., *caput*) e *ii*) de publicação anual da demonstração da receita e despesa realizadas no período anterior, desde que tenham sido contempladas com subvenção por parte da União no mesmo período (*Cf.* Decreto 50.517/61, art. 2º., *g*, com a redação dada pelo Decreto 60.931/67). Para as entidades certificadas como Beneficentes de Assistência Social, há os deveres de *i*) apresentação ao CNAS de relatório de execução de plano de trabalho de assistência social (*cf.* Decreto 2.536/98, art. 4º., *caput*) e *ii*) de apresentação de demonstrações contábeis e financeiras relativas aos três últimos exercícios, consistentes em balanço patrimonial, demonstração do resultado do exercício, demonstração de mutação do patrimônio, demonstração das origens e aplicações de recursos e notas explicativas (*cf.* Decreto 2.536/98, art. 4º., *caput* e incs. I a V). Isto sem falar noutras obrigações acessórias, como a de o citado plano de trabalho ser previamente submetido ao CNAS para sua aprovação (*cf.* Decreto 2.536/98, art. 3º., § 1º.), ou a de as citadas demonstrações contábeis e financeiras serem previamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado (*cf.* Decreto 2.536/98, art. 5º., *caput*), exceto quando a receita bruta da entidade, em cada um dos três últimos exercícios financeiros, tenha sido igual ou inferior a um milhão e duzentos mil reais (*cf.* Decreto 2.536/98, art. 5º., § 1º., com a redação dada pelo Decreto 3.504/2000). E isto sem falar, ainda, nos deveres adicionais de prestação de contas que se aplicam conforme a área de atuação da entidade, como, por exemplo, o dever de a entidade de saúde enviar relatórios semestrais ao Ministério da Saúde e ao CNAS para fiscalização (como faz crer, com todas as suas imperfeições, o art. 3º., § 23 do Decreto 2.536/98). Já para as entidades conveniadas, há os deveres de *i*) prestação de contas sobre a execução física do objeto pactuado a cada etapa ou fase da execução (*cf.* Lei 8.666/93, art. 116, § 3º., I) e *ii*) de prestação de contas “do ajuste”, como genericamente previsto em lei, devendo tal prestação incluir a discriminação das receitas auferidas com as aplicações financeiras dos saldos de convênio não utilizados (*cf.* Lei 8.666/93, art. 116, § 4º.). Esta prestação de contas do ajuste envolve a apresentação de uma série de documentos listados em regulamento (*cf.* Portaria Interministerial 127/2008, art. 58, *caput* e incs. I a VII). Para as entidades qualificadas como OSCIP ou como OS, os deveres de prestação de contas quanto à execução *física* do objeto pactuado com o Poder Público envolvem *i*) a

Qual o sentido de somar-se mais um aos já existentes? O que ele traz exatamente de novo? O projeto de lei não responde a estas questões, tampouco a sua justificativa; mas se sabe que, embora as leis quase sempre reservem uma menção ao Ministério Público, a este costumam atribuir uma função reativa, isto é, de tomada de providências diante de representações sobre malversação de recursos de origem pública por entidades do terceiro setor que lhe sejam encaminhadas.<sup>56</sup> O projeto de lei pretende reverter este quadro, ao tornar o Ministério Público, lado a lado com os órgãos públicos repassadores de recursos, um dos responsáveis pelo recebimento das prestações de contas das entidades. E vai além: impõe que sejam prestadas

---

apresentação, ao término de cada exercício, de *relatório sobre a execução do objeto* pactuado (cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 8º, § 1º, referente às OS) e *ii*) a discriminação, no relatório sobre a execução do objeto, de *comparativo específico de metas propostas com resultados alcançados* (cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 2º, I, f, referente às OS), bem como *iii*) a publicação, na imprensa oficial da área de abrangência do projeto, de *extrato do contrato pactuado e demonstrativo da sua execução física e financeira* (cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, VI c/c Decreto 3.100/99, art. 18 e Anexo II, referentes às OSCIP). Os deveres de prestação de contas quanto à execução financeira do objeto pactuado envolvem *i*) a discriminação, no citado relatório de execução do objeto, da *prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados*, independentemente da apresentação de estimativa de receitas e despesas (cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V, referente às OSCIP) e *ii*) como já mencionado, a publicação do demonstrativo da execução física e financeira do objeto (cf. Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, VI c/c Decreto 3.100/99, art. 18 e Anexo II, referentes às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 2º, I, f, referente às OS).

<sup>56</sup> Lembre-se que, no **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, atribui-se ao Ministério Público competência para representar ao MJ sobre o descumprimento de requisitos para a fruição do título de Utilidade Pública, ou outras irregularidades, por parte de entidade como tal qualificada, pedindo a cassação do título (Lei 91/35, art. 5º c/c Decreto 50.517/61, art. 7º). No **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social**, atribui-se ao Ministério Público a genérica competência para “zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos” na lei (Lei 8.742/93, art. 31), especificando-se, de todo modo, que compete ao Ministério Público, dentre outros órgãos, representar ao CNAS sobre o descumprimento de requisitos para a fruição do título de Entidade Beneficente de Assistência Social, por qualquer entidade, pedindo o cancelamento do título (Decreto 2.536/98, art. 7º, § 2º). No **Regime das Entidades Conveniadas**, afirma-se a competência do Ministério Público para promover as devidas ações criminais na hipótese de ocorrência dos crimes nele previstos (Lei 8.666/93, art. 100), podendo o Ministério Público ter a sua iniciativa provocada por qualquer pessoa (art. 101); atribui-se ao Ministério Público, ainda – assim como a outros órgãos –, o poder de acesso ao SICONV, franqueando-lhe a possibilidade de incluir no sistema informações de que tenha conhecimento a respeito da execução dos convênios publicados (Decreto 6.170/2007, art. 13, § 3º). No **Regime das Fundações de Apoio** inexistente menção específica às atribuições do Ministério Público na legislação de regência (Lei 8.958/94 e Decreto 5.205/2004), mas é certo que, em se tratando de fundações, estão sujeitas à disciplina que lhes é dada pelo Código Civil, notadamente à previsão do seu art. 66, que confere ao *Parquet* a competência para velar pelas fundações. No **Regime das OS**, atribui-se ao Ministério Público, entre outros órgãos estatais, a competência para, recebendo representação sobre a malversação de recursos de origem pública por entidade qualificada como OS, requerer ao juízo competente a decretação da indisponibilidade de seus bens e o seqüestro dos bens de seus dirigentes, a fim de viabilizar o ressarcimento ao erário dos recursos comprovadamente desviados (Lei 9.637/98, art. 10). No **Regime das OSCIP**, reconhece-se ao Ministério Público, assim como aos cidadãos, legitimidade ativa para requerer administrativa ou judicialmente a cassação da qualificação de entidade como OSCIP (Lei 9.790/99, artigos 7º e 8º); tal qual no **Regime das OS**, também se atribui ao Ministério Público, expressamente, a competência para receber representações sobre malversação – desta feita por entidade qualificada como OSCIP – de recursos de origem pública e requerer ao juízo competente providências acautelatórias com vistas a possibilitar o ressarcimento de recursos eventualmente desviados ao erário, além de outras providências previstas na legislação sobre improbidade administrativa e inelegibilidade para cargos políticos (Lei 9.790/99, art. 13).

contas não apenas sobre os recursos de origem pública recebidos, mas também, com dito, sobre os recursos *de origem privada* – algo que também constitui uma alteração do direito vigente, centrado na prestação de contas de recursos de origem pública. Seria preciso, assim, que o projeto de lei, ao promover alterações, aparentemente, significativas no direito vigente, fosse acompanhado de explicação acerca do *exato alcance* dessas alterações e de *como elas se articulam* com as normas sobre prestação de contas já postas.

Em suma, a situação atual, em que se percebe que as entidades do terceiro setor já se encontram submetidas a uma série de deveres de prestação de contas, qualquer medida legislativa ou regulamentar pela qual se pretenda submetê-las a dever *adicional* de prestação de contas deveria, ao menos, considerar cuidadosamente não apenas *para qual finalidade* ela se destina e *a respeito do quê* ela trata, mas também *a quem* ela se dirige e *como ele se articula com os deveres de prestação de contas já existentes* – indagando-se, por exemplo, se o objeto da prestação de contas é novo, se a sua finalidade já não é contemplada de outras maneiras, ou se não onera sobremodo as entidades. Não se sustenta, aqui, portanto, ser *a priori* indesejável uma prestação de contas ao Ministério Público, mas apenas que a proposta, tal como formulada, não deve prosperar sem a reflexão e os esclarecimentos apontados como necessários.

## **b) Anteprojetos de Lei**

O Anteprojeto de Lei Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, por sua própria característica essencial de se tratar mais de uma consolidação da legislação em vigor do que de uma proposição inovadora, não apresenta inovações substanciais em matéria de prestação de contas pelas entidades do terceiro receptor de recursos de origem pública. Todavia, algumas de suas disposições a esse respeito merecem destaque por variadas razões – seja porque elucidam algum aspecto controverso do direito em vigor, seja porque estendem a todas as entidades do setor exigências que, sob o direito vigente, só lhes são aplicáveis na hipótese de se beneficiarem de alguma transferência de recursos.

Merece destaque a sua previsão de que as entidades que recebam ou apliquem recursos públicos deverão prestar contas diretamente ao tribunal de contas competente.<sup>57</sup> A exigência constitui significativa alteração da regra em vigor, mencionada no **capítulo 6**, segundo a qual tais entidades, quando tenham recebido recursos de origem pública, devem prestar contas, diretamente, ao órgão ou entidade da administração pública que lhes tenha repassado os recursos. Resta por ser esclarecido o porquê desta proposição.

Destaquem-se, ainda, as suas previsões de que as entidades do terceiro setor deverão adotar, internamente, com base nos respectivos estatutos e regimentos, certas medidas de boa governança, incluída a previsão de procedimentos de prestação de contas<sup>58</sup> e de um Conselho Fiscal (ou órgão equivalente) encarregado de avaliar periodicamente as prestações de contas efetuadas;<sup>59</sup> ademais, deverão submeter-se, no que couber, a certas disposições da Lei 9.790/99 (Lei das OSCIP) que exigem que sejam inseridas normas sobre prestações de contas nos estatutos das entidades pretendentes à qualificação como OSCIP.<sup>60</sup> Note-se, a respeito desse último ponto, que o anteprojeto de lei procura estender a todas as entidades do terceiro setor obrigações que, no direito vigente, são apenas requisitos de acesso a parcerias com o

---

<sup>57</sup> Cf. art. 49, cujo exato teor é: “Art. 49. Somente as entidades do Terceiro Setor que recebam e apliquem recursos e bens de natureza pública, de qualquer espécie e a qualquer título, deverão prestar contas diretamente ao Tribunal de Contas competente.”

<sup>58</sup> Cf. art. 38, cujo exato teor é: “Art. 39. As entidades do Terceiro Setor são obrigadas a observar os parâmetros, instrumentos e práticas de boa governança estabelecidos no art. 14 desta Lei, notadamente para fins de previsão, em seus estatutos e regimentos, de procedimentos de controle interno e de prestação de contas.”

<sup>59</sup> Cf. art. 39, que dispõe: “Art. 39. As entidades do Terceiro Setor deverão organizar-se de modo a criar em sua estrutura Conselho Fiscal ou órgão equivalente, encarregado de avaliar periodicamente a prestação de contas e demais relatórios de desempenho financeiro, contábil e de performance, assim como sobre operações patrimoniais realizadas, com competência e independência para emitir pareceres para os órgãos de direção da entidade.”

<sup>60</sup> Cf. art. 40 do anteprojeto, que dispõe: “Art. 40. No que couber, aplica-se a todas as entidades do Terceiro Setor o disposto no art. 4º., inciso VII, alíneas (a) a (d), da Lei federal n. 9.790/99.” A sua vez, as citadas disposições da Lei 9.790/99 prevêm: “Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º. [que arrola os fins sociais admitidos para a qualificação de uma entidade como OSCIP], exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: (...) VII – as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento; d) [que] a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.”

Estado e ao fomento estatal, mas que passariam a ser requisitos para qualquer atuação da entidade do terceiro setor.

A respeito do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, pode-se dizer que ele não impõe às entidades do terceiro setor novos deveres de prestação de contas a respeito da aplicação dos recursos de origem pública que lhes tenham sido transferidos. Apenas prevê, em linha com o disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, que quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome de entidade estatal, estão sujeitas ao chamado controle externo.<sup>61</sup> Naturalmente, as entidades do terceiro setor beneficiárias de dinheiros, bens e valores públicos que lhes tenham sido transferidos permanecem submetidas ao comando constitucional, reforçado pelo anteprojeto.

O que o anteprojeto de lei traz de novo, isto sim, são algumas disposições importantes sobre o exercício da função pública de controle das atividades dos órgãos e entidades estatais, que acabam repercutindo, inevitavelmente, no controle sobre as transferências de recursos ou vínculos de colaboração constituídos com entidades não estatais de direito privado sem fins lucrativos. Dentre essas novas disposições merecem destaque: *i*) a imposição de certas diretrizes a serem observadas no exercício do controle estatal, tendentes a torná-lo, no caso do controle sobre as transferências, predominantemente focado nos *resultados* atingidos; *ii*) a limitação de excessos dos órgãos e entidades de controle, de sorte a impedir que, a pretexto de exercer o controle, acabem substituindo os órgãos e entidades controlados no exercício de suas competências; *iii*) ainda a limitação de excessos dos órgãos estatais de controle, de sorte a impedir que, a pretexto de exercer controle, acabem interferindo na gestão da entidades não estatais privadas sem fins lucrativos que tenham constituído vínculo de colaboração com o Poder Público; e *iv*) o prestígio ao chamado *controle social* sobre a atividade de transferência de recursos, exercido pela sociedade civil por meio da participação nos processos atinentes a diversas etapas da ação governamental que envolva tal transferência (isto é, da etapa do seu planejamento à etapa da sua execução). De um modo geral pode-se dizer que tais diretrizes

---

<sup>61</sup> Cf. art. 64, *caput*, cujo exato teor é: “Art. 64. Sujeitam-se ao controle quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da entidade estatal.”

reforçam o paradigma do controle de resultados da administração pública e, bem assim, de suas entidades de colaboração, conferindo um norte ao direito vigente que, consoante apontado no **capítulo 7**, especialmente em matéria de controle das transferências de recursos ao terceiro setor, carece de um paradigma claro e suficientemente orientador de uma ação governamental de controle menos casuística e mais uniforme e racional.

## **Conclusão**

As proposições legislativas a respeito da reforma dos sistemas de registro, controle e fiscalização de ONGs padecem, de uma forma geral, de superficialidade. Seus próprios textos não demonstram ser fruto de cuidadosa reflexão sobre as medidas de controle que propõem. Questões fundamentais como o controle *sobre o quê, por quem, para quê, como e quando* não se encontram sempre respondidas nas proposições e, quando se encontram, muitas vezes ali não se apresentam com a clareza necessária. Além do problema da superficialidade (ou como uma evidência dele mesmo), tais proposições não contemplam *a maneira pela qual se articularão com o direito vigente*. Correm o risco de acrescentar complexidade a um sistema de controle estatal das transferências de recursos ao terceiro setor que já necessita, como está, ser simplificado e sistematizado.

O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública é a proposta mais auspiciosa, dentre as examinadas, para o aprimoramento do direito vigente. Cria um *regime jurídico mínimo, de estatura legal e com aplicabilidade geral* para disciplinar essas transferências, endereçando, assim, o problema fundamental da lacônica disciplina legal da matéria.<sup>62</sup> Ademais, com suas regras sobre a exigência de um plano de parcerias, via regulamento, a ser editado mediante consulta pública como pré-requisito à constituição de vínculos de colaboração, endereça o problema do déficit democrático na formulação da política de fomento estatal;<sup>63</sup> com suas regras sobre o processo de chamamento público, endereça o problema do menoscabo ao princípio da igualdade na celebração de parcerias;<sup>64</sup> e com suas

---

<sup>62</sup> Sobre tal problema, cf. **capítulo 7**.

<sup>63</sup> Sobre tal problema, cf. **capítulo 8**.

<sup>64</sup> Sobre tal problema, cf. **capítulo 8**.

regras sobre o contrato público de colaboração, endereça o problema do tratamento único para parcerias público-privadas e parcerias público-públicas,<sup>65</sup> bem como o da excessiva fragmentação dos regimes de parcerias.<sup>66</sup> Finalmente, com suas regras que enfatizam o paradigma do controle de resultados sobre a administração pública, endereçam o problema da indefinição de paradigmas no controle das transferências de recursos ao terceiro setor.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Sobre tal problema, *cf.* **capítulo 8.**

<sup>66</sup> Sobre tal problema, *cf.* também **capítulo 8.**

<sup>67</sup> Sobre tal problema, *cf.* **capítulo 7.**

## CAPÍTULO 12

### SOLUÇÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO

Introdução. **1.** O direito estadunidense. **1.1.** Tipos de entidades privadas sem fins lucrativos. **1.2.** Legislação. **1.3.** Regulação. **1.4.** Análise. **a)** Diferenças com relação ao caso brasileiro. **b)** Semelhanças com relação ao caso brasileiro. **2.** O direito espanhol. **2.1.** Legislação. **a)** Registro de associações. **b)** Declaração de associações como de utilidade pública. **c)** Objeto da *Lei Geral de Subvenções*. **d)** Etapa inicial: planejamento e concessão. **e)** Etapa intermediária: gestão, prestação de contas, liberação e controle financeiro. **f)** Etapa final: reintegração de valores e sancionamento de infratores. **g)** Transparência das medidas de fomento. **2.2.** Análise. **a)** Comparação com o caso brasileiro: problemas fundamentais. **b)** Comparação com o caso brasileiro: controle prévio. **c)** Comparação com o caso brasileiro: controle concomitante. **d)** Comparação com o caso brasileiro: controle posterior. Conclusão.

#### Introdução

A reforma do vigente direito sobre o controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor passa, necessariamente, pela reforma do direito das parcerias, dos vínculos de colaboração, pelos quais estas transferências se realizam. Nesse sentido, no **capítulo precedente** já se concluiu que o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, na parte em que trata dos vínculos do Estado com as entidades de colaboração – verdadeiras organizações do terceiro setor –, é uma iniciativa auspiciosa, na medida em que endereça, com propostas bastante consentâneas com a Constituição Federal, o problema fundamental da falta de uma disciplina legal e de amplo alcance sobre tais parcerias. É de se questionar, entretanto, se a experiência estrangeira na matéria pode ser de alguma serventia para uma reflexão sobre o caso brasileiro. Decidiu-se, então, investigar ao menos duas que se mostrassem particularmente interessantes para inspirar uma reflexão do gênero: a estadunidense e a espanhola.

A experiência dos Estados Unidos da América chama a atenção pela pujança do terceiro setor na vida da nação norte-americana. O país é o berço de um dos maiores contingentes de entidades privadas sem fins lucrativos do mundo. Fazia-se necessário, então, investigar a sua legislação a respeito do terceiro setor e das suas relações com o Estado, a fim de identificar como ela tem sido capaz de nutrir esta rica experiência e, acima de tudo, o que dela se pode tirar como elemento útil à reflexão sobre os desafios brasileiros.

Já a experiência espanhola chama a atenção pela tradição do país europeu na organização do Estado para o fomento e, acima de tudo, na atualidade, pela legislação de que dispõe acerca das subvenções públicas, notadamente às entidades do terceiro setor. Como destacado no **capítulo 2** deste trabalho, a doutrina administrativista espanhola tem dedicado especial atenção à atividade administrativa de fomento, empreendendo um esforço para estudá-la ainda sem paralelo (de um modo geral) na doutrina brasileira.

O **presente capítulo**, então, divide-se em duas partes, tratando primeiro do direito estadunidense e, em seguida, do espanhol. Em ambas apresenta-se um panorama do direito vigente acerca das entidades do terceiro setor e o seu fomento pelo Estado, seguida de análise. A análise tem por objetivo destacar aquilo que, do apurado, serve para refletir sobre soluções para os problemas diagnosticados relativamente ao direito brasileiro. Ao final, uma síntese geral – que engloba possíveis lições extraíveis de ambas as experiências jurídicas – é apresentada.

## **1. O direito estadunidense**

Os Estados Unidos da América é o país no qual existe o maior número de entidades sem fins lucrativos do mundo. Nele havia em 2002 cerca de 1,6 milhão de organizações reconhecidas como isentas do pagamento do imposto de renda (isenção esta que constitui um parâmetro importante, por lá, para a definição do universo de entidades sem fins lucrativos, como se verá adiante). Considerando-se que igrejas e organizações correlatas, assim como organizações com receita anual inferior a US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares), não são

obrigadas a pleitear esta isenção tributária, estima-se que a quantidade de entidades sem fins lucrativos nos Estados Unidos seja ainda maior.<sup>1</sup>

### 1.1. Tipos de entidades privadas sem fins lucrativos

A referência ao setor privado sem fins lucrativos (*nonprofit sector*) nos Estados Unidos quer significar, em regra, o conjunto de corporações, *trusts*, associações e outras pessoas jurídicas reconhecidas como isentas do imposto de renda pelo *Internal Revenue Service (IRS)*, que é a principal autoridade tributária federal do país<sup>2</sup> (análoga à Receita Federal no Brasil). De modo simplificado, pode-se dizer que o setor sem fins lucrativos nos Estados Unidos é composto por esses três tipos principais de entidades: as corporações, os *trusts* e as associações. As corporações se subdividem, geralmente, em três subtipos: as *de benefício público*, as *de benefício mútuo* e as *religiosas*.<sup>3</sup>

As duas formas mais comuns são a corporação e o *trust*. Dentre essas duas, a corporação é ainda mais usual, ao menos desde a metade do século XX. Já as associações, também chamadas associações voluntárias (*voluntary associations*), são constituídas informalmente e raramente são utilizadas; a razão que as torna pouco atrativas é que cada um dos membros de uma associação responde pelos débitos por ela incorridos (exceto nalguns estados-membros da federação, em que regra limitativa da responsabilidade foi adotada). Outra forma jurídica digna de nota é *limited liability company (LLC)*, instituída em todos os estados-membros durante a década de 1990, que agrega vantagens como a limitação de responsabilidade e um tratamento tributário diferenciado; seu regime jurídico, todavia, é substantivamente equivalente ao das corporações.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, pp. 4-5.

<sup>2</sup> Cf. *ibid.*, p. 4.

<sup>3</sup> De acordo com a *Revised Model Nonprofit Corporation Act*, a respeito da qual se falará adiante.

<sup>4</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 116.

Vale atentar para o fato de que a própria definição das espécies (e subespécies) de pessoas jurídicas sem fins lucrativos é matéria da competência legislativa dos estados-membros. Esta competência estadual envolve o poder de dispor não apenas sobre os tipos de pessoas sem fins lucrativos passíveis de serem criados, mas também sobre o seu procedimento de constituição, a sua organização interna, a sua gestão e a sua dissolução. O resultado prático de tão ampla competência é que cada um dos cinquenta estados-membros da federação estadunidense, além do Distrito de Columbia, tem a sua própria legislação pertinente ao setor privado sem fins lucrativos. O contraste com o caso brasileiro, neste aspecto, é expressivo: como se sabe, entre nós compete privativamente à União legislar sobre direito civil e comercial (art. 22, inciso I, da Constituição Federal), de sorte que todas as matérias supra-aludidas, que ficam sob a alçada estadual na federação norte-americana, são da alçada federal no Brasil.

Mas esse federalismo forte dos Estados Unidos da América, em contraposição ao federalismo relativamente mais fraco do caso brasileiro, não faz com que haja, por lá, disparidade total entre as legislações estaduais, como se poderia supor. Na realidade, já é tradicional naquele país a prática da elaboração, por corporações profissionais e outras instituições, de “leis-modelo” (“*model acts*”), que nada mais são do que anteprojetos de lei pré-acordados e subseqüentemente submetidos como projetos de lei à aprovação de cada estado-membro, cujo propósito é imprimir alguma uniformidade à produção legislativa das diversas unidades da federação. Compete a cada estado-membro, evidentemente, aprovar ou não as leis-modelo levadas à sua apreciação, exercendo, para isso – e plenamente –, a respectiva autonomia político-legislativa. Não raro estas leis-modelo terminam aprovadas ao cabo do processo legislativo com algumas modificações entendidas pertinentes pelos Poderes Legislativo e Executivo estaduais. Mas mesmo com essas eventuais modificações, as leis-modelo aprovadas (tornadas *leis*, portanto) acabam servindo bem ao seu propósito original de conferir certa uniformidade – ainda que relativa – à produção legislativa das diversas unidades da federação.

Há várias leis-modelo que se revelaram importantes para a construção do direito estadual pertinente às entidades sem fins lucrativos até os dias de hoje, entre as quais se pode

mencionar: o *Uniform Act for Supervision of Trustees for Charitable Purposes*, chancelado pelos *Commissioners on Uniform State Laws* e pela *American Bar Association* em 1954;<sup>5</sup> o *Model Solicitations Act*, chancelado pela *National Association of Attorneys General* em 1986; e o *Revised Model Nonprofit Corporation Act*, chancelado pela *American Bar Association* em 1987.<sup>6</sup> A respeito de seus respectivos conteúdos se falará em seguida.

Importa reter, por hora, que a alusão ao setor sem fins lucrativos costuma se referir, nos Estados Unidos, ao universo das entidades reconhecidas como isentas do imposto de renda pela autoridade tributária federal e que a personalidade jurídica dessas entidades não decorre do direito federal, mas do direito estadual. A personalidade jurídica é atribuída, assim, segundo os termos da legislação de cada estado-membro da federação. A corporação e o *trust* são as espécies mais freqüentes, mas há também outras formas jurídicas, como as associações e as *limited liability companies*.

Vale ainda mencionar que existe um conjunto de entidades isentas do imposto de renda que a legislação tributária *federal* qualifica como fundações privadas (*private foundations*). As fundações privadas consistem, assim, em mera qualificação jurídica, atribuída com base na legislação federal (e não num tipo de personalidade jurídica, como se poderia supor por analogia ao caso brasileiro). A esse respeito também se falará na apresentação panorâmica das legislações estadual e federal a seguir.

## 1.2. Legislação

Nos Estados Unidos, há quatro matérias pertinentes às organizações sem fins lucrativos que costumam ser tratadas pela legislação dos estados-membros: *i*) criação, operação e dissolução dessas organizações; *ii*) registro dessas organizações e prestação de contas sobre suas atividades financeiras; *iii*) solicitação de fundos para fins filantrópicos; e *iv*) conversão de hospitais e outras entidades de saúde sem fins lucrativos em empresas lucrativas.

---

<sup>5</sup>Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, pp. 54 e 312.

<sup>6</sup>Cf. *ibid.*, p. 431.

A primeira delas – criação, operação e dissolução de entidades sem fins lucrativos – é a tratada com mais frequência. Marion FREMONT-SMITH relata que todos os estados-membros, exceto dois, editaram leis a respeito da criação, operação e dissolução de *corporações* sem fins lucrativos<sup>7</sup> (lembre-se de que a corporação é apenas uma, embora a principal, das formas jurídicas de que podem se revestir as entidades privadas sem fins lucrativos). As leis mais simples, na visão da autora, são as oriundas do precitado *Revised Model Nonprofit Corporation Act*, que foi adotado por doze estados-membros e, em versões modificadas, por outros onze.<sup>8</sup> É esta lei-modelo que subdivide as corporações filantrópicas nos três subtipos já mencionados: as *de benefício público*, as *de benefício mútuo* e as *religiosas*. Segundo FREMONT-SMITH, nesta lei-modelo se reconhece significativa margem de liberdade aos fundadores da organização para definir a sua forma de gestão, “...incluídos o número de diretores, os respectivos mandatos, as regras sobre a convocação de reuniões, quoruns, requisitos para exercício do direito de voto, remoção de funcionários e diretores, e a extensão da indenização que estes podem receber na hipótese de sua responsabilização por dano.”<sup>9</sup>

A segunda matéria comumente tratada na legislação estadual é o registro das entidades sem fins lucrativos e a apresentação de relatórios sobre suas atividades financeiras junto ao gabinete do advogado-geral do estado.<sup>10</sup> O registro deve ser feito quando criadas ou dentro de um breve período após a sua criação. A partir de então, na grande maioria dos estados-membros, exige-se que ainda apresentem, periodicamente, um atestado ou declaração da continuidade de sua existência.<sup>11</sup> E também ficam, como dito, obrigadas a apresentar relatórios

---

<sup>7</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 430.

<sup>8</sup> Cf. *ibid.*, p. 431.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 431.

<sup>10</sup> Além de registrarem-se junto ao gabinete do advogado-geral do estado, em trinta e nove estados-membros as entidades sem fins lucrativos também devem, segundo FREMONT-SMITH, registrar os respectivos instrumentos de criação junto ao gabinete do secretário de estado. Em cinco outros estados-membros devem registrá-los junto a uma comissão reguladora de corporações e em vários outros devem fazê-lo junto a um juiz competente, ao secretário de comércio e desenvolvimento econômico, ao prefeito ou aos departamentos de finanças públicas e tributação. Cf. *ibid.*, p. 317.

<sup>11</sup> Marion FREMONT-SMITH explica que este certificado de continuidade de existência é exigido das corporações filantrópicas em todos os estados-membros, com exceção de seis deles. A sua não apresentação por determinados número de anos resulta, nalgum desses estados, em dissolução automática, embora seja possível a

sobre suas atividades financeiras, que devem ser disponibilizados para consulta do público em geral.<sup>12</sup> Nalguns estados-membros exige-se ainda a apresentação de relatórios financeiros *auditados* de organizações com receita bruta anual expressiva, superior a determinado patamar,<sup>13</sup> devendo esses relatórios ser disponibilizados ao público (embora nem sempre na Internet, mas apenas na sede da repartição pública).<sup>14</sup> O advogado-geral é autorizado a estipular, normativamente, qual dever ser o conteúdo dos relatórios financeiros periódicos e quais os requisitos para a sua apresentação.<sup>15</sup>

A origem histórica dessas exigências de registro e apresentação de relatórios financeiros junto ao gabinete do advogado-geral é interessante. Com base no *common law*, o advogado-geral de cada estado-membro detém o poder de controlar e supervisionar a aplicação de recursos financeiros pelas entidades sem fins lucrativos constituídas sob a jurisdição estadual. Historicamente, no entanto, percebeu-se que esta competência de supervisão e controle não poderia ser bem exercida se o advogado-geral não tivesse um conhecimento mais preciso acerca das transações financeiras realizadas pelas entidades sujeitas à sua regulação. Para solucionar esse problema, diversos estados-membros aprovaram, no final da década de 1950 e início da década de 60, leis exigindo o registro de entidades sem fins lucrativos e a apresentação periódica de relatórios sobre suas atividades financeiras junto ao gabinete do advogado-geral. Fizeram-no com base numa lei-modelo, já mencionada – o *Uniform Act for Supervision of Trustees for Charitable Purposes* –, chancelada em 1954.<sup>16</sup> Foi assim que a exigência de registro e prestação de contas tornou-se destaque dentre as matérias tratadas nas legislações estaduais. Segundo Marion FREMONT-SMITH, em 2003 havia onze estados-membros com leis sobre registro e prestação de contas.<sup>17</sup>

---

reconstituição da corporação com o pagamento de multas e a apresentação dos relatórios faltantes. *Cf. ibid.*, p. 317.

<sup>12</sup> *Cf.* Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 315.

<sup>13</sup> Nesses estados-membros a auditoria é exigida apenas a entidades de certo tamanho ou que solicitem recursos do público em geral. *Cf. ibid.*, p. 458.

<sup>14</sup> *Cf. ibid.*, p. 458.

<sup>15</sup> *Cf. ibid.*, p. 315.

<sup>16</sup> *Cf. ibid.*, p. 54.

<sup>17</sup> Embora em diversos outros estados-membros os advogados-gerais estivessem procurando regular, de alguma forma, essas entidades, focando especialmente a regulação da conversão das entidades de saúde sem fins lucrativos em empresas comerciais. *Cf. ibid.*, p. 55.

Outra importante matéria objeto de legislação estadual é a que diz respeito à regulação da solicitação de doações para fins filantrópicos. Segundo Marion FREMONT-SMITH, em 1974 trinta e um estados-membros regulavam ativamente esta atividade de solicitação, tendo este número crescido para trinta e nove em 2003.<sup>18</sup> Trata-se, aliás, de atividade reguladora que tem se mostrado efetiva, destoando do padrão de insuficiência da regulação atinente a outros aspectos da atividade filantrópica.<sup>19</sup> O supra-mencionado *Model Solicitations Act*, chancelado em 1986, apresenta um esquema regulatório encontrável em praticamente todas as leis pertinentes ao assunto, segundo o qual se exige que entidades sem fins lucrativos que pretendam levantar fundos no estado, assim como levantadores de fundos profissionais, registrem-se e apresentem algum tipo de prestação de contas.<sup>20</sup>

Finalmente, uma quarta matéria que tem se destacado como objeto das leis estaduais norte-americanas, desde a década de 1990 e início da década de 2000, é a questão da conversão de hospitais e outras entidades de saúde sem fins lucrativos em empresas lucrativas. Segundo Marion FREMONT-SMITH, nesse período vinte e cinco estados-membros editaram leis regulando esta conversão, cujo intuito era evitar que, com ela, a receita gerada pela venda de entidade sem fins lucrativos fosse desviada para fins outros que não os filantrópicos, ou mesmo evitar que os gerentes de sistemas de saúde se locupletassem pessoalmente com estas transações.<sup>21</sup>

Mas além de toda essa legislação estadual, há um corpo cada vez maior e mais importante de normas legais federais a respeito das entidades sem fins lucrativos.

Há muito tempo o principal diploma federal pertinente ao setor privado sem fins lucrativos nos Estados Unidos foi é o *Internal Revenue Code* (análogo ao Código Tributário Nacional no Brasil). Neste código encontra-se a famosa “seção 501(c)(3)”, na qual são especificadas as categorias gerais de entidades sem fins lucrativos, a saber: religiosas,

---

<sup>18</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 55.

<sup>19</sup> Cf. *ibid.*, p. 443.

<sup>20</sup> Cf. *ibid.*, p. 373.

<sup>21</sup> Cf. *ibid.*, pp. 363-364.

filantrópicas, científicas, de testes para a segurança pública, literárias e educacionais.<sup>22</sup> Para gozarem de isenção do imposto de renda e tornarem-se elegíveis para o recebimento de contribuições dedutíveis de doadores particulares, as entidades sem fins lucrativos, uma vez constituídas na forma da legislação estadual, precisam peticionar ao *Internal Revenue Service (IRS)* – a autoridade tributária federal, como já mencionado –, demonstrando que se enquadram sob uma das categorias enumeradas na “seção 501(c)(3)”. Apenas mediante deferimento do pedido pela autoridade tributária passam a gozar da isenção (podendo esse gozo ser retroativo à data de criação da entidade se a petição de isenção tiver sido submetida dentro de vinte e sete meses contados a partir da data de criação, ou, então, sendo o gozo permitido apenas a partir da data do deferimento do pedido).<sup>23</sup>

Assim, superficialmente, é correto dizer que a conjugação da legislação emanada dos estados-membros com a legislação federal resulta no seguinte panorama: enquanto as leis estaduais se ocupam da criação, operação e dissolução de entidades privadas sem fins lucrativos, a legislação federal ocupa-se dos requisitos para a outorga de isenção do imposto de renda a essas entidades.<sup>24</sup> Contudo, uma análise pouco mais aprofundada revela, como já anunciado, que o conjunto de normas legais federais a respeito de entidades sem fins lucrativos torna-se cada vez mais importante. Marion FREMONT-SMITH relata que várias inovações foram introduzidas nessa legislação ao longo da segunda metade do século XX, embora originalmente ela se focasse apenas na questão da isenção do imposto de renda. Uma dessas inovações, que merece realce aqui, adveio da aprovação do *Tax Reform Act* de 1969. Esta lei federal dividiu o universo das entidades consideradas isentas sob a “seção 501(c)(3)” do código tributário em duas distintas categorias: de um lado, as já aludidas fundações privadas; de outro, todas as demais organizações descritas naquela seção.<sup>25</sup> Explica FREMONT-SMITH que a categoria das fundações privadas foi apartada para passar a ser submetida a um tratamento mais restritivo, com base na teoria de que não eram tão responsivas ao público quanto as demais espécies de entidades (como igrejas, escolas,

---

<sup>22</sup> Na língua inglesa, estas são as categorias: *religious, charitable, scientific, testing for public safety, literary, educational*.

<sup>23</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 405.

<sup>24</sup> Cf. *ibid.*, p. 429.

<sup>25</sup> Cf. *ibid.*, p. 4.

hospitais, entidades instrumentais ao governo e outras entidades financiadas pelo público em geral).<sup>26</sup> O novo grupo das fundações privadas correspondia, à época da sua estipulação, a 5% do universo das entidades sem fins lucrativos.<sup>27</sup> Resta claro que a qualificação como fundação privada não passa disso: uma qualificação jurídica, não se confundindo com um tipo de personalidade jurídica como a corporação ou o *trust*.

Mas outras modificações legislativas existiram, todas contribuindo, de um modo geral, para que o *Internal Revenue Service (IRS)* expandisse o seu papel como regulador das entidades filantrópicas, indo além das questões tributárias. É o que será esclarecido a seguir, com a descrição do panorama da *regulação* federal e estadual das atividades filantrópicas.

### 1.3. Regulação

A aplicação dessas leis – tanto estaduais como federais – seguiu esta distinção básica de foco durante as décadas de 1950, 60 e 70, segundo a qual o governo federal preocupava-se com policiar o *status* de entidades isentas de tributação, enquanto os governos estaduais focavam na preservação da finalidade não lucrativa dessas entidades, na correção de irregularidades cometidas pelos seus gestores e, ainda, na regulação da atividade de solicitação de fundos.<sup>28</sup> Numa palavra, a regulação federal focava-se em questões de *administração tributária*, enquanto a regulação federal na *gestão fiducial* das entidades sem fins lucrativos.

Relações fiduciárias são aquelas em que um indivíduo tem o dever de agir em benefício de outros indivíduos, sempre que estiver em pauta matéria atinente ao escopo da relação.<sup>29</sup> Exemplos de relações fiduciárias são as estabelecidas entre advogados e clientes, ou entre acionistas e diretores de companhias abertas, as quais guardam em comum o fato de

---

<sup>26</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 4.

<sup>27</sup> Cf. *ibid.*, p. 429.

<sup>28</sup> Cf. *ibid.*, p. 427.

<sup>29</sup> Cf. *ibid.*, p. 187.

envolverem agentes agindo em benefício de principais<sup>30</sup> e sujeitos a vários parâmetros de comportamento que, em essência, demandam-lhes prudência e vedam-lhes qualquer sorte de locupletamento à custa alheia. Os deveres do agente com relação ao principal, numa relação fiduciária, são bem sintetizados nesta passagem da obra de FREMONT-SMITH:

“O dever de um agente fiduciário é, em essência, um dever de lealdade, e tem como seu corolário a regra de que o agente não pode se locupletar à custa da outra parte. Esse dever também exige que o agente fiduciário obedeça a certos *standards* na administração da propriedade que lhe foi confiada, o que constitui um dever paralelo conhecido como dever de prudência.”<sup>31</sup>

Numa entidade privada sem fins lucrativos, os seus diretores operam como agentes fiduciários, devendo obedecer aos *standards* de conduta que a legislação lhes impõe, assim como cumprir os deveres de prudência nos seus atos de gestão e lealdade para com a missão da entidade e os seus beneficiários (ou, indiretamente, para com os que lhes doam recursos para aplicação na sua missão institucional). É justamente com o propósito de assegurar a obediência dos gestores da entidade a esses *standards* legais, impedindo irregularidades de conduta e qualquer sorte de locupletamento à custa dos outros, que a regulação estadual das entidades sem fins lucrativos existe. É nesta regulação, portanto, da *gestão fiducial* das organizações sem fins lucrativos, que os estados-membros estão focados.

Contudo, desde a década de 1950, a esfera federal vem expandindo o escopo de sua regulação para alcançar também, cada vez mais, questões de gestão fiducial, passando a tratar, assim, de assuntos que antes costumavam ser da província exclusiva dos estados. Confirma-se a descrição desse paulatino deslocamento para a esfera federal do centro de gravidade da regulação fiducial, nas palavras de FREMONT-SMITH:

---

<sup>30</sup> A teoria dos agentes e principais, ou simplesmente da agência, é muito estudada no âmbito do direito comercial ou das organizações comerciais nos Estados Unidos, pois é vislumbrada como a base das relações constituídas entre proprietários e gestores no seio dessas organizações. Ver, por exemplo, a obra de introdução ao estudo desta seara do direito de autoria de William T. ALLEN, Reinier KRAAKMAN e Guhan SUBRAMANIAN, *Commentaries and cases on the law of business organizations* (2<sup>a</sup>.ed., Nova Iorque, Aspen Publishers, 2007), cujo capítulo segundo é elucidativamente intitulado: “Acting Through Others: The Law of Agency” (“Agindo por meio de outros: o direito de agência”).

<sup>31</sup> *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 187.

“As entidades sem fins lucrativos são criaturas dos estados-membros, e as leis a respeito do seu estabelecimento, o seu direito de contínua existência, a sua liberdade para operar, quaisquer limitações sobre a natureza dos seus fundos, e as condições para a sua dissolução têm sido e continuam a ser determinadas no âmbito estadual. Entretanto, desde a década de 1950 o poder regulatório do governo federal tem se expandido de sorte a tornar-se a fonte primária de regulação, expandindo-se para assuntos que costumavam ser da província exclusiva dos estados-membros e, em muito casos, sobrepondo-se à regulação estadual por meio do condicionamento da outorga de isenções tributárias ao cumprimento de *standards* federais de conduta”.<sup>32</sup>

Na realidade, este avanço da regulação federal, segundo FREMONT-SMITH, teve quatro grandes fases: *i*) a primeira, em que amplos *standards* de conduta foram definidos e contava-se com a auto-regulação para serem cumpridos; *ii*) a segunda, iniciada com a passagem em 1950 de legislação federal para tributar as atividades comerciais de entidades sem fins lucrativos, justamente com o objetivo de melhor definir a fronteira entre os setores *com* e *sem* fins lucrativos; *iii*) a terceira, em que se aprimorou a função de ordenação administrativa com a passagem da normas legais impondo restrições às entidades qualificadas como fundações privadas; e *iv*) a quarta, iniciada em 1996 com a adoção de novas sanções para as hipóteses de transações em benefício próprio envolvendo entidades sem fins lucrativos.<sup>33</sup>

Considerando esse percurso histórico e fazendo um balanço a respeito da situação atual da regulação das entidades sem fins lucrativos no país – em especial, se estaria mais concentrada nos estados-membros ou na esfera federal –, Marion FREMONT-SMITH conclui que a balança pende para o lado do governo federal, exercendo este a parte mais significativa das atribuições regulatórias; porém, adverte que a importância da regulação federal, por expressiva que seja, não deve ser superestimada. Vejam-se as suas próprias palavras:

“Apesar de as leis estaduais disciplinarem a criação e a dissolução de entidades filantrópicas e os deveres e poderes dos seus gestores fiduciários, na realidade é o governo federal e, especificamente, o *Internal Revenue Service* que regulam esse segmento do setor sem fins lucrativos hoje, como tem sido o caso durante toda a última metade de século. Mas a importância do regime regulatório federal não pode ser superestimada. Para compreender-se a sua

---

<sup>32</sup> *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 377.

<sup>33</sup> *Cf. ibid.*, pp. 459-460.

relevância basta levar em consideração que em dois terços dos estados-membros da federação a regulação das entidades filantrópicas é mínima ou inexistente, e mesmo nas onze jurisdições estaduais com programas de regulação em atividade, as normas federais estabelecem um importante *standard* mínimo a ser obedecido.<sup>34</sup>

Interessantemente, o crescimento do papel do *IRS* como regulador fiducial das entidades sem fins lucrativos foi acidental, isto é, nunca exatamente planejado para ser assim; FREMONT-SMITH aponta que ele foi simplesmente acompanhando o crescimento do setor privado sem fins lucrativos e, conseqüentemente, o seu impacto potencialmente maior na economia em geral.<sup>35</sup> Não há mesmo muita razão para uma autoridade *tributária*, em nível *federal*, encarregar-se desta regulação da gestão fiducial das organizações sem fins lucrativos, tendo já ocorrido debates importantes, entre os norte-americanos, sobre a conveniência de deslocamento dessas competências regulatórias do *IRS* para uma agência reguladora independente, criada para esse fim, nos moldes da *Securities and Exchange Commission (SEC)* ou da *Federal Trade Commission (FTC)*, ou mesmo para um outro órgão federal já existente, mais adequado ao seu exercício.<sup>36</sup> Na visão de FREMONT-SMITH, tal deslocamento seria hoje inconveniente, por diversas razões, entre as quais a *expertise* já adquirida na matéria por mais de um século de experiência pelo *IRS* e o risco de uma nova burocracia, caso criada, pôr em risco a unidade da administração tributária federal ou mesmo ter dificuldade de coordenar-se com o *IRS*.<sup>37</sup> Para ela, o maior problema da regulação das entidades sem fins lucrativos hoje, intensificado sobretudo a partir da década de 1990, é a carência de investimentos financeiros e em recursos humanos tanto em órgão reguladores estaduais como federais, sendo o fortalecimento desses dois aspectos instrumentais uma das principais soluções para conferir-se maior efetividade à regulação – não o deslocamento, na esfera federal, das atribuições reguladoras do *IRS* para uma nova agência independente ou um órgão ou entidade já existente.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 450.

<sup>35</sup> *Cf. ibid.*, p. 378.

<sup>36</sup> *Cf. ibid.*, pp. 377-378. Para uma visão panorâmica das diversas sugestões já feitas no debate norte-americano sobre o assunto, *cf. ibid.*, pp. 461-464.

<sup>37</sup> *Cf. ibid.*, pp. 464-466.

<sup>38</sup> *Cf. ibid.*, pp. 471-472.

## 1.4. Análise

### a) Diferenças com relação ao caso brasileiro

Diante dos panoramas apresentados, duas diferenças fundamentais entre os direitos norte-americano e brasileiro, em matéria de controle sobre as organizações do terceiro setor, merecem destaque: *i*) no direito norte-americano, enfoca-se a regulação da gestão fiducial das entidades sem fins lucrativos, independentemente de a origem dos recursos por elas geridos ser pública ou privada; no direito brasileiro, por outro lado, o foco da regulação recai quase inteiramente sobre a gestão de recursos de origem pública; e *ii*) no direito norte-americano, mesmo quando as normas prestam-se à regulação da gestão de recursos de origem pública pelas entidades sem fins lucrativos, seu foco recai sobre as renúncias de receita pelo Estado (isenções tributárias e contribuições dedutíveis feitas por doadores privados); no direito brasileiro, porém, cujas normas enfocam a regulação da gestão de recursos de origem pública, cuida-se, sobretudo, da regulação das subvenções estatais, embora venha crescendo a preocupação com as renúncias de receita em favor dessas entidades.

Explique-se a primeira diferença. Observa-se que o objetivo central do direito norte-americano e de sua aplicação tem sido a busca da efetividade dos deveres fiduciais das entidades sem fins lucrativos e de seus gestores. Noutra palavras, almeja-se que as entidades e seus gestores cumpram as obrigações que assumem enquanto gestores fiduciais de recursos alheios que lhes são confiados. Parece que pouca relevância é atribuída ao fato de esses recursos serem de origem privada (por exemplo, doações de particulares) ou pública (por exemplo, subvenções estatais); o mais importante é garantir que sejam aplicados, efetivamente, à finalidade para a qual se destinam.

Sem dúvidas, esta regulação da gestão fiducial constitui objetivo primordial da legislação e regulação estaduais (ainda que nem todos os estados-membros exerçam uma regulação forte nessa matéria). Na esfera federal, a legislação e a regulação tendem a expandir-se cada vez mais em linha com esse objetivo; o *IRS* tem paulatinamente desempenhado muito mais do que o papel de policiar o cumprimento dos requisitos de

elegibilidade da isenção de imposto de renda, desincumbindo-se, também, desta regulação fiducial, que antes era da província exclusiva dos estados-membros.

Este quadro norte-americano contrasta com o brasileiro. Entre nós, as reformas infralegais iniciadas na década de 2000,<sup>39</sup> mirando sobretudo o **Regime das Entidades Conveniadas**, vêm enfocando a questão da aplicação de dinheiros públicos pelas entidades sem fins lucrativos, que é vista como uma preocupação mais alarmante do que a garantia de boa aplicação dos recursos de origem privada porventura recebidos. É verdade que as doações dedutíveis a entidades sem fins lucrativos, feitas por pessoas físicas ou jurídicas, não são tão expressivas no Brasil quanto as verificadas nos Estados Unidos. Contudo, ainda que menos expressivas em quantidade, impõem desafio substancialmente semelhante ao imposto pelos recursos de origem pública aos gestores das entidades sem fins lucrativos, que é o de assegurar que quaisquer recursos recebidos, de origem pública ou privada, sejam aplicados às finalidades de interesse público que motivaram a sua doação ou transferência. Isto bem reconhecem os norte-americanos e a sua regulação espelha esse reconhecimento, na medida em que se ocupa menos com discernir o que é de origem pública ou privada e mais com garantir o bom cumprimento dos deveres fiduciais dos gestores, aplicáveis indiscriminadamente. Por outro lado, as reformas infralegais brasileiras – e mesmo os nossos debates jurídicos e políticos – estão mais alinhados com a preocupação relativa à aplicação de recursos públicos.

A segunda distinção diz respeito ao fato de que, mesmo quando enfocadas no controle da aplicação de recursos de origem pública pelas organizações sem fins lucrativos, a legislação e a regulação norte-americanas ocupam-se, muito mais, da questão da renúncia de receitas; já a brasileira parece mais preocupada com a questão das subvenções ou transferências financeiras. De fato, viu-se que no direito norte-americano o instrumento fundamental de estímulo ao terceiro setor tem sido a isenção tributária – notadamente a isenção federal de imposto de renda –, ao lado das contribuições dedutíveis franqueadas aos particulares. Tamanha é a importância desse instrumento que a própria quantificação de organizações sem

---

<sup>39</sup> Desde a IN/STN 03/2003, que alterou a IN/STN 01/97; passando pelo Decreto 5.504/2005; até a vigente regulamentação, consubstanciada, fundamentalmente, no Decreto 6.170/2007 e na Portaria Interministerial 127/2008.

fins lucrativos existentes no país costuma ser medida em função do número de entidades reconhecidas como isentas desse imposto (“*exempt organizations*” ou “*tax-exempt organizations*”), à luz do código tributário e da atuação ordenadora da autoridade tributária federal. No Brasil, mais uma vez, cabe mencionar as reformas infralegais iniciadas na década de 2000 e a sua preocupação central com a questão das subvenções. Mesmo a legislação reformadora do fim dos anos 90 do século passado – Leis das OS e das OSCIP – enfocava a questão das subvenções. Apenas em 2008, com a edição da Medida Provisória 448, que viria a ser rejeitada, o governo tentou reformar o sistema de critérios de elegibilidade para a fruição de benefícios tributários por entidades de assistência social, inexistindo, ainda, em fins de 2009, um desfecho para a reforma inacabada. Assim, parece correto avaliar que, no Brasil, o foco da regulação recai sobre as subvenções, ainda que nos últimos tempos, aparentemente, tenha crescido a preocupação governamental com a administração dos benefícios tributários concedidos ao setor privado sem fins lucrativos.

Olhando-se para o futuro, contudo, parece que essas diferenças tendem a diminuir nalguma medida. Seja porque o governo brasileiro parece mais atento aos problemas da administração dos benefícios tributários (com o qual os norte-americanos se preocupam há mais tempo), seja porque, do lado norte-americano, já se pode observar uma tendência, segundo Marion FREMONT-SMITH, à formação de um subgrupo de entidades sem fins lucrativos criado exclusivamente para realizar programas financiados pelo governo, recebendo recursos estatais para isso; esse subgrupo vem ocupando o espaço outrora ocupado por entidades estatais que foram privatizadas no início da década de 2000 nos Estados Unidos; de modo revelador, constata-se uma alta incidência de condenações criminais dos administradores desses programas.<sup>40</sup> Para FREMONT-SMITH, esta realidade pode sugerir tanto que houve um recrudescimento da fiscalização e monitoramento pelo Poder Público sobre subvenções estatais a entidades sem fins lucrativos quanto a existência de uma necessidade de melhoria da seleção das entidades a serem subvencionadas. Na visão da autora, se mantida a tendência de aumento das privatizações verificada no início da década de 2000 e,

---

<sup>40</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 459.

reflexamente, uma tendência de aumento das subvenções destinadas a entidades sem fins lucrativos, pode crescer o enfoque governamental no monitoramento dessas subvenções.<sup>41</sup>

Para além das diferenças entre os direitos brasileiro e norte-americano diagnosticadas acima, um esforço significativo de comparação entre ambas as legislações sobre organizações sem fins lucrativos foi feito por Simone de Castro Tavares COELHO, em obra resultante de sua tese de doutoramento.<sup>42</sup> A autora destacou as seguintes diferenças em seu trabalho: *i*) ambas prevêem mecanismos de controle das verbas repassadas às entidades sem fins lucrativos e exigências de aplicação mínima de recursos em gratuidades, mas, “...principalmente no caso brasileiro...”, esse controle “...é incipiente e realizado de forma indireta e sem aplicação de sanções adequadas”;<sup>43</sup> e *ii*) embora nenhuma delas preveja a avaliação da qualidade dos serviços prestados pelas entidades, no caso americano “...esse problema é minorado pelo fato de existirem avaliações de qualidade realizadas por instituições independentes que são, muitas vezes, levadas em consideração pelo governo.”<sup>44</sup>

São constatações importantes, que merecem comentário. Acerca da primeira, a respeito do controle brasileiro mais incipiente em matéria de aplicação mínima de recursos em gratuidades, cabe observar que a exigência desta aplicação mínima é feita, entre nós, especialmente no âmbito do **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social**. Como visto no **capítulo 3**, para fazer jus ao CEBAS, a entidade beneficente de assistência social deve atender, entre outros requisitos, ao de aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) de sua receita bruta.<sup>45</sup> O desafio da adequada fiscalização do cumprimento deste requisito, no Brasil, parece continuar. Mas é sempre bom lembrar que, embora na assistência social a exigência possa ter as suas justificativas, a sua exigência, por lei ou regulamento, deve ser sempre muito bem avaliada. Há de se lembrar que a finalidade não lucrativa da entidade não se confunde com uma missão de prestar serviços gratuitos; trata-se,

---

<sup>41</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 459.

<sup>42</sup> *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, 3ª. ed., São Paulo, Editora Senac São Paulo, 2005 (cf., sobretudo, o capítulo III, intitulado “A legislação reguladora das organizações do terceiro setor”, pp. 81-103).

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>45</sup> Cf. Decreto 2.536/98, art. 3º., VI.

isto sim, da obrigação legal (e ética) da entidade de aplicar toda a sua receita nos próprios fins sociais que justificaram a sua criação, sem distribuí-la – exceto para remuneração do trabalho, observados os valores de mercado – aos respectivos diretores, funcionários ou fundadores. Daí poder a entidade exercer atividade econômica, favorecendo, inclusive, a sua auto-sustentabilidade, desde que a receita auferida reverta integralmente para os seus fins sociais. Daí, também, a necessidade de se conceber com cautela qualquer imposição de gratuidade, sob pena de minar-se a capacidade de as entidades sem fins lucrativos de se tornarem menos dependentes das subvenções e renúncias de receita do Estado ou das doações de origem privada. Havendo previsão legislativa, todavia, de aplicação mínima em gratuidade, surge o desafio de se controlar o seu cumprimento, destacado por COELHO.

Acerca da segunda avaliação, em que COELHO aponta a ausência, em ambas as legislações, de controle de qualidade dos serviços prestados pelas entidades sem fins lucrativos, cabe destacar que o tema continua atual. A legislação brasileira do final da década de 1990, sobre as OSCIP e as OS, pôs ênfase na previsão de metas e indicadores de desempenho das parcerias efetuadas, bem como no controle de resultados. Como se viu no **capítulo 8**, os órgãos e entidades da administração federal resistem em travar a mais auspiciosa das parcerias, que seria o termo de parceria com OSCIP. Cai por terra, assim, a ênfase no controle de resultados feita naquela legislação. Mas a questão do controle de resultados volta à tona, neste ano de 2009, com a discussão do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, que pretende – como visto – tornar o “predomínio da verificação de resultados”<sup>46</sup> uma diretriz do controle de toda a atividade administrativa brasileira, inclusive a fomentadora. E pode haver espaço para a retomada do debate sobre o controle de resultados das parcerias com o terceiro setor, que constitui uma promessa, ainda não cumprida, daquela reforma legislativa do final da década de 1990.

## **b) Semelhanças com relação ao caso brasileiro**

Um dos aspectos em que a experiência norte-americana aproveita, claramente, ao

---

<sup>46</sup> Cf. art. 50, inciso III, do citado anteprojeto de lei.

debate brasileiro é o da exigência de registro das entidades junto a órgãos públicos (geralmente, os gabinetes do advogado-geral e do secretário de estado), aliada às exigências de apresentação de relatórios acerca da continuidade de sua existência e, ainda, sobre suas atividades financeiras.

Atenha-se primeiro à questão da exigência de registro das entidades. Como visto, esta foi constatada como uma necessidade nos estados-membros da federação norte-americana a partir de meados do século XX, quando se verificou que a competência de controle e fiscalização dos advogados-gerais só poderia ser bem exercida se os estados detivessem informações mais precisas e confiáveis sobre as atividades financeiras do universo de sujeitos regulados. A mesma necessidade de conhecimento do universo de sujeitos regulados, sentida àquela época nos Estados Unidos, é hoje ainda muito presente no caso brasileiro. Como visto no **capítulo 6**, a “CPI das ONGs de 2001/2002” apontou o problema da ausência de limitações geográficas para o registro público da constituição de associações e fundações no Brasil, que estaria possibilitando, por exemplo, que uma organização com sede e atuação num Estado tivesse o registro de sua constituição feito noutro, de sorte a tornar extremamente difícil a pesquisa de informações a seu respeito nos cartórios de todo o país. Atualmente também correm em paralelo as diversas iniciativas, constantes de projetos e de anteprojeto de lei, examinadas no **capítulo 11**, que propõem a instituição de cadastros nacionais de ONGs ou de entidades privadas sem fins lucrativos. Parece que, tal como os norte-americanos diagnosticaram esse problema e vêm enfrentando-o há algum tempo, nós brasileiros também precisamos enfrentá-lo. É fundamental, porém, como ressaltado no **capítulo 11**, que tenhamos clareza acerca dos propósitos dos sistemas de registro ou cadastro que porventura instituímos, do conteúdo que deverão ter em consonância com esses propósitos e, por certo, da sua utilidade em face dos sistemas de registro ou cadastro já existentes, bem como dos diversos sistemas de credenciamento também existentes, evitando-se sobreposições e duplicidades burocratizantes e desnecessárias.

Quanto à exigência de apresentação, pelas entidades, de relatórios sobre suas atividades financeiras, não há tanta semelhança com o caso brasileiro, a não ser quanto aos seus propósitos. No caso norte-americano, como já observado, o advogado-geral de cada

estado-membro, freqüentemente, detém poder normativo para estipular qual deve ser o conteúdo e definir o processo de submissão desses relatórios financeiros. De início, quando da edição das primeiras leis estaduais exigindo registro das entidades e apresentação periódica de relatórios, o conteúdo requisitado – relata FREMONT-SMITH – era bem restrito, consistindo em informações financeiras meramente rudimentares; porém, na medida em que foi crescendo o volume de informações exigido na esfera federal pelo *IRS*, os estados-membros também passaram a exigir mais informações, em parte devido às vantagens da coordenação de suas exigências com as exigências federais.<sup>47</sup> Além desse dado de que o volume de informações financeiras requisitadas vem aumentando no decorrer dos anos, há outro aspecto importante da experiência norte-americana: as normas estaduais não costumam exigir a apresentação desses relatórios de toda e qualquer entidade, ficando geralmente excluídas da obrigatoriedade de apresentá-lo as organizações religiosas (entre outras categorias), assim como entidades com receita anual pouco expressiva, inferior a determinado patamar.<sup>48</sup>

Marion FREMONT-SMITH também aponta alguns aspectos da prestação de contas exigida das entidades sem fins lucrativos em seu país que merecem aprimoramento e, certamente, também necessitam aprimoramento no Brasil. Um dos problemas experimentados com esta prestação de contas, nos Estados Unidos, diz respeito ao desacordo entre o setor, os contadores e os advogados quanto a quais informações deveriam ser apresentadas.<sup>49</sup> Outro problema é o alto percentual de casos em que os relatórios financeiros apresentados contêm erros e o percentual ainda maior em que estão incompletos.<sup>50</sup> A razão pela qual os erros existem parece não ser a ausência de profissionais habilitados como contadores para elaborar as prestações de contas, pois já se apurou que estes, na grande maioria dos casos, são quem as elabora.<sup>51</sup> Outro problema, ainda, tem sido a prestação de contas baseada em *standards* cunhados para o setor privado com fins lucrativos, mas não para o setor sem fins lucrativos.<sup>52</sup> De uma forma geral, a prestação de contas eletronicamente tem sido avaliada como uma

---

<sup>47</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 316.

<sup>48</sup> Para um panorama a respeito das exclusões da obrigatoriedade de apresentar relatórios financeiros periódicos nos diversos estados norte-americanos, cf. *ibid.*, pp. 315-316.

<sup>49</sup> Cf. *ibid.*, p. 457.

<sup>50</sup> Cf. *ibid.*, p. 457.

<sup>51</sup> Cf. *ibid.*, p. 457.

<sup>52</sup> Cf. *ibid.*, p. 458.

poderosa ferramenta para assegurar a acuidade e completude no preenchimento dos relatórios exigidos.<sup>53</sup> Toda essa problemática pode encontrar paralelo no caso brasileiro, em que, aliás, também se afigura promissora a previsão, atinente à prestação de contas sobre a aplicação de dinheiros *públicos*, constante do Decreto 6.170/2007, de que os atos relativos a tal prestação deverão estar disponibilizados para consulta do público eletronicamente, na Internet, no sítio do Portal dos Convênios.

Quanto à exigência feita nalguns estados-membros de que os relatórios financeiros sejam previamente auditados, FREMONT-SMITH realça os prós e contras suscitados no debate norte-americano. Pelo ângulo positivo, alguns defendem ser esta uma importante ferramenta de auto-regulação; pelo ângulo negativo, outros se preocupam com o ônus que a exigência impõe, em especial, a pequenas entidades “...que ficam obrigadas a manter dois conjuntos de relatórios financeiros – um para atender aos requisitos da auditoria e outro para atender aos requisitos estaduais ou federais”.<sup>54</sup> Vale acompanhar este debate norte-americano nesse momento, em que a regulamentação federal brasileira sobre a prestação de contas relativas à execução de convênios e instrumentos congêneres, como visto no **capítulo 3**, exige auditorias, assim como o fazem as Leis das OS e das OSCIP editadas ao final da década de 1990.

Por fim, algumas semelhanças entre as legislações brasileira e norte-americana sobre o terceiro setor foram apontadas por Simone COELHO, em seu estudo comparativo; nele a autora destacou pelo menos cinco: *i*) em ambas as legislações o universo de entidades reconhecíveis como sem fins lucrativos foi aumentando no decorrer dos anos;<sup>55</sup> *ii*) em ambas procura-se evitar excessos estabelecendo-se a obrigatoriedade de aplicação de um percentual mínimo da receita obtida pelas entidades em gratuidades, isto é, na prestação gratuita de serviços à população;<sup>56</sup> *iii*) em ambas observa-se um tratamento normativo uniforme a realidades bem diferentes, o que se revela pernicioso, especialmente no caso das entidades de

---

<sup>53</sup> Cf. Marion F. FREMONT-SMITH, *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulations*, p. 458.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 458-459.

<sup>55</sup> Cf. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, p. 97.

<sup>56</sup> Cf. *Ibid.*, p. 97.

fins públicos e das entidades de benefício mútuo;<sup>57</sup> *iv*) em ambas “o enfoque principal dos mecanismos governamentais de controle está na fiscalização orçamentário financeira”, não se avaliando a qualidade dos serviços prestados;<sup>58</sup> *v*) em ambas há inadequação das normas previstas, que deveriam ser reformadas para que passassem a prever “mecanismos mais eficientes de controle da distribuição de verbas públicas”, deixando de prever “exigências improcedentes”, contrárias à própria natureza das entidades, e assegurando que “...as organizações receptoras de recursos governamentais de fato patrocinam bens públicos...” (aparentemente entendidos pela autora como serviços gratuitos, dada a sugestão por ela feita da concessão de bolsas estudos a estudantes carentes por “escolas rentáveis”).<sup>59</sup>

Examinando-se tais conclusões, para além do que já foi comentado acerca dos mesmos assuntos, vale aqui uma derradeira observação. À constatação de um tratamento normativo uniforme a realidades bem diferentes, especialmente no que tange a entidades de benefício público e de benefício mútuo, cabe uma pequena ressalva. Nos Estados Unidos, como já observado, o *Revised Model Nonprofit Corporation Act* – que, segundo FREMONT-SMITH, foi adotado por diversos estados-membros – subdivide as corporações filantrópicas em corporações *de benefício público, de benefício mútuo e religiosas*, oferecendo algum tratamento específico a cada uma dessas categorias. Assim, se é verdade que a realidade setorial é diversificada naquele país, como também o é no Brasil, não é exata a avaliação de que entidades de benefício mútuo e de fins públicos estariam todas congregadas sob o mesmo tratamento normativo por lá; seria preciso examinar-se, a esse respeito, a legislação de cada estado-membro. Talvez estejam, realmente, submetidas à mesma legislação federal sobre a isenção do imposto de renda, mas cabe lembrar que nalguns estados-membros existem, sim, estas leis estaduais, que distinguem, justamente, entre corporações de benefício público e de benefício mútuo. No Brasil, as Leis das OS e das OSCIP, focadas que estão no credenciamento de entidades de benefício público, constituíram um primeiro passo na direção de um tratamento normativo específico para o fomento estatal destinado a tais entidades.

---

<sup>57</sup> Cf. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, pp. 82-83; 92-93; e 98.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 98.

## 2. O direito espanhol

### 2.1. Legislação

No ordenamento espanhol, há uma relevante disciplina das subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas espanholas<sup>60</sup> não apenas ao terceiro setor, mas também ao setor privado com fins lucrativos e a outros entes estatais. Trata-se da *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro), regulamentada pelo Real Decreto 887/2006, de 21 de julho. À disciplina fixada por essa lei somam-se disposições sobre as subvenções a associações sem fins lucrativos encontradas na *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação* (Lei Orgânica 1/2002, de 22 de março).<sup>61</sup> Também se afiguram particularmente relevantes em matéria de subvenções certas normas de processo administrativo encontradas na *Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum* (Lei 30/1992, de 26 de novembro)<sup>62</sup> e, ainda, determinadas normas sobre matéria orçamentária estabelecidas pela *Lei Geral Orçamentária* (Lei 47/2003, de 26 de novembro).

---

<sup>60</sup> Entendidas, como Administrações Públicas, a chamada “Administração Geral do Estado”, as “Administrações das Comunidades Autônomas” e as “Entidades que integram a Administração Local”, bem como quaisquer “Entidades de Direito Público com personalidade jurídica própria” vinculadas ou dependentes de uma das citadas Administrações Públicas. Estas são as Administrações Públicas à luz da *Lei Geral de Subvenções*, de 2003 (art. 2.1), acerca da qual mais se tratará no **presente capítulo**.

<sup>61</sup> A *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação* foi editada, essencialmente, ao amparo do art. 22 da Constituição espanhola de 1978, que estabelece o direito fundamental de associação; sua edição revogou a obsoleta lei sobre associações (Lei 191/1964, de 24 de dezembro) com o propósito de, justamente, instituir uma nova legislação que fosse consentânea com a configuração do Estado espanhol como social e democrático de direito (esta a intenção anunciada explicitamente em sua Exposição de Motivos). A nova lei, então, veio aplicar-se integralmente a todas as associações sem fins lucrativos e não submetidas a um regime associativo específico (cf. art. 1.2) e, ainda, em caráter supletivo, a essas últimas (cf. disposição final segunda). Um dos oito capítulos da nova lei tratou expressamente do fomento estatal às associações, sendo intitulado, assim, “Capítulo VII – Medidas de fomento”. Nele inscrevem-se os artigos 31 a 36, dos quais merecem destaque, resumidamente, as previsões de: um *dever, da Administração Pública, de fomentar associações sem fins lucrativos* e, simultaneamente, respeitar-lhes a liberdade e a autonomia (cf. art. 31.1); um *direito, das associações, ao desfrute de ajudas e subvenções públicas* (cf. art. 31.3); um condicionamento à fruição de subvenções públicas, pelas associações, à sua *sujeição ao regime geral das subvenções públicas* (cf. art. 31.3); outro condicionamento à fruição de subvenções públicas, pelas associações, à sua *prévia inscrição* (cf. art. 31.4); a possibilidade, da Administração Pública, de instituir com associações que persigam objetivos de interesse geral certas parcerias, chamadas *convênios de colaboração em programas de interesse social* (cf. art. 31.5); os *requisitos para a declaração de associações como de utilidade pública* (cf. art. 32.1); os *direitos* (cf. art. 33) e as *obrigações das associações de utilidade pública* (cf. art. 34); a *competência para a outorga* (cf. art. 35.1) e *para a revogação de declarações de utilidade pública* (cf. art. 35.2); e, finalmente, um *procedimento de declaração e revogação de declarações de utilidade pública a ser disciplinado por regulamento* (cf. art. 35.3).

<sup>62</sup> O direito espanhol tem uma rica tradição em matéria de leis gerais de processo administrativo. Na sua história, a primeira lei do gênero data de 1889, seguida por lei de 1958. Esta última, consoante esclarece Odete MEDAUAR, integrou um conjunto de textos, promulgados entre 1957 e 1963, destinados a efetuar reformas

A elaboração de uma lei geral de subvenções vinha sendo proposta pelo Tribunal de Contas espanhol e por um crescente setor da doutrina para resolver uma situação de insegurança jurídica e, inclusive, de existência de lacunas normativas a respeito da matéria.<sup>63</sup> A sua elaboração adveio, ainda, em um contexto no qual se vinha observando, a cada ano, um crescimento paulatino dos recursos econômicos destinados às subvenções nos orçamentos das distintas Administrações Públicas espanholas.<sup>64</sup> A semelhança daquele contexto espanhol com o brasileiro, da atualidade, é clara: viu-se no **capítulo 7** que um dos problemas fundamentais do direito vigente no Brasil é a lacônica disciplina *legal* da matéria do controle das transferências estatais de recursos ao terceiro setor e, paralelamente, a instabilidade jurídica que a sua disciplina infralegal – ainda que crescente – tem provocado. O Brasil é carente de *normas legais* suficientemente abrangentes sobre o tema, tal como eram (ou, ao menos, se diziam) os espanhóis. Mais: como apontado no **capítulo 1**, também se observa no Brasil, hoje, tal como se observava na Espanha, o crescimento paulatino do volume de recursos econômicos reservados às transferências de recursos nos orçamentos públicos.<sup>65</sup> Tudo isso sugere que a medida espanhola de edição de uma lei geral de subvenções é muito inspiradora para nós brasileiros, que temos problemas semelhantes a endereçar.

---

administrativas na Espanha; tais textos foram a lei da jurisdição contenciosa administrativa, a lei do regime jurídico da Administração e a lei dos contratos administrativos. Cf. *A processualidade no direito administrativo*, p. 175. A aludida lei de 1958 (*Lei de Procedimento Administrativo*, de 17 de julho de 1957), todavia, foi em sua maior parte derogada, expressamente, pela supracitada *Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum*, de 1992 (consoante previsto na sua disposição derogatória, apartado 2, parágrafo b).

<sup>63</sup> Cf. Exposição de Motivos da *Lei Geral de Subvenções*, in: *BOE* nº. 276, de 18 de novembro de 2003, p. 40506. Vale lembrar que a doutrina jurídica espanhola em matéria de subvenções é especialmente rica, tendo recebido significativo impulso pelo trabalho seminal de Luis JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, de 1949, como visto no **capítulo 2** desta tese. Esta efervescência doutrinária pode ter contribuído para a formulação de uma lei geral de subvenções no país, tal como a que se verifica hoje.

<sup>64</sup> Cf. Exposição de Motivos da *Lei Geral de Subvenções*, in: *BOE* nº. 276, de 18 de novembro de 2003, p. 40506.

<sup>65</sup> Não são discutidos aqui os fatores que têm levado a esse aumento das transferências a fundo perdido. Parece, de todo modo, que no caso espanhol houve peculiaridades não encontráveis no caso brasileiro. Uma grande peculiaridade teria sido o paulatino crescimento das relações financeiras entre a Espanha e a UE, instrumentalizadas, em grande parte, por subvenções, financiadas total ou parcialmente por fundos comunitários. Isso teria contribuído não só para o aumento do volume de subvenções no país, mas também para o aumento da importância de sua melhor disciplina jurídica. Mais complexo tornava-se o direito relativo ao tema em razão da necessidade de observância, para além das normas domésticas, das diretrizes emanadas de órgãos da União Européia em matéria de ajudas públicas estatais e seus efeitos sobre o mercado e a concorrência. Cf. Exposição de Motivos da *Lei Geral de Subvenções*, in: *BOE* nº. 276, de 18 de novembro de 2003, p. 40506.

A história da edição de uma lei do gênero, na Espanha, teve algumas peculiaridades. Antes de surgir em 2003, a *Lei Geral de Subvenções* foi antecedida por avanços parciais na disciplina legal da matéria. Considere-se, por exemplo, o tratamento legal anterior à *Lei Geral de Subvenções* sobre o procedimento administrativo de concessão de subvenções.

Até o início da década de 1990, a outorga de subvenções não se sujeitava a nenhum procedimento específico, submetendo-se, assim, às normas gerais de processo administrativo constantes de lei geral sobre o tema (nos primórdios, a lei geral de 1958 e, em seguida, a *Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum*).<sup>66</sup> Surgiu então, no início nos anos 90, um novo texto de *Lei Geral Orçamentária*, que conta com seção específica sobre “Ajudas e Subvenções”, consubstanciada nos artigos 81 e 82.<sup>67</sup> Esses artigos introduziram uma tríade de princípios a reger a outorga de subvenções, mais algum regramento a respeito.<sup>68</sup> Eram os *princípios da publicidade, concorrência e objetividade*.<sup>69</sup> Dois anos depois, estes princípios e regras foram desenvolvidos pelo Real Decreto 2225/1993, de 17 de dezembro, que aprovou o *Regulamento do procedimento para a concessão de subvenções públicas*.<sup>70</sup> Ocorre que, mesmo com tais princípios, a instauração de um procedimento administrativo de competição para a concessão de subvenções não era obrigatória, limitando-se a lei a prever, nesse particular, a mera possibilidade de a concessão ser feita por “concurso”, quando a “finalidade ou natureza” da subvenção assim o exigisse.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> É o que aponta Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, em seu *Principios de derecho administrativo*, p. 362.

<sup>67</sup> Esta nova seção da *Lei Geral Orçamentária* então vigente foi introduzida pela Lei 31/1990, de 27 de dezembro, de *Orçamentos Gerais do Estado para 1991*, a qual, a despeito de ter por foco a disciplina dos orçamentos públicos daquele ano, também instituiu normas gerais em matéria orçamentária. A *Lei Geral Orçamentária* da época, objeto da modificação de 1990, era estabelecida em “texto refundido”, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de setembro. Tal texto aprovado em 1988 tivera origem, por sua vez, noutro texto, o da *Lei Geral Orçamentária* de 1977 (Lei 11/1977, de 4 de janeiro). Fato é que, em 2003, uma nova *Lei Geral Orçamentária* foi editada (Lei 47/2003, de 26 de novembro), vigorando até hoje. Ela veio dar continuidade às inovações introduzidas no ordenamento espanhol pela *Lei Geral de Estabilidade Orçamentária* (Lei 18/2001, de 12 de dezembro). Todo esse histórico normativo acerca da legislação espanhola é sucintamente descrito na Exposição de Motivos da *Lei Geral Orçamentária*, in: *BOE* nº. 284, de 27 de novembro de 2003, p. 42080.

<sup>68</sup> O artigo 81 tratava, essencialmente, sobre concessão e controle de ajudas e subvenções, enquanto o art. 82 versava sobre infrações e sanções administrativas a respeito da matéria.

<sup>69</sup> Cf. art. 81.6 (revogado) do texto refundido da *Lei Geral Orçamentária*, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de dezembro.

<sup>70</sup> É o que anota, mais uma vez, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, em seu *Principios de derecho administrativo*, p. 362.

<sup>71</sup> Por sua importância, vale a transcrição literal (traduzida) da norma: “Quando a finalidade ou natureza da subvenção assim o exija, sua concessão se realizará por concurso. Nesta hipótese, a proposta de concessão de subvenções se realizará ao órgão concedente por um órgão colegiado, que terá a composição que se estabeleça

Um doutrinador espanhol de renome (bastante referido, inclusive, no **capítulo 2** desta tese), José Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, criticava este estado da legislação, avaliando que o desenvolvimento e a eficácia dos mencionados princípios era desigual e que, se a publicidade era a regra, a concorrência não era sempre prestigiada. De fato, o princípio da publicidade encontrava expressão seja na submissão da outorga de subvenção ao estabelecimento de certas *bases*, aprovadas previamente pelos ministérios e necessariamente publicadas no *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, seja no dever de as Administrações concedentes publicarem trimestralmente, no *BOE*, as subvenções concedidas em cada período. Já o princípio da concorrência não tinha a mesma eficácia.<sup>72</sup> Veja-se um excerto da avaliação do jurista:

“Se a aplicação do princípio da publicidade é a regra, a do *princípio da concorrência* é meramente eventual. Este princípio reveste a outorga das subvenções de um trâmite de caráter competitivo, que a *Lei Geral Orçamentária* denomina concurso, no qual as diferentes solicitações são apresentadas dentro de um único prazo e são avaliadas e resolvidas num único ato, outorgando-se a subvenção ao peticionário (ou peticionários) que ostente maiores méritos ou ofereça melhores condições. Mas a lei não impõe peremptoriamente dito trâmite, mas somente ‘quando a finalidade ou natureza da subvenção assim o exija’, o que equivale, na prática, a conferir uma ampla margem de discricionariedade ao órgão concedente para aplicar ou não este procedimento; procedimento que a *Lei Geral Orçamentária* não regula, remetendo-se implicitamente às bases reguladoras [da concessão de subvenções] a que antes aludimos....”<sup>73</sup>

Mesmo o precitado Real Decreto 2225/1993, que disciplinou o procedimento de outorga de subvenções, limitava-se essencialmente – como apontou SANTAMARÍA PASTOR – a mesclar as normas expressas nos artigos 81 e 82 da *Lei Geral Orçamentária* com normas da *Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum*.<sup>74</sup> Os citados artigos 81 e 82 da legislação orçamentária acabaram, eventualmente, sucumbindo às críticas e foram expressamente revogados pela *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro).<sup>75</sup> Esta, ao entrar em vigor em 2004,<sup>76</sup>

---

nas bases reguladoras de subvenção.” Cf. art. 81.6, parágrafo *b* (revogado) do texto refundido da *Lei Geral Orçamentária*, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de dezembro.

<sup>72</sup> Cf. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, p. 362.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 363.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 363-364.

<sup>75</sup> Cf. Disposição derogatória única, apartado 1, parágrafo *a*, da *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro).

introduziu no ordenamento espanhol, assim – entre outras regras inovadoras –, a que exige a concessão de subvenções em *regime de concorrência competitiva*, dando “dentes” ao precitado *princípio da concorrência*, que continuou previsto junto aos da *publicidade e objetividade*, mas, a partir de então, ao lado também dos *princípios da transparência, igualdade, não discriminação, eficácia e eficiência*.<sup>77</sup> As atuais regras sobre o procedimento de concessão de subvenções serão examinadas, com atenção, mais adiante; nesse momento, busca-se oferecer uma visão panorâmica da *Lei Geral de Subvenções*.

Nesse sentido nota-se que esta lei, basicamente, estabeleceu um *regime jurídico geral* das subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas espanholas, de observância obrigatória por três espécies de sujeitos: as próprias Administrações, chamadas *concedentes*; pessoas intermediárias que, nalguns casos, cooperam na distribuição e monitoramento da aplicação das subvenções concedidas, chamadas *entidades de colaboração*; e os sujeitos que efetivamente recebem as subvenções como seus destinatários, chamados *beneficiários*.

Para além de delimitar ao *quê e a quem* se aplicaria, a *Lei Geral de Subvenções* perpassou disciplinando, ao longo de seus cinco títulos,<sup>78</sup> todas as etapas fundamentais da execução e controle do gasto público subvencional. O fez, sobretudo, por meio da disciplina de um “conjunto de procedimentos vinculados ao ‘iter’ da subvenção”.<sup>79</sup> Tais procedimentos administrativos por vezes não de seguir uns aos outros e, noutras situações, devem correr em paralelo.<sup>80</sup> A disciplina estabelecida pela lei permite, então, que, de um modo geral, todo o percurso de execução e controle do gasto público subvencional na Espanha seja vislumbrado

---

<sup>76</sup> A lei foi publicada no *BOE* nº. 273, de 18 de novembro, e, de acordo com sua disposição final terceira, apartado 2, entrou em vigor três meses após a data de sua publicação, ou seja, apenas em fevereiro de 2004.

<sup>77</sup> Na exata previsão legal (traduzida), o novo regime geral das subvenções sujeita-se aos seguintes princípios: “a) publicidade, transparência, concorrência, objetividade, igualdade e não discriminação”, “b) eficácia no cumprimento dos objetivos fixados pela Administração outorgante” e “c) eficiência no assinalamento e utilização dos recursos públicos”. Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 8.3, parágrafos *a, b e c*.

<sup>78</sup> São eles: Título Preliminar, “Disposições gerais”; Título I, “Procedimentos de concessão e gestão das subvenções”, Título II, “Da reintegração de subvenções”; Título III, “Do controle financeiro de subvenções”; e Título IV, “Infrações e sanções administrativas em matéria de subvenções”.

<sup>79</sup> Esta feliz expressão de síntese do conteúdo da lei é utilizada na Exposição de Motivos do Real Decreto 887/2006, de 21 de julho, que regulamenta a *Lei Geral de Subvenções* (*BOE* nº. 176, de 25 de julho de 2006, p. 27.745).

<sup>80</sup> São seis os procedimentos criados e disciplinados pela *Lei Geral de Subvenções*: *i*) procedimento de concessão ou outorga; *ii*) procedimento de gestão e prestação de contas; *iii*) procedimento de gestão orçamentária; *iv*) procedimento de reintegração; *v*) procedimento de controle financeiro; e *vi*) procedimento sancionador.

em três etapas seqüenciais: *i*) a etapa inicial, que envolve o planejamento, a aprovação do gasto público e a outorga da subvenção pelo Estado, tudo com observância de certos limites, condicionamentos e procedimentos; *ii*) a etapa intermediária, que envolve, de um lado, a gestão da subvenção concedida e a prestação de contas acerca de sua aplicação pelos respectivos beneficiários e, de outro, a liberação dos recursos pelo órgão público concedente e o exercício do controle financeiro, tanto pelo órgão concedente quanto pelas demais instituições de controle financeiro do Estado (sempre à luz de limites, condicionamentos e procedimentos predefinidos); e *iii*) a etapa final, que envolve a continuidade do controle financeiro e, se for o caso, o ressarcimento de valores aos cofres públicos (na hipótese de irregularidade na obtenção, aplicação ou prestação de contas da subvenção e, bem assim, segundo procedimento de reintegração pré-estabelecido) e o sancionamento de infratores (à luz de prévias tipificações de condutas e sanções e, bem assim, de procedimento sancionador).

Embora tenha sido uma lei fundamentalmente definidora de procedimentos administrativos, sistematizando disposições contidas em leis esparsas e preenchendo lacunas normativas, a *Lei Geral de Subvenções* procurou articular-se, em várias de suas passagens, com a *Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum*. Esta última, enquanto verdadeira lei geral de processo administrativo, já continha uma disciplina jurídica de procedimentos que em diversos aspectos poderia servir à matéria das subvenções, de modo que a *Lei Geral de Subvenções*, não raro, só fez referi-la, reconhecendo a sua aplicabilidade à matéria. A *Lei Geral de Subvenções* também se articulou com normas comunitárias, instituidoras da União Européia (UE) ou emanadas de seus organismos, aplicáveis à Espanha na qualidade de estado-membro da UE. Manteve toda a disciplina sobre o registro público e o credenciamento de entidades associativas como de utilidade pública, constante da *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, preservando inclusive a regra de que tais registro e credenciamento constituem condição para a fruição de medidas estatais de fomento. E articulou-se, ainda, com a *Lei Geral Orçamentária* (apesar de ter, com dito, revogado expressamente toda a disciplina anteriormente conferida ao tema das subvenções pelos artigos 81 e 82 do texto refundido da *Lei Geral Orçamentária* que se encontrava em vigor à época, assim como o citado Real Decreto 2225/1993, de 17 de dezembro, que aprovara o “Regulamento do procedimento para a concessão de ajudas e

subvenções públicas”). Toda esta articulação da *Lei Geral de Subvenções* com outras normas fundamentais que tangenciam o tema das subvenções (leis sobre processo administrativo, direito de associação e orçamento público e, ainda, normas da UE) mostra que, apesar de ter sido, sim, uma lei de simplificação e aperfeiçoamento do direito preexistente, ela não fez ruir, com sua força derogatória, tudo que antes existia sobre a matéria. Em outras palavras, o novo diploma sistematizou o direito preexistente em torno do tema “subvenção pública”, derogando-o, sim, quando necessário ao seu aperfeiçoamento, bem como preenchendo as lacunas normativas preexistentes; porém, também se articulou bastante com leis que já gravitavam em torno do assunto, preservando-as naquilo que se reputava adequado.

O resultado foi uma lei que serve de guia seguro e didático para a concessão e controle de subvenções públicas, que vale expor em maiores detalhes, como se fará a seguir, já que inspira solução para muitos dos problemas encontrados no vigente direito brasileiro do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. A sua apresentação é antecedida de uma exposição sobre os temas do registro de associações (**item a**, a seguir) e a declaração das mesmas como de utilidade pública (**item b**), disciplinados fundamentalmente pela *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*. Na seqüência adentra-se a descrição do objeto da *Lei Geral de Subvenções* (**item c**) e das etapas inicial, intermediária e final do *iter* da subvenção pública (itens **d**, **e** e **f**, respectivamente), culminando na descrição das normas sobre transparência das subvenções públicas em todas as etapas mencionadas (**item g**).

#### **a) Registro de associações**

A *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, de 2002, prevê que o direito de associação, constitucionalmente protegido, inclui o direito à inscrição no Registro de Associações competente, que somente poderá ser denegado quando não se reúnam os requisitos previstos na lei.<sup>81</sup> Prevê-se a criação de um *Registro Nacional de Associações*, de

---

<sup>81</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 24. Recebida a solicitação de registro pelo órgão competente, o prazo para a inscrição da entidade é de três meses, limitando-se a Administração, nesse período, à verificação do cumprimento dos requisitos que devem reunir a ata fundacional e os estatutos; transcorrido esse

caráter público,<sup>82</sup> cujo objeto deverá ser a inscrição de associações e demais atos cuja inscrição é exigida nos termos da lei.<sup>83</sup> Sua estrutura e funcionamento, no entanto, não de ser definidos por regulamento.<sup>84</sup> Duas consequências jurídicas importantes advêm da inscrição da entidade associativa no registro público: *i*) com a inscrição, consoante esclarecido na Exposição de Motivos da lei, opera-se a separação entre o patrimônio da associação e o patrimônio dos associados (sem prejuízo da existência, bem como da possibilidade de exigência, da responsabilidade daqueles que, com seus atos e omissões, causem danos ou prejuízos à associação ou a terceiros);<sup>85</sup> e *ii*) a inscrição é condição para que a entidade possa gozar de direitos e garantias relativos a medidas estatais de fomento<sup>86</sup> e, inclusive, para que possa ser declarada como de utilidade pública.<sup>87</sup> Entre esses direitos e garantias passíveis de fruição apenas por entidades inscritas, a lei se refere expressamente ao desfrute de ajudas e subvenções (sujeitando-se essas últimas ao regime geral das subvenções públicas),<sup>88</sup> bem como à garantia de que a Administração promoverá e facilitará o desenvolvimento de associações<sup>89</sup> e, em especial, fomentará o estabelecimento de mecanismos de assistência, de serviços de informação e de campanhas de divulgação e reconhecimento das atividades das associações que persigam objetivos de interesse geral.<sup>90</sup>

Há disposições especificamente voltadas ao registro de associações estrangeiras, que merecem destaque. Ao regular-se o domicílio de entidades associativas, por exemplo, estipula-se que, “sem prejuízo do que disponha o ordenamento comunitário, as associações estrangeiras, para poder exercer atividades na Espanha de forma estável e duradoura, deverão

---

prazo sem que haja notificação de resolução expressa, pode ser considerada deferida a solicitação de inscrição (cf. art. 30.1).

<sup>82</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 29.1.

<sup>83</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 25.1, parágrafos a) a k). Os atos a serem inscritos são todos os assentos e modificações relativos: *a*) à denominação; *b*) ao domicílio; *c*) aos fins e atividades estatutárias; *d*) ao âmbito territorial de atuação; *e*) à identidade dos titulares dos órgãos de governo e representação; *f*) à abertura e fechamento de filiais ou estabelecimento da entidade; *g*) à data de constituição e à de inscrição; *h*) à declaração e à revogação da condição de utilidade pública; *i*) às associações que constituem ou integram federações, confederações e uniões; *j*) à pertença a outras associações, federações, confederações e uniões ou entidades internacionais; *k*) à baixa, suspensão ou dissolução da associação e suas causas.

<sup>84</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 25.4.

<sup>85</sup> Cf. Exposição de Motivos da *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, in: *BOE* nº. 73, de 26 de março de 2002, p. 11982.

<sup>86</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 25.3.

<sup>87</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 32.1.e).

<sup>88</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 31.3.

<sup>89</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 31.1.

<sup>90</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 31.2.

estabelecer uma delegação em território espanhol”.<sup>91</sup> Definem-se, ademais, quais atos das associações estrangeiras devem ser inscritos no registro de associações e quais os respectivos documentos a serem depositados.<sup>92</sup>

## **b) Declaração de associações como de utilidade pública**

A *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, de 2002, também prevê e disciplina a possibilidade de declaração de associações como de “utilidade pública”. Fixa, nesse sentido, os requisitos para que a entidade seja declarada como tal<sup>93</sup> e define os direitos decorrentes dessa declaração. Tais direitos são os seguintes: *i*) o de a entidade usar a menção “Declarada de Utilidade Pública”, em seguida à sua denominação, em toda sorte de documentos; *ii*) o de desfrutar de isenções e benefícios fiscais, que as leis reconheçam em seu favor, nos termos e condições previstos na legislação vigente; *iii*) o de desfrutar de benefícios econômicos que as leis estabeleçam em seu favor; e *iv*) o de assistência jurídica gratuita, nos termos previstos na legislação específica.<sup>94</sup> Reconhece-se expressamente, por fim, a competência das Comunidades Autônomas para estipularem, por suas próprias normas, sobre a declaração de utilidade pública e outros benefícios que possam decorrer da declaração,

---

<sup>91</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 9.1.

<sup>92</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 28.3.

<sup>93</sup> Esses requisitos vêm estabelecidos no art. 31.1, parágrafos a) a e) da lei, consistindo, em síntese, nos seguintes: *a*) seus fins estatutários devem tender a promover o interesse geral e ser de caráter cívico, educativo, científico, cultural, desportivo, sanitário, de promoção dos valores constitucionais, de promoção dos direitos humanos, de assistência social, de cooperação para o desenvolvimento, de promoção da mulher, de proteção da infância, de fomento da igualdade de oportunidades e da tolerância, de defesa do meio ambiente, de fomento da economia social ou da investigação, de promoção do voluntariado social, de defesa de consumidores e usuários, de promoção e atenção às pessoas sob risco de exclusão por razões físicas, sociais, econômicas e culturais, ou quaisquer outros de similar natureza; *b*) a atividade que realizam não deve restringir-se exclusivamente a beneficiar seus associados, mas ser aberta a qualquer outro possível beneficiário que reúna as condições e características exigidas pela índole de seus próprios fins; *c*) os membros de seus órgãos de representação que percebam retribuições não devem percebê-las por conta de fundos e subvenções públicas (sem embargo, nos termos e condições estabelecidos nos estatutos sociais, os mesmos podem receber uma retribuição adequada em razão de serviços prestados que sejam diferentes das funções que lhes correspondam como membros do órgão de representação); *d*) devem contar com recursos pessoais e materiais adequados e com organização idônea para garantir o cumprimento dos fins estatutários; e, por fim, *e*) devem estar constituídas, inscritas no registro competente, em funcionamento e dando cumprimento efetivo aos seus fins estatutários, ininterruptamente, ao menos durante os dois anos imediatamente anteriores à apresentação da solicitação.

<sup>94</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 33, parágrafos a) e d).

pertinentes a associações que desenvolvam suas atividades principalmente nos respectivos territórios.<sup>95</sup>

Em contrapartida, a lei também fixa as obrigações das entidades declaradas de utilidade pública, que são: *i*) a de prestar contas anualmente, relativas ao exercício anterior, no prazo dos seis meses seguintes à sua finalização, as quais devem expressar a imagem fiel do patrimônio, dos resultados e da situação financeira, assim como a origem, quantia, destino e aplicação das receitas públicas percebidas; e *ii*) a de apresentar uma memória descritiva das atividades realizadas durante o exercício perante o órgão encarregado de verificar sua constituição e efetuar sua inscrição no registro correspondente, no qual ficarão depositadas tais memórias.<sup>96</sup> Prevê-se, ainda, que serão fixadas em regulamento as circunstâncias em que as contas anuais deverão ser submetidas a auditoria.<sup>97</sup> E estipula-se o dever de essas entidades apresentarem às Administrações Públicas as informações que lhes sejam requeridas, que guardem relação com as atividades realizadas em cumprimento aos seus fins.<sup>98</sup>

Para além dos requisitos para a obtenção da declaração de utilidade pública e dos direitos e obrigações dela decorrentes, a lei trata do procedimento administrativo a ser seguido para a sua obtenção e revogação. Estabelece, todavia, que este será definido em regulamento,<sup>99</sup> limitando-se a fixar a competência para a outorga da declaração e para o exercício de funções de instrução nesse procedimento<sup>100</sup> e, também, a competência para a sua revogação<sup>101</sup> e as hipóteses de seu cabimento.<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 36.

<sup>96</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 34.1.

<sup>97</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 34.1.

<sup>98</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 34.2.

<sup>99</sup> Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 35.3.

<sup>100</sup> Tal competência é atribuída ao Ministro, estipulando-se que ele fará a declaração via “ordem” ministerial, mediante prévio parecer favorável das Administrações Públicas competentes em razão dos fins estatutários e atividades da associação e, ainda, em qualquer caso, do Ministério da Fazenda. Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 35.1.

<sup>101</sup> Tal competência de revogação é também atribuída ao Ministro, que a fará via “ordem” ministerial, mediante prévia audiência da associação afetada e parecer das Administrações Públicas competentes. Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 35.2.

<sup>102</sup> Define-se que a revogação da declaração terá cabimento quando as circunstâncias ou a atividade da associação não respondam às exigências ou requisitos previstos para a sua declaração como de utilidade pública, ou, ainda, quando os responsáveis por sua gestão não cumpram as obrigações inerentes a tal condição, especialmente a de prestação de contas. Cf. *Lei Orgânica reguladora do Direito de Associação*, art. 35.2.

### c) Objeto da *Lei Geral de Subvenções*

Ao delimitar o seu âmbito objetivo de aplicação, a lei espanhola diz ter por objeto a regulação do regime jurídico geral das subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas.<sup>103</sup> Define, em seguida, o que sejam *subvenções* para todos os seus efeitos: *subvenção é qualquer disposição de dinheiro, pelas Administrações Públicas, em favor de pessoas públicas ou privadas, feita sem contraprestação direta pelos seus beneficiários, com vistas ao cumprimento de objetivo determinado – a execução de um projeto, a realização de uma atividade, a adoção de um comportamento singular ou a ocorrência de uma situação –, de tal modo que o projeto, a ação, conduta ou situação financiada tenha por objeto o fomento de uma atividade de utilidade pública ou interesse social ou a promoção de uma finalidade pública.*<sup>104</sup> Segue-se à delimitação do conceito de subvenção uma série de disposições destinadas a afirmar expressamente a exclusão desse conceito, ou, de todo modo, do âmbito de aplicação da lei, de certas disposições de dinheiro feitas pelas Administrações Públicas, as quais, por alguma razão, não se tenha reputado adequado sujeitar ao regime geral estabelecido ou simplesmente se tenha pretendido esclarecer que a ele não estariam mesmo sujeitas.<sup>105</sup>

Merece destaque a especificação de que a lei tem por objeto a instituição de um *regime jurídico geral* para as subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas na Espanha. Trata-se, assim, de estabelecer um conjunto de princípios e regras comuns a toda e qualquer subvenção outorgada no país.

---

<sup>103</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 1º., que define o *objeto* da disciplina legal.

<sup>104</sup> Os exatos termos dessa definição constam do art. 2.1, parágrafos a, b e c, da lei, a saber: “Artigo 2. Conceito de subvenção. 1. Se entende por subvenção, para os efeitos desta lei, toda disposição de dinheiro realizada por quaisquer dos sujeitos contemplados no artigo 3º. desta lei [a Administração Geral do Estado, as entidades que integram a Administração local e a Administração das comunidades autónomas], em favor de pessoas públicas ou privadas, e que cumpra os seguintes requisitos: a) Que a entrega se realize sem contraprestação direta dos beneficiários. b) Que a entrega esteja sujeita ao cumprimento de um determinado objetivo, a execução de um projeto, a realização de uma atividade, a adoção de um comportamento singular, já realizados ou por desenvolver, ou a ocorrência de uma situação, devendo o beneficiário cumprir as obrigações materiais e formais que se houver estabelecido. c) Que o projeto, a ação, conduta ou situação financiada tenha por objeto o fomento de uma atividade de utilidade pública ou interesse social ou de promoção de uma finalidade pública.”

<sup>105</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 2º., apartados 2, 3 e 4, que tratam das hipóteses de transferência excluídas do âmbito de aplicação da lei ou do conceito de subvenção. Vale mencionar, por exemplo, que ficam excluídas do conceito de subvenção as “prestações contributivas e não contributivas do Sistema de Seguridade Social”, os “benefícios fiscais” e o “crédito oficial, salvo nas hipóteses em que a Administração pública subvencione ao tomador a totalidade ou parte dos juros ou outras contraprestações da operação de crédito”.

De outro lado, ao definir o seu âmbito subjetivo de aplicação, a lei estipula que, na relação jurídica subvencional, existe, de um lado, o órgão estatal competente para a concessão da subvenção, chamado, assim, de *órgão concedente*, e, de outro, sujeitos encarregados de realizar a atividade que fundamentou a sua outorga ou que se encontrem na situação que legitima a sua concessão, por isso chamados *beneficiários* das subvenções.<sup>106</sup> Em suma, há o *concedente* e os *beneficiários*. A intermediar esta relação pode existir, ainda, o que a lei chamou de *entidade colaboradora*, definindo-a como aquela que, atuando em nome e por conta do órgão concedente para todos os fins relativos à subvenção, esteja encarregada de entregar e distribuir os recursos públicos aos respectivos beneficiários ou colaborar na sua gestão;<sup>107</sup> trata-se, assim, de entidade à qual o órgão concedente tenha delegado atribuições de controle prévio e concomitante às subvenções – isto é, não apenas a atribuição de entregar aos beneficiários os devidos recursos,<sup>108</sup> mas a de verificar o cumprimento dos requisitos ou condições para a sua outorga (exercendo, portanto, controle prévio), bem como, uma vez efetuada a outorga, verificar a realização da atividade e o cumprimento da finalidade para a qual a outorga foi feita (exercendo o controle concomitante).<sup>109</sup> Em suma, ao *órgão concedente* cabe conceder a subvenção, aos *beneficiários* realizar a atividade subvencionada e à *entidade colaboradora*, quando houver, distribuir os recursos públicos aos *beneficiários* e colaborar no controle da sua gestão.

Nesse contexto, o *concedente* é sempre um ente estatal. O *beneficiário* pode ser tanto um ente estatal quanto uma entidade não estatal (podendo esta última ter ou não fins

---

<sup>106</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 11.1, que define a categoria dos *beneficiários*.

<sup>107</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 12.1, que define a categoria das *entidades colaboradoras*. Vale registrar que a lei enumera uma série de requisitos para a obtenção da condição de *beneficiário* ou de *entidade colaboradora* (art. 13), além de fixar, desde logo, as obrigações do *beneficiário* (art. 14), dentre as quais figura a de “cumprir o objetivo, executar o projeto, realizar a atividade ou adotar o comportamento singular que fundamenta a concessão das subvenções” (art. 14.1, parágrafo *a*), e as obrigações da *entidade colaboradora* (art. 15), dentre as quais figura a de “entregar aos beneficiários os fundos recebidos de acordo com os critérios estabelecidos nas bases reguladoras da subvenção e no convênio subscrito com a entidade concedente” (art. 15.1, parágrafo *a*).

<sup>108</sup> Expressamente prevista como atribuição da *entidade colaboradora* no art. 15.1, parágrafo *a*), da *Lei Geral de Subvenções*.

<sup>109</sup> Atribuições essas – de verificação do cumprimento de requisitos para a outorga e aferição da realização da atividade e cumprimento dos fins almejados com a outorga – expressamente previstas nos artigos 15.1, parágrafo *b* e 32.2 da *Lei Geral de Subvenções*.

lucrativos).<sup>110</sup> A *entidade colaboradora*, se houver, também pode ser estatal ou não estatal.<sup>111</sup> Na hipótese de as *entidades colaboradoras* serem “pessoas sujeitas ao direito privado”, elas deverão ser selecionadas mediante “um procedimento submetido aos princípios da publicidade, concorrência, igualdade e não discriminação” e a colaboração deverá ser formalizada mediante “convênio”, exceto se, em função do objeto da colaboração, resultar plenamente aplicável a Lei de Contratos das Administrações Públicas daquele país.<sup>112</sup>

Ressalte-se que, sempre que houver mesmo uma entidade intermediária (a *entidade colaboradora*), atuando em nome e por conta do *órgão administrativo concedente*, a lei exige a celebração, entre o *órgão concedente* e esta *entidade colaboradora*, de um instrumento chamado *convênio de colaboração*, em que devem ser reguladas as condições e obrigações assumidas por esta.<sup>113</sup> O prazo de vigência desse *convênio de colaboração* não pode ser superior a quatro anos,<sup>114</sup> e o seu conteúdo mínimo é ditado pela lei,<sup>115</sup> figurando como uma de suas estipulações mais importantes a que concerne aos requisitos que a *entidade*

---

<sup>110</sup> O art. 19 da lei espanhola, por exemplo, ainda que versando sobre tema específico que não vem ao caso elucidar (o financiamento das atividades subvencionadas), admite expressamente que o beneficiário seja uma Administração Pública.

<sup>111</sup> É o que se depreende do art. 12, apartados 1º. a 3º., da lei, sobre a categoria das *entidades colaboradoras*, em combinação com o art. 16, apartados 4º. e 5º., da mesma lei, tratando da celebração de instrumentos chamados *convênios de colaboração* entre o *órgão administrativo concedente* e a *entidade colaboradora*. A lei dá a entender que, no mais das vezes, esse intermediário será mesmo uma entidade estatal, podendo as comunidades autônomas ou corporações locais atuar como *entidades colaboradoras* da Administração Geral do Estado ou dos organismos públicos vinculados ou dependentes da mesma. Podem, ainda, a Administração Geral do Estado ou os organismos públicos vinculados ou dependentes da mesma atuar como *entidades colaboradoras* relativamente a subvenções concedidas pelas comunidades autônomas ou corporações locais. Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 16.4.

<sup>112</sup> O texto refundido da *Lei de Contratos das Administrações Públicas* foi aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junho. Veja-se que, na hipótese de a *entidade colaboradora* ser uma entidade sujeita ao direito privado, a *Lei Geral de Subvenções* exigiu certo *processo administrativo* a fim de resguardar os ditos princípios – envolvendo, provavelmente, alguma sorte de disputa entre os pretendentes a tal condição de *entidade colaboradora*, para que os princípios da concorrência, igualdade e não discriminação sejam efetivamente observados. Porém, a lei reconheceu que, nalguns casos, pode vir a ser aplicável, plenamente, a legislação do país pertinente a licitações e contratos administrativos, tornando-se a licitação pública o procedimento aplicável à espécie (notadamente na hipótese de o vínculo entre o Poder Público e a pretendente à condição de *entidade de colaboração* caracterizar-se, por exemplo, como um contrato administrativo de prestação de serviços desta para aquele, sujeito, como tal, à lei pertinente). Enfim, o particular que pretenda atuar como *entidade de colaboração* não poderá ser simplesmente escolhido ao exclusivo alvedrio da autoridade pública, independentemente de qualquer procedimento; aliás, seu interesse em colaborar pode até ser econômico, tendo em vista o fato de que a lei admite a possibilidade de pagamento de compensação econômica por esta colaboração (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 16.1, parágrafo m).

<sup>113</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 16.1.

<sup>114</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 16.2.

<sup>115</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 16.3, parágrafos a a m.

*colaboradora* deverá cumprir e fazer cumprir durante o procedimento de gestão das subvenções <sup>116</sup>

Para que fiquem claros os significados de toda esta taxonomia empregada pela lei espanhola (*concedente*, *beneficiário* e *entidade de colaboração* e, ainda, *convênio de colaboração*), vale uma comparação ilustrativa com o que prevê a legislação brasileira em vigor. Sob o **Regime das Entidades Conveniadas**, no Brasil, podem beneficiar-se de transferências financeiras da União, por exemplo, tanto entidades não estatais de direito privado (e, como têm exigido as LDO federais, apenas as sem fins lucrativos)<sup>117</sup> quanto entes estatais (Municípios, Estados e DF, ou, ainda, entidades das respectivas administrações indiretas); se aplicada a taxonomia da lei espanhola a estas transferências típicas do caso brasileiro – imagine-se só para fins de ilustração –, tanto as entidades do terceiro setor como os Municípios, os Estados, o DF e as respectivas entidades de administração indireta poderiam ser considerados *beneficiários*; ou, então, os Municípios, Estados, DF e entidades das respectivas administrações indiretas poderiam vir a atuar como meros intermediários, isto é, *entidades de colaboração* com a União na distribuição dos recursos federais para sujeitos do terceiro setor, figurando estes últimos como os *beneficiários* das transferências em questão. Outro típico intermediário de transferências financeiras federais, no caso brasileiro, seria a chamada instituição financeira oficial – verdadeira *entidade de colaboração*, se fosse aplicada a taxonomia da lei espanhola –, encarregada de atuar como mandatária da União no âmbito do chamado contrato de repasse – o qual, a seu turno, faria as vezes do que a lei espanhola

---

<sup>116</sup> Tal estipulação é determinada como conteúdo obrigatório do *convênio de colaboração* no art. 16.3, parágrafo *e*, da lei. Essa estipulação precisa das incumbências da *entidade colaboradora* é importante porque, afinal, uma de suas incumbências pode ser, como já mencionado, o exercício do *controle concomitante* sobre a gestão das subvenções, colhendo prestações de contas por parte dos *beneficiários* e verificando, sempre em nome e por conta do órgão concedente, a realização das atividades e o cumprimento das finalidades para as quais foi concedida a subvenção (cf. art. 15.1, parágrafo *b* c/c art. 32.2, da mesma lei). Um bom *convênio de colaboração*, que bem circunstancie as responsabilidades da *entidade colaboradora*, será, portanto, essencial para o êxito do controle concomitante no futuro. De resto, mesmo na hipótese de a *entidade colaboradora* vir a ser uma pessoa sujeita ao direito privado e se acabar reputando aplicável à espécie a *Lei de Contratos das Administrações Públicas* da Espanha, o contrato firmado entre o *concedente* e a *entidade colaboradora*, ao estipular as obrigações de parte a parte, deverá incluir necessariamente o conteúdo típico de um *convênio de cooperação*, tal como previsto na *Lei Geral de Subvenções*, e deverá fazer menção expressa à submissão do contratado às demais obrigações previstas nesta última lei para quaisquer ostentadores da condição de *entidade de colaboração* (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 16.5).

<sup>117</sup> Verifica-se nas LDO federais, sucessivamente, a exigência de que os beneficiários do setor privado dessas transferências financeiras da União sejam, necessariamente, entidades sem fins lucrativos (cf. **capítulo 4** desta tese).

chamou de *convênio de colaboração*. Os *contratos de repasse* no caso brasileiro, à semelhança da função atribuída aos *convênios de colaboração* na lei espanhola, servem para ajustar as responsabilidades que tais instituições financeiras oficiais terão relativamente à distribuição das transferências de recursos federais aos respectivos beneficiários e ao monitoramento da sua aplicação.

Veja-se que o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, recém-elaborado no Brasil, faz uso da terminologia *entidades de colaboração* com um sentido *diferente* do que é atribuído à mesma expressão na lei espanhola; no anteprojeto brasileiro, ela quer se referir às entidades do terceiro setor que firmam vínculos de colaboração com o Estado, sem integrá-lo, e que podem vir a receber subvenções estatais por intermédio desses vínculos; as *entidades de colaboração* seriam, assim, no caso brasileiro,<sup>118</sup> aquilo que a lei espanhola chama de *beneficiários*. Ademais, o anteprojeto de lei brasileiro faz uso da expressão *contrato público de colaboração* num sentido distinto daquele que tem a expressão assemelhada na lei espanhola – o lá chamado *convênio de colaboração*. O *convênio de colaboração* na lei espanhola é celebrado entre o órgão administrativo concedente e um sujeito intermediário, encarregado de distribuí-lo aos seus verdadeiros beneficiários, cumprindo, dessa forma, papel análogo ao do *contrato de repasse* no Brasil. Já o *contrato público de colaboração*, no anteprojeto de lei brasileiro, há de ser celebrado entre o órgão administrativo concedente e as entidades não estatais privadas sem fins lucrativos que efetivamente aplicarão os recursos estatais porventura recebidos. Não se trata, portanto, no caso brasileiro, de mero contrato de intermediação de repasses. Algo semelhante, no Brasil, ao *convênio de colaboração* espanhol é o *contrato de repasse*.

#### **d) Etapa inicial: planejamento e concessão**

A outorga de subvenções pelas Administrações Públicas espanholas deve ser sempre precedida de um *plano estratégico de subvenções*, no qual sejam especificados os objetivos e

---

<sup>118</sup> Para maiores detalhes sobre as *entidades de colaboração* no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, cf. **capítulo 11**.

os efeitos pretendidos com a sua aplicação, o prazo necessário para a sua consecução, os custos previsíveis e as suas fontes de financiamento. O plano há de se subordinar, em todo caso, ao cumprimento dos objetivos de estabilidade orçamentária.<sup>119</sup> Compete ao órgão chamado Intervenção Geral da Administração do Estado (*Intervención General de la Administración del Estado*, no original em espanhol) realizar o controle e a avaliação de resultados derivados da aplicação do *plano estratégico de subvencões*.<sup>120</sup>

Para além da edição desse plano estratégico, o planeamento da sua outorga deve envolver a aprovação, por intermédio de ordem ministerial,<sup>121</sup> das *bases reguladoras da concessão*, as quais devem ser publicadas no *BOE* ou diário oficial correspondente.<sup>122</sup> O conteúdo mínimo dessas *bases reguladoras* é previsto na lei.<sup>123</sup> É importante observar que esta ordem ministerial, sendo um ato regulamentar, deve seguir o procedimento legalmente previsto para a elaboração de atos regulamentares; trata-se do procedimento estabelecido pelo

---

<sup>119</sup> Cf. *Lei Geral de Subvencões*, art. 8.1. Ademais, a lei espanhola prevê que os planos e programas relativos a políticas públicas setoriais, que estejam previstos em normas legais ou regulamentares, serão considerados *planos estratégicos de subvencões* para todos os efeitos, desde que tenham o conteúdo próprio de um plano desse tipo. Cf. *Lei Geral de Subvencões*, Disposição adicional décima-terceira (sobre “Planos e programas setoriais”).

<sup>120</sup> Cf. *Lei Geral de Subvencões*, Disposição adicional décima-sétima (sobre “Controle e avaliação de objetivos”). Esta competência da Intervenção Geral da Administração do Estado há de ser exercida sem prejuízo de outras legalmente atribuídas aos departamentos ministeriais e demais entes públicos da Espanha.

<sup>121</sup> A ordem ministerial é um ato exarado pelo ministro correspondente ao órgão ou entidade concedente.

<sup>122</sup> Cf. *Lei Geral de Subvencões*, artigos 9.3, 17.1 e 23.2.a).

<sup>123</sup> As bases reguladoras devem definir os seguintes aspectos: **a)** o objeto da subvenção; **b)** os requisitos que devem reunir os seus *beneficiários*, bem como a forma e o prazo de apresentação das suas solicitações; **c)** as condições de “solvência e eficácia” que devem reunir as pessoas jurídicas que, conforme o caso, atuarão como *entidades de colaboração*; **d)** o procedimento de concessão da subvenção; **e)** critérios objetivos de outorga da subvenção e, se for o caso, de ponderação dos mesmos; **f)** quantia individualizada da subvenção ou critérios para a sua determinação; **g)** órgãos competentes para a ordenação, instrução e resolução do procedimento de concessão da subvenção, assim como o prazo dentro do qual será feita a notificação acerca da resolução tomada; **h)** determinação, conforme o caso, de livros e registros contábeis específicos para garantir a adequada *prestação de contas* da subvenção (a *prestação de contas* acerca da aplicação da subvenção é o que, na lei espanhola, define-se sinteticamente como *justificación de la subvención*); **i)** o prazo e a forma de prestação de contas (*justificación de la subvención*), por parte do *beneficiário* ou, se for o caso, da *entidade colaboradora*, assim como do cumprimento da finalidade para a qual foi concedida a subvenção e da aplicação dos recursos percebidos; **j)** medidas de garantia que, conforme o caso, se considere necessário constituir em favor do órgão concedente, meios de constituição e procedimento de cancelamento; **k)** possibilidade de efetuar-se pagamentos antecipados e abonos em conta, assim como o regime das garantias que, nesse caso, deverão oferecer os *beneficiários*; **l)** circunstâncias que, por consequência da alteração das condições levadas em conta para a concessão da subvenção, poderão dar lugar à modificação da resolução; **m)** compatibilidade ou incompatibilidade com outras subvencões, ajudas, ingressos ou recursos para a mesma finalidade, procedentes de quaisquer Administrações ou entes públicos ou privados, nacionais, da UE ou de organismos internacionais; **n)** critérios de gradação das possíveis violações das condições impostas para a concessão da subvenção, os quais deverão ser levados em consideração para fins de estipulação do montante que, finalmente, perceberá o beneficiário, ou, conforme o caso, da importância a restituir, respeitado sempre o princípio da proporcionalidade. Cf. *Lei Geral de Subvencões*, art. 17.3, parágrafos *a* a *m*.

artigo 24 da *Lei do Governo* (Lei 50/1997, de 27 de novembro), sobre a “elaboração de regulamentos”, que deve envolver, na hipótese de o regulamento vir a afetar “direitos e interesses legítimos dos cidadãos”, a concessão de oportunidade de “audiência aos cidadãos afetados” sobre o projeto de regulamento, por “prazo não inferior a quinze dias úteis”. Apenas após esta audiência pode o regulamento ser editado, devendo, em todo caso, ser motivado.<sup>124</sup> Existe, portanto, uma espécie de procedimento de consulta pública, exigido por lei, para a aprovação das bases reguladoras da concessão de subvenções por intermédio de ordem ministerial.

Dentre todos os aspectos a serem definidos pelas *bases reguladoras da concessão*, um deles é, justamente, o *procedimento de concessão da subvenção*. Há dois tipos de procedimentos admitidos pela lei: o de “concessão em regime de concorrência competitiva” e o de “concessão direta”. A *concorrência competitiva* é o regime ordinário,<sup>125</sup> admitindo-se a *concessão direta* apenas nas hipóteses definidas na lei.<sup>126</sup> São três as hipóteses de *concessão direta*: *i*) a das subvenções nominalmente previstas nos orçamentos públicos; *ii*) a das subvenções cuja outorga ou quantia venha imposta à Administração por norma de estatuta legal, tendo que se observar o procedimento de concessão que resulte aplicável segundo o seu próprio regramento específico; e *iii*) em caráter excepcional, a das subvenções para as quais haja razões de interesse público, social, econômico ou humanitário, ou outras devidamente justificadas, que dificultem sejam objeto de convocação pública.<sup>127</sup> Todos esses procedimentos são detalhadamente disciplinados na lei,<sup>128</sup> sem prejuízo de sua disciplina ainda mais pormenorizada nas normas regulamentares.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> Cf. *Lei do Governo*, art. 24.

<sup>125</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 22.1 e Real Decreto 887/2006, art. 55.1.

<sup>126</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 22.2 e Real Decreto 887/2006, art. 55.2.

<sup>127</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 22.2, parágrafos *a*, *b* e *c*; e Real Decreto 887/2006, artigos 65 a 67.

<sup>128</sup> Cf. artigos 23, 24, 25, 26 e 27 da *Lei Geral de Subvenções*, que tratam, respectivamente, das fases de iniciação, instrução, resolução, notificação da resolução e reformulação das solicitações, todas pertinentes ao procedimento ordinário da “concessão em regime de concorrência competitiva”; cf. também o art. 28 da mesma lei, que trata do procedimento extraordinário “em regime de concessão direta”.

<sup>129</sup> Cf. artigos 58, 59, 60, 61, 62, 63 e 64 do Real Decreto 887/2006, que tratam dos seguintes temas atinentes à concessão de subvenções no “regime de concorrência competitiva”: aprovação do gasto orçamentário, convocação aberta, critérios de valoração, determinação da atividade a realizar pelo beneficiário, conteúdo da resolução, resolução propriamente dita e modificação da resolução. Cf. também os artigos 65, 66 e 67 do mesmo decreto, que tratam, respectivamente, de cada uma das três hipóteses legalmente previstas de “concessão direta” de subvenções.

Merece realce a circunstância de que a *concorrência competitiva*, enquanto procedimento ordinário de concessão de subvenções, deve “...permitir fazer efetivos os princípios inspiradores da outorga de subvenções previstos na lei”, como esclarece a sua Exposição de Motivos.<sup>130</sup> Já a *concessão direta*, enquanto procedimento aplicável somente em caráter excepcional, não está sujeita às normas da lei pertinentes aos princípios da *publicidade* e *concorrência*; regula-se por decreto, o qual, em tudo mais – exceto no pertinente a tais princípios – deve observância à lei.<sup>131</sup>

A *concorrência competitiva* é definida como “...o procedimento mediante o qual a concessão das subvenções se realiza por meio da comparação das solicitações apresentadas, a fim de estabelecer uma prelação entre as mesmas de acordo com os critérios de valoração previamente fixados nas bases reguladoras e no instrumento convocatório, e adjudicar, com observância do limite fixado no instrumento convocatório e dentro do crédito disponível, aquelas que tenham obtido maior valoração na aplicação dos citados critérios.”<sup>132</sup>

Antes da convocação de quaisquer interessados numa outorga – seja em regime de *concorrência competitiva*, seja em regime de *concessão direta* –, deve haver a aprovação do gasto público subvencional, em consonância com as disposições da legislação orçamentária.<sup>133</sup> No caso da *concorrência competitiva*, isto significa que o gasto deve ser aprovado antes da publicação do *instrumento convocatório*.

Obtida esta aprovação, cabe dar início ao procedimento de *concorrência competitiva*, que se desdobra, basicamente, em três fases: abertura, instrução e resolução. A fase de abertura é inaugurada sempre de ofício,<sup>134</sup> com a aprovação do *instrumento convocatório* pelo

---

<sup>130</sup> Cf. Exposição de Motivos da *Lei Geral de Subvenções*, in: *BOE* n.º. 276, de 18.11.2003, p. 40507.

<sup>131</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 28.3, que expressamente exclui o procedimento em regime de *concessão direta* da necessidade de observância das disposições da lei pertinentes aos princípios da publicidade e concorrência. A não aplicação desses princípios à concessão direta de subvenções é ainda realçada na Exposição de Motivos da lei, in: *BOE* n.º. 276, de 18.11.2003, p. 40508.

<sup>132</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 22.1.

<sup>133</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 34.1. Vale lembrar que a lei espanhola instituiu o que chama de *procedimento de gestão orçamentária*. Este tem duas fases: a primeira é a da aprovação do gasto público com a subvenção, nos termos da legislação orçamentária; em seguida vem a do efetivo pagamento da importância da subvenção aos seus beneficiários. A primeira fase tem lugar, justamente, antes da convocação de quaisquer interessados numa outorga, seja em regime de *concorrência competitiva*, seja em regime de *concessão direta*.

<sup>134</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 22.1.

órgão competente (tendo sido aprovados, previamente, não apenas o *gasto subvencional*, mas também o *plano estratégico de subvenções* e a *as bases reguladoras da concessão*). O conteúdo desse instrumento convocatório é determinado pela lei,<sup>135</sup> cabendo-lhe, entre outros itens obrigatórios, a fixação dos critérios de valoração das solicitações de subvenção apresentadas.<sup>136</sup>

A instrução do procedimento<sup>137</sup> compete ao órgão designado pelo instrumento convocatório; as atividades de instrução compreendem tanto a requisição de informações quanto a avaliação das solicitações ou petições. Uma vez avaliadas as solicitações, o órgão colegiado tido como competente para decidir<sup>138</sup> emite um informe contendo o resultado da avaliação que procedeu. À vista de todo o expediente e desse informe, o órgão instrutor formula uma *proposta de resolução provisória*, devidamente motivada, notificando-a aos interessados na forma prevista pelo instrumento convocatório. Abre-se o prazo de dez dias para a apresentação de alegações. Examinadas as alegações aduzidas pelos interessados, formula-se a *proposta de resolução definitiva*, que deve discriminar o solicitante ou a relação de solicitantes para os quais se propõe a concessão da subvenção, e sua quantia, especificando-se a avaliação procedida e os critérios de valoração seguidos para efetuar-la. Estando a

---

<sup>135</sup> O instrumento convocatório da *concorrência competitiva* deve conter: **a)** disposição indicativa das bases reguladoras e do diário oficial em que está publicada, salvo quando, em atenção à sua especificidade, estas se incluam no próprio instrumento convocatório; **b)** créditos orçamentários aos quais se imputa a subvenção e quantia total máxima das subvenções convocadas dentro dos créditos disponíveis ou, na sua falta, quantia estimada das subvenções; **c)** objeto, condições e finalidade da concessão da subvenção; **d)** previsão de que a concessão se efetua em regime de concorrência competitiva; **e)** requisitos para a solicitação da subvenção e a forma para se comprová-los; **f)** indicação dos órgãos competentes para a instrução e resolução do procedimento; **g)** prazo de apresentação de solicitações; **h)** prazo de resolução e notificação do resultado do procedimento; **i)** documentos e informações que devem acompanhar a petição; **j)** conforme o caso, a possibilidade de reformulação de solicitações na hipótese de o montante a outorgar em subvenções, decidido por resolução provisória, vir a ser inferior ao solicitado; **k)** indicação de se a resolução põe fim à via administrativa e, em caso contrário, do órgão ante o qual há de se interpor recurso de alçada; **l)** critérios de valoração das solicitações; e **m)** meio de notificação ou publicação. Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 23.2., parágrafos *a* a *m*.

<sup>136</sup> Vale atentar para a disciplina regulamentar dada a este item obrigatório do instrumento convocatório, que é a fixação dos critérios de valoração dos pedidos de subvenção. A respeito destes critérios, o regulamento da *Lei Geral de Subvenções*, aprovado pelo Real Decreto 887/2006, estabelece: “Art. 60. *Critérios de valoração*. 1. Nas bases reguladoras devem estabelecer-se os critérios de valoração das solicitações. Quando se tome em consideração mais de um critério, deverá precisar-se a ponderação relativa a cada um deles. No caso de o procedimento de valoração articular-se em várias fases, indicar-se-á igualmente em quais delas se irão aplicando os distintos critérios, assim como o piso mínimo de pontuação exigido do solicitante para continuar no processo de valoração.”

<sup>137</sup> Toda a descrição a seguir, sobre a instrução do procedimento, faz-se com base no art. 24 da *Lei Geral de Subvenções*.

<sup>138</sup> Sua composição é definida pelas *bases reguladoras da concessão* da subvenção, conforme prevê o art. 22.1, da *Lei Geral de Subvenções*.

*proposta de resolução definitiva* de acordo com as *bases reguladoras*, notificam-se os interessados propostos como beneficiários para que, no prazo previsto nas mesmas *bases reguladoras*, comuniquem sua aceitação.

Segue-se a fase de decisão ou resolução do procedimento. Trata-se do momento em que, tendo sido aprovada a *proposta de resolução definitiva*, o órgão competente resolve o procedimento. Sua *resolução* deve ser motivada, em conformidade com o que disponham as *bases reguladoras da subvenção*.<sup>139</sup> Notificam-se, então, os interessados acerca da resolução adotada.<sup>140</sup>

Todo esse procedimento, iniciado com a publicação do instrumento convocatório e concluído com a notificação de sua resolução definitiva aos interessados, não pode exceder o *prazo de seis meses* (contado da data da publicação do instrumento convocatório), salvo se uma norma de estatura legal estabeleça um prazo maior ou assim seja previsto em norma da UE.<sup>141</sup>

Ao cabo do procedimento de *concorrência competitiva*, expede-se uma *resolução de concessão da subvenção*, também chamada *ato de concessão de subvenção*.<sup>142</sup> Pode-se ainda, em lugar de um ato, celebrar instrumentos chamados *convênios*. Tanto os *atos de concessão* quanto os *convênios* têm o mesmo fim de canalizar as subvenções aos *beneficiários* selecionados e estabelecer as condições e compromissos aplicáveis em conformidade com a lei.<sup>143</sup>

#### **e) Etapa intermediária: gestão, prestação de contas, liberação e controle financeiro**

Nesta etapa correm em paralelo pelo menos três dos procedimentos instituídos e disciplinados pela lei espanhola: o *procedimento de gestão e prestação de contas*, o

---

<sup>139</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 25.2.

<sup>140</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 26.

<sup>141</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 25.4.

<sup>142</sup> Referência expressa a tal “ato de concessão da subvenção” é feita no art. 30.1, da *Lei Geral de Subvenções*.

<sup>143</sup> É o que se depreende do disto no art. 28.1, da *Lei Geral de Subvenções*.

*procedimento de gestão orçamentária* e o *procedimento de controle financeiro*. O primeiro (de gestão e prestação de contas) foca-se em obrigações do beneficiário dos recursos; já os outros dois (de gestão orçamentária e controle financeiro) focam-se em deveres do órgão concedente ou, então, da entidade colaboradora que porventura atue em nome e por conta do órgão concedente.

Veja-se primeiro como se dá a gestão e prestação de contas de subvenções pelos respectivos beneficiários. Findo o *procedimento de concessão da subvenção* (na sua forma ordinária de *concorrência competitiva* ou, então, na forma de *concessão direta*), inicia-se o que a lei chama, em verdade, de *procedimento de gestão e justificação* acerca das subvenções outorgadas;<sup>144</sup> tendo em vista que a palavra justificação – *justificación*, no original em espanhol – quer se reportar à justificação do cumprimento das condições impostas e da consecução dos objetivos previstos no ato de concessão da subvenção,<sup>145</sup> dita justificação poderia ser entendida, em língua portuguesa, como uma *prestação de contas* acerca das subvenções concedidas; daí a tradução do termo para o vernáculo, ainda que imperfeita, como *prestação de contas*, falando-se então em *procedimento de gestão e prestação de contas*. O objeto das regras atinentes a esse procedimento é disciplinar o uso que é feito das subvenções pelos respectivos beneficiários.

Instituem-se, primeiramente, vedações, limites e condicionamentos a esse uso. Nesse sentido, a lei logo trata do tema da subcontratação das atividades subvencionadas pelos beneficiários.<sup>146</sup> Esta é expressamente permitida, mas fica estabelecido que o beneficiário somente poderá subcontratar a atividade com terceiros, total ou parcialmente, quando a norma reguladora da subvenção expressamente o preveja. Fica estabelecido, ainda, que a atividade subcontratada não excederá a porcentagem fixada nas *bases reguladoras* da concessão e, no silêncio desta, não poderá exceder a 50 % (cinquenta por cento) da importância

---

<sup>144</sup> Há um capítulo na lei espanhola especificamente denominado: “Do procedimento de gestão e justificação da subvenção pública”. Entretanto, na lei encontra-se, ainda, de maneira esparsa, o uso da expressão mais sintética *procedimento de gestão*, ou, ainda, da expressão *procedimento de controle*, sempre em alusão ao mesmo procedimento. Por exemplo, no art. 6.2, faz-se referência aos “procedimentos de concessão e de controle das subvenções regulados nesta lei”; e no art. 16.3, parágrafo *e*, encontra-se referência às “diferentes fases do procedimento de gestão das subvenções”.

<sup>145</sup> É o que resta perfeitamente esclarecido no texto do art. 30.1, da *Lei Geral de Subvenções*.

<sup>146</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 29, que trata dessas subcontratações.

subvencionada.<sup>147</sup> Mesmo com a observância desses limites, na hipótese de a atividade concertada com terceiros exceder a 20 % (vinte por cento) da importância da subvenção e dita importância ser superior a 60.000 mil euros, a subcontratação estará submetida, adicionalmente, ao cumprimento de dois requisitos: *i*) que o contrato seja celebrado por escrito e *ii*) que a sua celebração seja autorizada pela autoridade concedente da subvenção na forma determinada pelas *bases reguladoras*.<sup>148</sup>

Outro aspecto tratado pela lei, que pode ser inserto no conjunto das vedações, condicionamentos e limites ao uso de subvenções, é o dos *gastos subvencionáveis*. Fixa-se a regra geral de que os gastos que podem ser subvencionados, para os efeitos da lei, são “...aqueles que de maneira indubitável respondem à natureza da atividade subvencionada, e se realizem no prazo estabelecido pelas diferentes bases reguladoras das subvenções.”<sup>149</sup> Prevê-se expressamente que os gastos financeiros, os gastos de assessoria jurídica ou financeira, os gastos notariais e registrais e os gastos periciais para a realização do projeto subvencionado e os de administração específicos são, sim, subvencionáveis, quando o preveja a norma reguladora da concessão e desde que estejam diretamente relacionados com a atividade subvencionada e sejam indispensáveis para a adequada preparação ou execução da mesma.<sup>150</sup> Também se prevê que os tributos são gastos subvencionáveis quando o beneficiário da subvenção os paga efetivamente.<sup>151</sup> E, em se tratando de quaisquer gastos subvencionáveis, estipula-se a regra de que, quando a importância de gasto destinado à execução de obra supere a quantia de 30.000 euros, ou de gasto destinado à aquisição de bens ou serviços supere a quantia de 12.000 euros, o beneficiário deverá solicitar, no mínimo, três ofertas de diferentes provedores, previamente à contratação do compromisso para a prestação do serviço ou fornecimento do bem – salvo se, em virtude das especiais características do gasto, não exista

---

<sup>147</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 29.2.

<sup>148</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 29.3, parágrafos *a* e *b*. De resto, fica expressamente proibido o fracionamento de um contrato com o objetivo de diminuir a quantia do mesmo e fugir ao cumprimento dos requisitos supra-indicados (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 29.4). Entre todas as demais disposições da lei sobre subcontratação merece destaque, por fim, a expressa proibição de que determinadas categorias de sujeitos sejam subcontratadas – como a dos “intermediários ou assessores cujos pagamentos se definam como um percentual do custo total da operação, a não ser que dito pagamento esteja justificado com base no valor de mercado do trabalho realizado ou dos serviços prestados” (a hipótese é prevista no art. 29.7, parágrafo *c*).

<sup>149</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 31.1.

<sup>150</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 31.7.

<sup>151</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 31.8.

no mercado suficiente número de entidades que forneçam o bem ou prestem o serviço, ou, ainda, se o gasto já tiver sido feito antes da solicitação da subvenção.<sup>152</sup>

De fora as vedações, limites e condicionamentos ao uso de subvenções, a lei trata da prestação de contas acerca desse uso (a *justificación*, no original em espanhol). Dispõe, basicamente, sobre a sua forma, conteúdo e prazo de apresentação. Nesse sentido, fica estabelecido que a prestação de contas acerca do cumprimento das condições impostas e da consecução dos objetivos previstos no ato de concessão da subvenção será documentada da maneira determinada regulamentarmente, podendo revestir a forma, entre outras, de *prestação de conta justificativa do gasto realizado* (*rendición de la cuenta justificativa del gasto realizado*, no original em espanhol).<sup>153</sup> Esta é definida como “um ato obrigatório do beneficiário ou da entidade colaboradora, no qual se devem incluir, sob a responsabilidade do declarante, as justificativas de gasto ou qualquer outro documento com validade jurídica, que permitam acreditar o cumprimento do objeto da subvenção pública.”<sup>154</sup> A forma específica desta *conta justificativa* e o prazo para a sua apresentação não de ser definidos nas *bases reguladoras da concessão*, aplicando-se, no silêncio das *bases reguladoras*, a exigência de que ela inclua uma declaração das *atividades realizadas* que tenham sido financiadas com a subvenção e o seu *custo*, com a discriminação de *cada um dos gastos* incorridos, assim como a exigência de que seja apresentada dentro do prazo de, no máximo, três meses contado desde a finalização do prazo para a realização da atividade.<sup>155</sup> Para cada gasto, a comprovação poderá ser feita por meio de faturas ou outros instrumentos de valor probante com validade equivalente no tráfico jurídico mercantil; poderá ser feita, ainda, mediante faturas eletrônicas; e finalmente, poderá ser feita por meio de um *sistema de justificação e carimbo de justificativas de gasto* (no original em espanhol, *sistema de validación y estampillado de justificantes de gasto*), a ser instituído por via regulamentar e consistindo numa das novidades trazidas pela lei, segundo sua Exposição de Motivos.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 31.3.

<sup>153</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 30.1.

<sup>154</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 30.2.

<sup>155</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 30.2.

<sup>156</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 30.3. A previsão desse sistema é apontada na Exposição de Motivos como tendo o objetivo de “...evitar comportamentos fraudulentos e melhorar a eficácia das atuações de comprovação e controle”. Exposição de Motivos da *Lei Geral de Subvenções*, in: *BOE* n°. 276, de 18.11.2003, p. 40508.

Entra em pauta, então, a disciplina do “outro lado da moeda” da prestação de contas, que é a sua análise por parte órgão administrativo concedente. Dispõe-se, nesse sentido, sobre o que a lei chama de *comprovação de subvenções* (*comprobación de subvenciones*, no original em espanhol). Trata-se do dever-poder do órgão administrativo concedente de comprovar a *adequada prestação de contas*,<sup>157</sup> assim como a *realização da atividade* e o *cumprimento da finalidade* que determinaram a concessão ou desfrute da subvenção. Conforme o caso, este dever-poder de comprovação estará a cargo da *entidade de colaboração* (a qual, como sempre, atuará em nome e por conta do órgão concedente).<sup>158</sup>

Ainda tratando da perspectiva do órgão administrativo concedente, a lei dispõe sobre o que denomina *comprovação de valores* (*comprobación de valores*, no original em espanhol). Trata-se de faculdade atribuída ao órgão concedente para comprovar o valor de mercado dos gastos subvencionáveis, por intermédio de quaisquer dos métodos enumerados na própria lei.<sup>159</sup> Não obstante, a lei admite a possibilidade de contestação, pelo beneficiário, do valor que tenha sido apurado pelo órgão administrativo. Para tanto prevê um procedimento de apresentação de perícias e contra-perícias, a fim de que se consiga fixar um valor ao final.<sup>160</sup>

Continuando a tratar da perspectiva da Administração concedente, a lei disciplina um aspecto da gestão orçamentária que lhe cumpre realizar, que é a liberação dos recursos concedidos a título de subvenção. Dispõe, assim, como regra geral, que o efetivo pagamento da subvenção somente se realizará diante da prévia comprovação ou prestação de contas (*justificación*, no original em espanhol), pelo beneficiário, da realização da atividade, projeto, objetivo ou adoção do comportamento em virtude do qual a subvenção tenha sido concedida (comprovação, esta, aferida nos termos da norma reguladora da subvenção).<sup>161</sup> Mas esta regra geral, de pagamento somente mediante prévia comprovação, pode ser excepcionada caso haja expressa admissão, nas *bases reguladoras da concessão*, da realização de pagamentos *antecipados* (feitos para financiar as atuações inerentes à subvenção) ou da realização de

---

<sup>157</sup> Nos termos da lei, trata-se de comprovar a adequada *justificación de la subvención*, que, como já visto, consiste na justificação do cumprimento das condições impostas e da consecução dos objetivos previstos no ato de concessão da subvenção.

<sup>158</sup> Tudo isso se prevê no art. 32, apartados 1º. e 2º., da lei espanhola.

<sup>159</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 33.

<sup>160</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 33, apartados 2º., 3º. e 4º.

<sup>161</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 34.3.

pagamentos ditos *em conta* (*pagos a cuenta*, no original em espanhol), feitos fracionadamente, em resposta ao ritmo de execução das ações subvencionadas, sempre na quantia equivalente à etapa comprovadamente realizada.<sup>162</sup> Admitindo-se o pagamento antecipado nas *bases reguladoras*, também deve esta prever um correspondente regime de garantias.<sup>163</sup> De resto, a Administração concedente pode adotar medida cautelar de retenção de pagamentos, nas hipóteses previstas e observados os requisitos e outros aspectos de seu regime jurídico.<sup>164</sup>

Mencione-se, afinal, a disciplina do controle financeiro das subvenções.

A lei espanhola define, inicialmente, o objeto desse controle financeiro (o *quê* e *quem* está sujeito ao controle) e a competência para exercê-lo (*quem* há de exercê-lo).<sup>165</sup> Dispõe, nesse sentido, que tal controle terá por objeto a verificação da adequada e correta *obtenção, utilização e prestação de contas* da subvenção, assim como a verificação da *realidade e regularidade* das operações com ela financiadas.<sup>166</sup> Prevê que se sujeitam a esse controle os *beneficiários* e, quando for o caso, as *entidades colaboradoras*.<sup>167</sup> Para além dos *beneficiários* e *entidades colaboradoras*, também ficam sujeitas ao controle financeiro “as pessoas físicas ou jurídicas a que se encontrem associados os beneficiários”, assim como “qualquer outra pessoa susceptível de apresentar um interesse na consecução dos objetivos, na realização das atividades, na execução dos projetos ou na adoção dos comportamentos” que justificaram a

---

<sup>162</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 34.4.

<sup>163</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 34.4.

<sup>164</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 35.

<sup>165</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 44.

<sup>166</sup> É o que se depreende, em síntese, do disposto no art. 44.1, da *Lei Geral de Subvenções*. Dada a importância do tema – o objeto do controle financeiro de subvenções –, vale apresentar a transcrição das disposições relevantes: “Art. 44. [...] 2. O controle financeiro de subvenções terá por objeto verificar: a) A adequada e correta obtenção da subvenção por parte do beneficiário. b) O cumprimento por parte de beneficiários e entidades colaboradoras de suas obrigações na gestão e aplicação da subvenção. c) A adequada e correta prestação de contas acerca da subvenção por parte de beneficiários e entidades colaboradoras. d) A realidade e a regularidade das operações que, de acordo com a prestação de contas apresentada pelos beneficiários e entidades colaboradoras, tenham sido financiadas com a subvenção. e) o adequado e correto financiamento das atividades subvencionadas, nos termos estabelecidos no apartado 3 do artigo 19 desta lei [disposição que estabelece que a importância total das subvenções jamais poderá ser tamanha que, isoladamente ou em concurso com outras subvenções, ajudas, ingressos ou recursos, supere o custo da atividade subvencionada]. f) A existência de fatos, circunstâncias ou situações não declaradas à Administração por beneficiários e entidades colaboradoras e que possam afetar ao financiamento das atividades subvencionadas, à adequada e correta obtenção, utilização, desfrute ou prestação de contas da subvenção, assim como à realidade e regularidade das operações com ela financiadas.”

<sup>167</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 44.1.

subvenção.<sup>168</sup> É atribuída à *Intervenção Geral da Administração do Estado* a competência para o exercício de tal controle, sem prejuízo das funções conferidas pela Constituição e as leis espanholas ao Tribunal de Contas (*Tribunal de Cuentas*, no original em espanhol)<sup>169</sup> e, ainda, sem prejuízo da aplicação das normas comunitárias (e competências de controle nelas estabelecidas) relativamente a subvenções financiadas com fundos da UE.<sup>170</sup> De resto, a lei prevê um rol de deveres-poderes instrumentais ao exercício da competência de controle por essas autoridades públicas.<sup>171</sup>

A lei segue fixando uma obrigação de *colaboração aos sujeitos* submetidos ao controle financeiro. Dispõe, nesse sentido, que os *beneficiários, entidades colaboradoras e terceiros relacionados* com o objeto da subvenção ou com a sua prestação de contas, têm a obrigação de colaborar e apresentar quantos documentos lhes sejam requeridos no exercício das funções administrativas de controle pelos órgãos competentes.<sup>172</sup> Como contra-face desta obrigação, a lei reconhece uma série de *faculdades*, aos órgãos de controle competentes, para o acesso a informações atinentes às subvenções concedidas, inclusive as que estejam em poder das pessoas sujeitas ao controle.<sup>173</sup> A negativa de colaboração, por parte dessas pessoas, é caracterizada como resistência, escusa, obstrução ou negativa, que dá ensejo à instauração de *procedimento de reintegração* das importâncias percebidas.<sup>174</sup> Ainda quanto aos órgãos de controle, a lei prevê certas faculdades investigativas para os seus agentes, para o bom desempenho de suas funções,<sup>175</sup> e arrola os respectivos deveres,<sup>176</sup> figurando, entre esses últimos, o de guardar confidencialidade e segredo relativamente aos assuntos que conheçam

---

<sup>168</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 44.5.

<sup>169</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 44.3. Uma regra importante de articulação entre as competências de controle da Intervenção Geral da Administração do Estado e do Tribunal de Contas é aquela segundo a qual a prestação de contas dos recebedores de subvenções, exigida pela *Lei de Funcionamento do Tribunal de Contas* (Lei 7/1988, de 5 de abril, art. 34.3), será realizada através do cumprimento da obrigação de prestação de contas acerca da subvenção ao órgão concedente ou, conforme o caso, entidade colaboradora (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 14.2). Dessa forma, os recebedores de subvenções prestam contas diretamente ao órgão concedente, sem a necessidade de fazê-lo duplamente ao órgão concedente e à corte de contas do país.

<sup>170</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 44.3 c/c art. 6.2.

<sup>171</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 44.4, parágrafos a a f.

<sup>172</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 46.3.

<sup>173</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 46.1, parágrafos a a d.

<sup>174</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 46.2 c/c art. 37.1, parágrafo e.

<sup>175</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 47.

<sup>176</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 48.

em virtude de seu trabalho<sup>177</sup> e, ainda, o de levar ao conhecimento da *Intervenção Geral da Administração do Estado* qualquer apreciação no sentido de que os fatos apurados nos autos do procedimento de controle financeiro podem ser susceptíveis de constituir uma infração administrativa ou, então, de caracterizar alguma responsabilidade contábil ou penal.<sup>178</sup>

Definidos, enfim, quem há de exercer o controle financeiro, quem há de se sujeitar a ele e o sobre o quê ele há de incidir, além de obrigações, deveres e faculdades desses sujeitos, segue a lei disciplinando o *procedimento de controle financeiro de subvenções* propriamente dito.

Dispõe, nesse sentido, que ele há de ser consentâneo com um *plano anual de auditorias* (*plan anual de auditorías*, no original em espanhol) e respectivas modificações, aprovado anualmente pela *Intervenção Geral da Administração do Estado*.<sup>179</sup>

Arrimado neste plano, o procedimento deve ter início com uma notificação aos *beneficiários* e, conforme o caso, *entidades de colaboração*, na qual sejam circunstanciados a natureza e o alcance das atividades de controle a desenvolver, a data da visita da equipe de controle que irá desenvolvê-las, a documentação que em princípio se deverá pôr à disposição desta equipe e outros elementos que se considerem necessários.<sup>180</sup>

No âmbito do procedimento, os atos e ações de controle financeiro podem ser documentados em *diligências e informes*.<sup>181</sup> As *diligências* documentam fatos relevantes ocorridos no exercício do controle, enquanto os *informes*, cujo conteúdo e estrutura hão de ser definidos regulamentarmente, servem à notificação dos *beneficiários* ou *entidades colaboradoras* que tenham sido objeto de controle.<sup>182</sup> Dispõe-se, desde logo, que toda atividade de controle financeiro deve finalizar por intermédio da emissão do correspondente

---

<sup>177</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 48.1.

<sup>178</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 48.1.

<sup>179</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 49.1.

<sup>180</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 49.2. Ademais, no início das atividades de controle, os *beneficiários* e, conforme o caso, as *entidades colaboradoras* devem ser todos informados acerca de seus direitos e obrigações no curso dessas atividades.

<sup>181</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 50.1.

<sup>182</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 50, apartados 1º. e 2º.

*informe*, o qual discriminará os fatos apurados e as conclusões que deles foram derivadas.<sup>183</sup> Uma cópia do *informe* deve ser sempre remetida ao *órgão concedente* da subvenção, assinalando, se for o caso, a necessidade de iniciar procedimento de reintegração ou sancionador.<sup>184</sup>

Alguns eventos relevantes podem ocorrer no curso do procedimento de controle financeiro de subvenções. Resumidamente, pode-se dizer que pelo menos três hipóteses susceptíveis de acontecer são previstas na lei e têm os seus desdobramentos nela disciplinados: *i*) hipótese de apuração de indícios de incorreta obtenção, destino ou prestação de contas da subvenção percebida, dando ensejo à adoção de medidas cautelares pelo órgão de controle;<sup>185</sup> *ii*) hipótese de apuração de circunstâncias que, embora possam dar origem à devolução de importâncias percebidas, não constituem motivo para a abertura de *procedimento de reintegração* e, assim, apenas dão ensejo à notificação do órgão concedente para a tomada das providências que reputar necessárias;<sup>186</sup> e *iii*) hipótese de reconhecimento da procedência de se reintegrar a totalidade ou parte da subvenção, dando ensejo à notificação do órgão concedente para que este inicie o *procedimento de reintegração*.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 49.6.

<sup>184</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 50.2.

<sup>185</sup> De fato, a lei prevê que, se forem apurados indícios da *incorreta obtenção, destino ou prestação de contas da subvenção percebida*, a *Intervenção Geral da Administração do Estado* poderá adotar as *medidas cautelares* que estime necessárias para impedir a desaparecimento, destruição ou alteração de faturas ou outros documentos relativos às operações em que tais indícios se manifestem (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 49.5).

<sup>186</sup> Nesta hipótese, as circunstâncias apuradas devem ser levadas ao conhecimento do *órgão concedente* da subvenção, que deverá informar sobre as providências adotadas; logo da comunicação ao *órgão concedente*, o procedimento de controle financeiro poderá ser suspenso, notificando-se o *beneficiário* ou a *entidade colaboradora* dessa suspensão (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 49.3); findará a suspensão do procedimento, notificando-se de igual modo o *beneficiário* ou a *entidade colaboradora* acerca dessa finalização, quando tenham sido adotadas pelo *órgão concedente* as providências que, a seu juízo, resultem oportunas e tenham sido comunicadas tais providências ao *órgão de controle*, ou, então, quando tenham transcorridos três meses desde o ato de suspensão do procedimento sem que o *órgão concedente* tenha comunicado a adoção de quaisquer providências (cf. art. 49.4, parágrafos *a* e *b*). Se, por outro lado, o *órgão concedente*, uma vez notificado pelo *órgão de controle*, comunicar que deu início a atuações que possam afetar à validade do ato de concessão, o procedimento de controle financeiro de subvenções finalizará por intermédio da edição de *resolução* pela *Intervenção Geral da Administração do Estado*, na qual será declarada a impertinência de se dar continuidade às atividades de controle, sem prejuízo de que, caso editada *resolução* declarando a validade total ou parcial do ato de concessão, possam ser reiniciadas tais atividades (cf. art. 49.6).

<sup>187</sup> Nesse sentido, a lei prevê que, quando num *informe* emitido pela *Intervenção Geral da Administração do Estado* seja reconhecida a procedência de se reintegrar a totalidade ou parte da subvenção, o *órgão concedente* deverá, com base no referido *informe* e no prazo de um mês, dar início ao procedimento de reintegração, notificando o beneficiário ou entidade colaboradora a seu respeito, que disporão de quinze dias para alegar o quanto considerem conveniente em sua defesa (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 51.1). De outro lado, havendo desentendimento entre a *Intervenção Geral da Administração do Estado* e o *órgão concedente* acerca da

## f) Etapa final: reintegração de valores e sancionamento de infratores

Caso seja reconhecida a procedência de se reintegrar aos cofres públicos, total ou parcialmente, certa importância percebida como subvenção, há que se instaurar o que lei denominou *procedimento de reintegração de subvenções*. Trata-se de um procedimento administrativo,<sup>188</sup> que se rege, basicamente, pelas disposições gerais sobre processo administrativo contidas na Lei 30/92, de 26 de novembro, de Regime Jurídico das Administrações Públicas e de Procedimento Administrativo Comum, mas isto sem prejuízo de normas especiais estabelecidas pela Lei Geral de Subvenções.<sup>189</sup>

Dentre estas normas especiais encontram-se as que cuidam, na Lei Geral de Subvenções, do tema da invalidade do ato de concessão da subvenção pública. Nela se definem as causas de nulidade<sup>190</sup> e de anulabilidade<sup>191</sup> da resolução de concessão da subvenção; fixa-se então, como consequência de uma dessas causas, o dever de o órgão concedente proceder à revisão de ofício do ato, ou, se for o caso, à declaração de sua lesividade e ulterior impugnação, segundo os procedimentos estabelecidos na Lei 30/92,<sup>192</sup> e se estipula, de resto, que a declaração judicial ou administrativa da nulidade ou anulação do

---

iniciativa de reintegração de importâncias concedidas, há um rápido procedimento a seguir para sanar a discrepância e, então, conforme o resultado, dar-se início ao procedimento de reintegração (*cf.* art. 51.2, parágrafos *a* e *b*). Uma vez iniciado o procedimento de reintegração e à vista das alegações apresentadas ou, em qualquer caso, transcorrido o prazo outorgado para tanto, o *órgão concedente* deverá transladá-las, junto com seu parecer, à *Intervenção Geral da Administração do Estado*, que emitirá *informe* no prazo de um mês (*cf.* art. 51.3). A resolução (decisão final) do procedimento de reintegração, então, há de ser tomada pelo órgão concedente, devendo estar em consonância com o *informe* da *Intervenção Geral da Administração do Estado*; na hipótese de desacordo por parte do *órgão concedente* com o conteúdo do *informe*, deve este manifestar sua discordância previamente à proposta de *resolução final*, que se resolverá segundo procedimento previsto para sanar a discrepância (*cf.* art. 51.3). Uma vez editada a *resolução final* e notificada aos interessados, o *órgão concedente* deverá comunicá-la simultaneamente à *Intervenção Geral da Administração do Estado* (*cf.* art. 51.4).

<sup>188</sup> A lei espanhola é enfática neste ponto, estabelecendo em seu art. 38.4, que “os procedimentos para a exigência de reintegração de subvenções terão sempre caráter administrativo”.

<sup>189</sup> *Cf. Lei Geral de Subvenções*, art. 42.1.

<sup>190</sup> *Cf. Lei Geral de Subvenções*, art. 36.1, parágrafos *a* e *b*.

<sup>191</sup> *Cf. Lei Geral de Subvenções*, art. 36.2.

<sup>192</sup> *Cf. Lei Geral de Subvenções*, art. 36.3.

ato de concessão da subvenção acarretará, desde logo, a obrigação de devolução das quantidades percebidas.<sup>193</sup>

De outro lado, entre essas normas especiais também se encontram as que tratam de aspectos do procedimento de reintegração propriamente dito. A lei fixa um extenso rol de causas de reintegração de importâncias percebidas a título de subvenções;<sup>194</sup> estabelece o prazo prescricional de quatro anos para que a Administração reconheça ou liquide a reintegração;<sup>195</sup> aponta os sujeitos obrigados à reintegração (*beneficiários e entidades de colaboração*);<sup>196</sup> e atribui a competência para exigí-la, assim como para decidir o procedimento (expedindo resolução final), ao *órgão concedente*.<sup>197</sup> A lei ainda estabelece que o órgão competente pode dar início ao procedimento de ofício a pedido – nesse último caso, o pedido pode ser proveniente de outros órgãos estatais ou oriundo de denúncia, ou, ainda, ser resultante de *informe de controle financeiro* (*informe de control financiero*, no original em espanhol) emitido pela *Intervenção Geral da Administração do Estado*.<sup>198</sup> É assegurado ao interessado, em todo o procedimento, o direito de ser ouvido.<sup>199</sup> E estipula-se que o prazo para a conclusão do procedimento (sob pena de sua caducidade), mediante edição de ato resolutivo final e sua notificação aos interessados, é de doze meses contado da data de seu início.<sup>200</sup> Dispõe-se, de resto, que a resolução do procedimento põe fim à via administrativa.<sup>201</sup>

Independentemente da reintegração de importâncias aos cofres públicos, os sujeitos obrigados a reintegrá-las podem ainda, se caracterizada a prática de infração, ser submetidos à correspondente sanção administrativa. Em título dedicado à matéria das infrações e sanções

---

<sup>193</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 36.4.

<sup>194</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 37.1, parágrafos *a* a *i*. O rol não é exaustivo, já que a lei também admite a previsão de outras causas pelo normativo regulador da subvenção.

<sup>195</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 39.1. Este prazo prescricional é contado a partir de diferentes momentos, conforme o caso (cf. art. 39.2, parágrafos *a*, *b* e *c*). A lei também prevê as suas causas de interrupção (cf. art. 39.3).

<sup>196</sup> Nesse sentido, a lei dispõe que, caso verificada algumas das causas de reintegração enumeradas na lei, os *beneficiários e entidades colaboradoras* ficam obrigados a reintegrar total ou parcialmente as importâncias percebidas, mais os correspondentes juros de mora, sem prejuízo das sanções que, conforme o caso, resultem exigíveis (cf. art. 40.1).

<sup>197</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 41.1.

<sup>198</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 42.2.

<sup>199</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 41.3.

<sup>200</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 41.4.

<sup>201</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 41.5.

administrativas, a lei inicia tipificando diversas condutas, comissivas e omissivas, que considera infrações administrativas, classificando-as em *leves*, *graves* e *muito graves*. Além da tipificação específica de cada conduta,<sup>202</sup> apresenta um conceito geral de infração: “constituem infrações administrativas em matéria de subvenções as ações e omissões tipificadas nesta lei e serão sancionáveis inclusive a título de simples negligência”.<sup>203</sup> Define, ademais, os possíveis responsáveis pela prática dessas infrações – basicamente, os *beneficiários*,<sup>204</sup> as *entidades colaboradoras*<sup>205</sup> e as *peçoas ou entidades relacionadas com o objeto da subvenção ou a sua prestação de contas, obrigadas a colaborar com o exercício do controle financeiro de subvenções, nos termos da lei*.<sup>206</sup> Arrola hipóteses de isenção de responsabilidade<sup>207</sup> e dispõe acerca da articulação entre as esferas administrativa e penal de sancionamento.<sup>208</sup>

Relativamente às sanções, fixa também a regra geral de que serão *pecuniárias* e, quando for o caso, *não pecuniárias*.<sup>209</sup> As sanções pecuniárias poderão consistir em *multa fixa* ou *proporcional* à quantidade indevidamente obtida, aplicada ou não justificada.<sup>210</sup> A seu turno, as sanções não pecuniárias poderão ser impostas apenas nas hipóteses de infrações graves ou muito graves, e poderão ser de três espécies: perda, por até cinco anos, da possibilidade de obter subvenções, ajudas públicas e avais das Administrações Públicas e outros entes públicos espanhóis; perda da possibilidade, também por até cinco anos, da possibilidade de atuar como *entidade colaboradora* relativamente às subvenções reguladas pela lei; e proibição, também pelo prazo de até cinco anos, de contratar com as

---

<sup>202</sup> Exemplo de conduta tipificada como infração leve é “a apresentação fora do prazo da prestação de contas acerca da aplicação dada aos fundos percebidos” (*Lei Geral de Subvenções*, art. 56, parágrafo *a*), ou, ainda, “a apresentação de prestação de contas inexata ou incompleta” (art. 56, parágrafo *b*). Exemplo de infração grave é “o descumprimento das condições estabelecidas alterando substancialmente os fins para os quais a subvenção foi concedida” (art. 57, parágrafo *b*). Exemplos de infrações muito graves são “a obtenção de uma subvenção falseando as condições requeridas para sua concessão ou ocultando as que a teriam impedido ou limitado” (art. 58, parágrafo *a*) e “a não aplicação, no todo ou em parte, das quantidades recebidos nos fins para os quais a subvenção foi concedida” (art. 58, parágrafo *b*).

<sup>203</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 52.

<sup>204</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 53, parágrafo *a*.

<sup>205</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 53, parágrafo *b*.

<sup>206</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 53, parágrafo *d c/c* art. 46.

<sup>207</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 54.

<sup>208</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 55.

<sup>209</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 59.1.

<sup>210</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 59.2. A *multa fixa* será de um valor entre 75 e 6.000 euros e a *proporcional* de um valor que poderá ir do próprio valor correspondente à quantidade indevidamente obtida, aplicada ou não justificada até o seu triplo. Tais multas pecuniárias serão independentes da obrigação de reintegrar ao Poder Público os valores indevidamente obtidos, aplicados ou não justificados.

Administrações Públicas espanholas.<sup>211</sup> A lei disciplina, de resto, a graduação das sanções, prevendo circunstâncias agravantes e o quanto cada qual poderá incrementar a sanção a aplicar.<sup>212</sup>

#### **g) Transparência das medidas de fomento**

A *Lei Geral de Subvenções* previu a criação de uma *base de dados nacional* sobre subvenções públicas. Tal base de dados seria constituída para “efeitos meramente estatísticos e informativos”, dando cumprimento, desta forma, tanto ao artigo 4.1.c) da Lei 30/1992, que exige a cooperação entre Administrações Públicas em matéria de informações,<sup>213</sup> quanto a uma exigência da UE; simultaneamente, foi além e previu que tal base de dados serviria ainda para melhorar a eficácia, controlar a acumulação e concorrência de subvenções e facilitar o planeamento, o acompanhamento e as ações de controle.”<sup>214</sup>

Quanto ao conteúdo desta base de dados nacional sobre a gestão de subvenções, determinou que ela deveria conter, ao menos, referências: *i*) às bases reguladoras da subvenção; *ii*) aos editais de convocação; *iii*) à identificação dos beneficiários da subvenção outorgada e efetivamente percebida; *iv*) às eventuais resoluções determinando a reintegração de quantidades percebidas e às sanções impostas; e *v*) à identificação das pessoas incursas

---

<sup>211</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 59.3, parágrafos *a*, *b* e *c*.

<sup>212</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 60. Vale mencionar, relativamente à correlação entre tipos de infração e sanções, que a lei determina, em síntese, que infrações leves serão sancionadas com multa de 150 a 900 euros, salvo exceções expressamente previstas (cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 61); infrações graves serão sancionadas com multa pecuniária que poderá ir do total ou ao dobro da quantidade indevidamente obtida, aplicada ou não justificada (cf. art. 62.1), sujeitando-se, ainda, os seus infratores às sanções não pecuniárias na hipótese de o prejuízo econômico causado pela infração ser superior a cinquenta por cento da subvenção concedida e exceder a 30.000 euros e terem tais infratores deixado de colaborar com as autoridades de controle ou utilizado meios fraudulentos para a comissão da infração (cf. art. 62.2); e, finalmente, que infrações muito graves serão sancionadas com multa pecuniária que poderá ir do dobro ao triplo da quantidade indevidamente obtida, aplicada ou não justificada, sujeitando-se, ainda, os seus infratores, às sanções não pecuniárias na mesma hipótese supra-apontada ensejadora da aplicação de infrações não pecuniárias pelo cometimento de infrações graves (cf. art. 63).

<sup>213</sup> Tal dispositivo da *Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum* prevê que as Administrações espanholas deverão facilitar umas às outras a informação de que necessitem sobre a atividade que desenvolvem no exercício de suas próprias competências.

<sup>214</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 20.1.

nalgumas das hipóteses impeditivas da obtenção da condição de beneficiário, nos termos da lei.<sup>215</sup>

A lei prevê, contudo, que as informações incluídas nesta base de dados nacional terão caráter reservado, sendo vedada a sua cessão ou comunicação a terceiros,<sup>216</sup> exceto em hipóteses determinadas nas quais a cessão tenha por objeto colaborar com certa investigação ou ação de controle em andamento.<sup>217</sup> A lei impõe, inclusive, às autoridades e ao pessoal a serviço das Administrações Públicas que tenham conhecimento desses dados, o dever de manter “o mais estrito e completo segredo profissional” a respeito dos mesmos, salvo nas hipóteses de exceção taxativamente enumeradas, sob pena de virem a sofrer sanções civis e penais e ficando estipulado, desde logo, que o vazamento constituirá “falta disciplinar muito grave”.<sup>218</sup>

Esta exigência de caráter reservado das informações constantes da base de dados nacional parece contrariar, em certa medida, o disposto na Exposição de Motivos da lei, em que se diz que, nela, o princípio da transparência é especialmente valorizado; veja-se:

“Um dos princípios estabelecidos pela nova Lei Geral de Subvenções, que como já assinalado foram inspirados nos da Lei de Estabilidade Orçamentária, é o da transparência. Com este objetivo, as Administrações deverão tornar públicas as subvenções que concedam, e, por sua vez, a lei estabelece a obrigatoriedade de constituição de uma base de dados de âmbito nacional que conterá informações relevantes sobre todas as subvenções concedidas.”<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 20.2.

<sup>216</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 20.4.

<sup>217</sup> Eis as hipóteses enumeradas pela lei: *i*) a colaboração com qualquer Administração Pública na luta contra a fraude na obtenção ou percepção de ajudas e subvenções oriundas de fundos da UE; a investigação ou persecução de delitos públicos por órgãos jurisdicionais ou pelo Ministério Público; *iii*) a colaboração com as Administrações tributária e da Seguridade Social; *iv*) a colaboração com as comissões parlamentares de inquérito, nos termos do correspondente marco legal; *v*) a colaboração com o Tribunal de Contas ou órgãos de fiscalização externa das comunidades autónomas; *vi*) a colaboração com a Comissão de Vigilância de Atividades de Financiamento do Terrorismo, nos termos da *Lei de Prevenção e Bloqueio do Financiamento ao Terrorismo*. Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 20.4, parágrafos a) a f).

<sup>218</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 20.5.

<sup>219</sup> Cf. Exposição de Motivos da *Lei Geral de Subvenções*, in: *BOE* n.º 276, de 18.11.2003, p. 40505.

O caráter reservado da citada base de dados nacional sugere que não haverá tanta transparência assim. Afinal, as informações nela reunidas não estarão disponíveis para acesso direto por qualquer cidadão.

Por outro lado, há outras regras na *Lei Geral de Subvenções* que prestigiam a transparência. Três podem ser destacadas. Primeiramente, vale mencionar a exigência de publicação no diário oficial, pelos órgãos administrativos concedentes, de informações sobre as subvenções concedidas.<sup>220</sup> Em segundo lugar, cabe menção à exigência de publicação das bases reguladoras da concessão da subvenção no diário oficial<sup>221</sup> e, ainda, de sua aprovação pela via de “ordem ministerial”, o que implica, nos termos da legislação pertinente à aprovação de atos regulamentares (como é o caso das “ordens ministeriais”), a adoção de um procedimento que envolva a audiência prévia dos cidadãos afetados sobre o projeto de ato normativo e, só então, a sua edição e publicação definitiva, sempre mediante motivação.<sup>222</sup> Em terceiro lugar, enfim, cabe referir a imposição, ao beneficiário, da obrigação de dar adequada publicidade ao caráter público do financiamento das atividades que sejam objeto da subvenção por ele percebida.<sup>223</sup>

Assim, pode-se reconhecer no conteúdo da lei algum prestígio aos princípios da publicidade e da transparência, invocados por ela mesma como informadores do regime geral das subvenções;<sup>224</sup> entretanto, o caráter reservado da citada base de dados sobre a gestão de subvenções compromete a eficácia desses princípios.

Termina-se aqui, enfim, a descrição panorâmica da lei espanhola, com a qual se procurou realçar os aspectos da delimitação do seu objeto e da disciplina que nela se confere às etapas inicial, intermediária e final do percurso de execução e controle do gasto público subvencional. A seguir, passa-se a analisá-la, com vistas especialmente a apontar o que nela pode servir de inspiração ao enfrentamento de desafios brasileiros.

---

<sup>220</sup> As informações a serem publicadas, nos termos da lei, são as referentes: *i*) ao edital de convocação, *ii*) ao programa e ao crédito orçamentário ao qual estejam relacionadas; *iii*) à quantidade concedida e *iv*) à finalidade ou às finalidades perseguidas com a sua outorga. Cf. *Lei Geral de Subvenções*, artigo 18.1.

<sup>221</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, artigos 9.3, 17.1 e 23.2.a).

<sup>222</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 17.1 c/c *Lei do Governo* (Lei 50/1997, de 27 de novembro), art. 24.

<sup>223</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 14.1 c/c art. 18.4.

<sup>224</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções*, art. 8.1.

## 2.2. Análise

Sendo fundamentalmente uma lei instituidora de *procedimentos administrativos*, a *Lei Geral de Subvenções* espanhola demonstra a importância da fixação desses procedimentos para o controle estatal das subvenções outorgadas pela administração pública. Em que pese a Espanha já gozar, há muito tempo, de uma lei geral de procedimentos administrativos, de uma lei geral de orçamentos e, ainda, de uma lei geral de organização e controle na administração pública, sentiu-se por lá a necessidade da edição de uma lei especialmente dedicada à matéria das subvenções públicas, a qual fosse capaz de estabelecer um *regime jurídico geral* a regê-la, que sistematizasse, num só diploma, normas atinentes a aspectos procedimentais, orçamentários e de organização e controle administrativos sobre subvenções. É claro que a instituição desse *regime jurídico geral de subvenções* não revogou por completo as diversas leis gerais mencionadas (nem poderia, afinal tais leis têm objetos muito mais amplos do que aquilo que nelas diga respeito a subvenções), mas as derogou, sim, por vezes, e, no mais das vezes, articulou-se com elas, mantendo-as em vigor para apenas lhes tomar de empréstimo algumas normas (sobre processo administrativo, gestão orçamentária, controle e organização da administração pública).

O caso brasileiro, na atualidade, é análogo à situação normativa outrora encontrada na Espanha. Temos normas distribuídas em leis esparsas que tocam, de alguma maneira, à matéria das subvenções outorgadas pelo Estado. Mesmo se considerarmos a matéria das subvenções ao terceiro setor (mais restrita do que a das subvenções em geral), chegaremos à conclusão de que ela se encontra disciplinada por leis esparsas em nosso ordenamento jurídico (como serviram para demonstrar toda a **parte 1** desta tese e alguns dos *problemas do direito vigente* destacados na **parte 2**). Temos nossa lei geral de processo administrativo (Lei 9.784/1999) e nossa lei geral de orçamentos (Lei 4.320/64), complementada no ponto relevante pela LRF (Lei Complementar 101/2000) e pelas LDO sucessivamente editadas; temos, ainda, nossas leis principais em matéria de controle interno e externo da administração pública (Lei 10.180/2001 e Lei 8.443/92, respectivamente), assim como nossas leis gerais de

organização administrativa (Decretos-lei 200/67 e 900/69) – essas últimas em vias de revogação ou derrogação em virtude da discussão atual sobre uma nova lei geral de organização administrativa, a partir de proposta de comissão de juristas especialmente designada para elaborá-la, consistente no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública. Isto sem falar em toda a disciplina encontrada em **Regimes Especiais** de fomento e controle do fomento ao terceiro setor<sup>225</sup> de que dispomos, consistindo, o mais importante deles – o **Regime das Entidades Conveniadas** –, antes num conjunto de disposições *infralegais* do que num conjunto suficientemente robusto de normas *legais*. Mas a constatação relevante, diante desse quadro, é que toda essa disciplina da matéria das subvenções públicas, feita assim, de maneira esparsa e pouco racional, tem se mostrado bastante problemática. Encontra-se *dificuldade para identificar qual é o direito vigente* em matéria de subvenções e controle de subvenções ao terceiro setor; há *lacunas normativas* deixadas por essa disciplina legal esparsa da matéria; e há *impropriedades em normas vigentes* que, embora aplicáveis à matéria, não foram originalmente pensadas especificamente para regê-la. O exemplo espanhol, contudo, nos mostra que esses três problemas podem ser endereçados, em conjunto, por meio da edição de uma lei geral de subvenções (no caso, de subvenções ao terceiro setor). Nas atuais circunstâncias do caso brasileiro seria auspicioso se, para além da aprovação das normas constantes do Título IV, nomeado “Das Entidades de Colaboração”, do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, fosse editada uma lei geral de subvenções ao terceiro setor, que reunisse normas apropriadas à matéria, tratando, tal como na lei espanhola, de aspectos procedimentais, orçamentários e de organização e controle administrativos destas subvenções.

É evidente que tal anteprojeto de lei tem um objeto muito mais restrito do que o da lei espanhola que se vem de descrever. A lei espanhola trata de todas as subvenções estatais, enquanto o anteprojeto de lei brasileiro cuida apenas das subvenções ao terceiro setor.

Mas essa diferença de objeto entre as iniciativas, que é mais de alcance do que de substância, não elide uma grande semelhança de substância, que reside justamente no fato de que ambas estabelecem *regimes jurídicos gerais*, de estatura *legal e flexíveis*, para as

---

<sup>225</sup> Sobre tais **Regimes Especiais**, cf. capítulos 1 e 3.

subvenções estatais. Estabelecem regimes gerais porque se pretendem aplicáveis, salvo raras e expressas exceções, a toda sorte de subvenções (no caso da proposição brasileira, de subvenções ao terceiro setor). Têm estatura legal porque vazam seus regimes por lei. E se afiguram flexíveis na medida em que, no caso espanhol, reconhece-se certa margem de discricionariedade à administração para planejar a outorga (via *plano estratégico de subvenções, bases reguladoras da subvenção, convocatória do procedimento de concessão da subvenção e resolução de concessão da subvenção*), assim como se respeitam certas normas pertinentes a cada subvenção específica (considerando-se, até mesmo, soberanas as normas comunitárias aplicáveis às subvenções financiadas com retiradas de fundos da UE, com relação às quais a lei espanhola aplica-se apenas supletivamente); no caso brasileiro, a flexibilidade decorre, igualmente, do reconhecimento de discricionariedade à administração para planejar a outorga (via *regulamento precedido de consulta pública, edital do processo de chamamento público e contrato público de colaboração*), bem como do respeito a grande parte das normas pertinentes a cada subvenção específica. Quanto a este último aspecto, a proposição brasileira caracteriza-se pela circunstância de procurar não derogar, mas antes agregar ao direito em vigor novas disposições sobre um *regime jurídico mínimo* acerca de vínculos de colaboração e correlatas subvenções públicas, o que evidencia a sua flexibilidade ou capacidade de convivência com as normas em vigor.<sup>226</sup>

Esta semelhança substancial entre a lei espanhola e o anteprojeto de lei brasileiro não deve ser menosprezada. Ao contrário, tal semelhança nos convida a tomar ambas – a lei espanhola e a proposição brasileira – como bons pontos de partida para a nossa reflexão sobre o aprimoramento do direito brasileiro. De um lado, a comparação da lei espanhola com o anteprojeto de lei brasileiro nos permite identificar grandes coincidências (o que é auspicioso, se considerada a boa qualidade da lei espanhola e o fato de a Espanha ser um país com tradição na atividade fomentadora e na reflexão jurídica sobre subvenções públicas); permitenos, ainda, verificar aspectos em que a disciplina espanhola foi além da proposição brasileira (e, por certo, da legislação brasileira vigente), descortinando a imensa lacuna normativa que

---

<sup>226</sup> É evidente, contudo, que as normas vigentes que forem contrárias a, ou incompatíveis com, o novo *regime jurídico mínimo* serão por ele derogadas, já que a legislação específica se manterá aplicável apenas subsidiariamente. É o que decorre do disposto no art. 73, § 4º., do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, que prevê esta aplicação subsidiária da legislação específica.

ainda temos em nosso direito em matéria de subvenções e controle estatal de subvenções ao terceiro setor. De outro lado, para além de nos permitir constatar felizes coincidências e desvelar importantes lacunas, a comparação com o caso espanhol pode evidenciar como, naquele país, foram endereçados problemas semelhantes aos encontrados no direito vigente no Brasil. Sem dúvidas, a *Lei Geral de Subvenções* espanhola é um exemplo inspirador para nós brasileiros, preocupados com o controle estatal das subvenções ao terceiro setor, justamente porque responde a muitos dos problemas do direito brasileiro vigente acerca deste controle, diagnosticados nos **capítulos 7, 8, 9 e 10** desta tese. Quer sobre problemas fundamentais em matéria de controle, quer sobre os especificamente pertinentes ao controle prévio, quer sobre os relativos ao controle concomitante, quer sobre os atinentes ao controle posterior à transferência de recursos públicos ao terceiro setor – todos vivenciados no Brasil –, a lei espanhola tem algo relevante a dizer. É o que se passará a apontar.

#### **a) Comparação com o caso brasileiro: problemas fundamentais**

Primeiramente, a Lei Geral de Subvenções espanhola é uma solução inspiradora – como anunciado no início do **presente capítulo** – para o problema fundamental da lacônica disciplina legal da matéria no Brasil e a instabilidade jurídica resultante seja dessas lacunas em si, seja do seu preenchimento quase exclusivamente pela via infralegal. Como visto, já sob a IN/STN 01/1997, a disciplina infralegal da matéria vinha se mostrando pouco segura, constantemente alterada e, agora, com o Decreto 6.170/2007 e as portarias interministeriais que o complementam, começa também a dar sinais de instabilidade. Até quando estes atos normativos infralegais sobreviverão? Será que necessitamos de lei, em lugar de regulamentos, para o preenchimento dessas lacunas? A resposta desta tese a tal questão é positiva, em virtude de todas os problemas que a disciplina quase exclusiva do tema pela via infralegal já demonstrou.<sup>227</sup> E a *Lei Geral de Subvenções* espanhola é um exemplo inspirador na medida em que institui sólidas *bases legais* para um sistema até certo ponto análogo ao que, no Brasil, via Decreto 6.170/2007 e disposições complementares, começa a ser erguido sobre frágeis bases regulamentares. O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, se aprovado,

---

<sup>227</sup> Sobre os problemas da disciplina infralegal do tema, cf. **capítulo 7**.

corrige este rumo que estamos tomando – de disciplina do tema quase que exclusivamente pela via infralegal –, ao propor um regime jurídico *legal* para a temática, que tem a rigidez desejada das normas legais, endereça problemas centrais da matéria (*cf.* **capítulo 11**) e, ao mesmo tempo, institui um *regime jurídico mínimo* e mantém, assim, a *flexibilidade* suficiente para que as normas pertinentes às diversas subvenções em específico possam complementá-lo de maneira subsidiária.<sup>228</sup>

## **b) Comparação com o caso brasileiro: controle prévio**

Relativamente ao controle prévio das subvenções estatais ao terceiro setor, um dos problemas do direito brasileiro, apontados no **capítulo 8**, é o da insuficiente disciplina legal do procedimento de seleção de entidades beneficiárias. A Lei 8.666/93 não o enfrenta explicitamente, pois não torna inequívoco o dever de licitar para tal seleção, tampouco apresenta uma modalidade de licitação apropriada para a espécie – ao contrário, com suas normas avessas a julgamentos por outros critérios que não o do preço e, ainda, com o seu pressuposto da viabilidade de comparação estritamente objetiva entre propostas, é uma lei que, paradoxalmente, facilita a configuração de situações de inexigibilidade de licitação na prática. Já o Decreto 6.170/2007, a seu turno, avançou com a previsão de um processo seletivo mais apropriado para espécie – o do *chamamento público* –, mas, por apenas *facultar* à autoridade pública a instituí-lo, incide, assim, no mesmo equívoco antes observado na regra instituidora da mera faculdade de instauração de *concurso de projetos* para a seleção de entidades qualificadas como OSCIP com vistas à celebração de termos de parceria com o Poder Público. Propondo-se a corrigir este equívoco, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública exige e disciplina um processo seletivo apropriado à espécie, também apelidado de *chamamento público* (apesar de seu conteúdo distinto do seu homônimo que está em vigor). Apresenta-se como uma tentativa de correção de rumos não apenas pelo fato de pretender a instituição de um claro regime de seleção por *lei* (coisa que as iniciativas pretéritas, via

---

<sup>228</sup> Lembre-se que, no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, institui-se o *regime do contrato público de colaboração* e prevê-se que todo instrumento que institua vínculo de colaboração estará sujeito a tal regime, “...independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, que será aplicada subsidiariamente” (*cf.* art. 73, § 4º). Fica clara, assim, a aplicação subsidiária de outras leis, que se afigurem pertinentes ao tema, ao regime mínimo que pretende estabelecer o anteprojeto de lei brasileiro.

decreto, não fizeram), mas também por exigir o respeito a tal regime em todos os casos, em caráter obrigatório (ao invés de meramente facultativo, como nas iniciativas pretéritas), excepcionando esta exigência apenas nas hipóteses taxativas que igualmente prevê. É um anteprojeto de lei, portanto, que se afigura consentâneo, nesse particular, com a essência da lei espanhola, que institui com caráter obrigatório o seu *procedimento ordinário de concessão de subvenções em regime de concorrência competitiva* e, em caráter excepcional – e nas hipóteses por ela taxativamente previstas –, o *procedimento em regime de concessão direta*.

Outro problema do direito brasileiro vigente em matéria de *controle prévio* de subvenções ao terceiro setor, apontado no **capítulo 7**, é o da carência de mecanismos de participação democrática na formulação de políticas públicas que envolvam tais subvenções. O Decreto 6.170/2007 começa a enfrentá-lo, com sua orientação geral de conferir ampla publicidade às informações concernentes a tais subvenções; todavia, a publicização de informações relevantes é apenas um primeiro passo no caminho da democracia administrativa. O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública propõe-se a permitir avanços nessa direção democrática, ao exigir um plano para a outorga de subvenções e a prévia submissão da minuta desse plano (instituído via regulamento) a consulta pública, seguindo-se, à publicação desse plano, um processo de chamamento público. Tal proposta de plano mediante consulta pública, seguido de chamamento público, para além de ser um útil complemento às exigências vitais de publicização de informações já constantes do Decreto 6.170/2007, alinha-se com a solução delineada para o endereçamento de tema análogo na Espanha. Como visto, na lei espanhola o planejamento da outorga de subvenções é vital, fazendo-se pela via do *plano estratégico de subvenções*, da *base reguladora das subvenções* e do *instrumento convocatório* de interessados para a participação no *procedimento ordinário de concorrência competitiva*. A edição da *base reguladora das subvenções*, à semelhança do previsto no anteprojeto de lei brasileiro para a edição de dito plano, deve ser antecedida de um processo de audiência de interessados, análogo ao nosso processo de consulta pública.

### c) Comparação com o caso brasileiro: controle concomitante

Em matéria de controle *concomitante* às transferências de recursos para o terceiro setor, um dos problemas da legislação brasileira, apontado no **capítulo 9**, reside na falta de uniformidade das regras aplicáveis ao uso desses recursos para a contratação de bens, serviços e obra pela entidade subvencionada. No âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas**, O Decreto 6.170/2007 exige que a entidade faça, no mínimo, uma *cotação prévia de preços no mercado*, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade;<sup>229</sup> a detalhar e complementar esta exigência, a Portaria Interministerial 127/2008 diz que tal cotação deve ser feita por meio do SIVONV, na forma disciplinada pela regulamentação federal,<sup>230</sup> ficando dispensada, no entanto, quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais),<sup>231</sup> ou, então, “quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.”<sup>232</sup> Os **Regimes das OSCIP e das OS** prevêm a edição de “regulamento próprio” de contratações pelas entidades como tais qualificadas, para que possam executar despesas com recursos que tenham recebido em transferência mediante termo de parceria ou contrato de gestão, conforme o caso. Distinguem-se no ponto, portanto, o **Regime das Entidades Conveniadas**, de um lado, e os **Regimes das OS e das OSCIP**, de outro.

Esta babel normativa não chega a ser de todo simplificada pelo Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, o qual, como visto no **capítulo anterior**, apenas exige, como regra geral, que a entidade fique obrigada à observância de procedimentos próprios que assegurem eficiência e probidade no dispêndio de recursos recebidos em virtude de seu contrato público de colaboração com o Poder Público.<sup>233</sup> Parece caminhar na mesma trilha, portanto, que as Leis das OSCIP e das OS, sem especificar ou exemplificar *como*, concretamente, a observância desses princípios poderá se traduzir nos ditos procedimentos próprios. A diferença, se aprovado o anteprojeto de lei nesses termos, será a de que, com ele, ao menos uma regra geral, à qual fiquem subordinados indistintamente todos os regimes

<sup>229</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 11 c/c Portaria Interministerial 127/2008, art. 45, *caput*.

<sup>230</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46.

<sup>231</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46, § 1º, I.

<sup>232</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 46, § 1º, II.

<sup>233</sup> Cf. Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, art. 80, § 3º.

atualmente em vigor, passará a existir – o que é positivo, já que regras legais semelhantes apenas se encontram, hoje, nas Leis das OSCIP e das OS. O específico sistema de *cotação prévia de preços no mercado* continuará aplicável apenas ao **Regime das Entidades Conveniadas**.

A lei espanhola contém regra semelhante à da *cotação prévia de preços no mercado* trazida pela nova regulamentação federal brasileira editada sob o **Regime das Entidades Conveniadas**. Dispõe, como visto, que gastos superiores a 12.000 euros na aquisição de bens ou serviços, ou, então, superiores a 30.000 euros na contratação de obras, exigem certa cotação de preços no mercado.<sup>234</sup> Uma diferença ancilar, contudo, relativamente ao caso brasileiro, é que, segundo a nossa regulamentação, o piso a partir do qual se exige a cotação, independentemente do objeto do gasto, é 8.000 reais – um piso mais baixo, portanto, do que o espanhol. A disciplina espanhola do assunto, de todo modo, é inspiradora para nós brasileiros por seu alcance geral, isto é, não circunscrito a este ou aquele regime especial aplicável a certas entidades, e por estar contida em lei.

A par da exigência de cotação de preços no mercado para a contratação de bens, serviços e obras por terceiros, a lei espanhola dispõe sobre vedações, limites e condicionamentos à subcontratação e apresenta toda a citada disciplina dos gastos subvencionáveis. A respeito dessas matérias, ela é mais robusta do que a disciplina encontrada no direito brasileiro – seja pelo seu maior detalhamento, seja por vir estabelecida em uma única lei. De fato, é mais robusta porque fixada em lei; no Brasil, como já observado, as vedações à aplicação de recursos recebidos por entidades privadas sem fins lucrativos via convênios ou contratos de repasse com a União, por exemplo, são estabelecidas na Portaria Interministerial 127/2008, ficando mais susceptíveis a alterações. Já a disciplina da subcontratação na lei espanhola, com seu detalhamento, também não encontra um paralelo à altura no direito brasileiro. Neste, o Decreto 6.107/2007 e a Portaria Interministerial 127/2008, pertinentes ao **Regime das Entidades Conveniadas**, mostram-se quase silentes a respeito do tema; no máximo, exigem a avaliação da qualificação técnica e da capacidade operacional da

---

<sup>234</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções* espanhola, art. 31.3.

entidade privada sem fins lucrativos<sup>235</sup> e admitem, sem maiores restrições, a subcontratação do objeto dos convênios e contratos de repasse.<sup>236</sup> Os condicionamentos à subcontratação encontrados na lei espanhola são úteis para que se evitem subvenções ao terceiro setor com desvio de finalidade; podem, assim, servir de inspiração para que se preencha esta lacuna do direito brasileiro.

#### d) Comparação com o caso brasileiro: controle posterior

Em matéria de *controle posterior* (mas também em se tratando de *controle concomitante*) das transferências de recursos ao terceiro setor, um tema central é o da prestação de contas.

No caso brasileiro, sob o **Regime das Entidades Conveniadas** encontra-se uma significativa disciplina infralegal do tema da prestação de contas, embora, no plano da lei, tal disciplina seja escassa.<sup>237</sup> Todavia, em que pese toda essa disciplina, a estipulação do objetivo da prestação de contas ainda é pouco clara, ao menos quando comparada à disciplina dada pela lei espanhola à mesma questão. De fato, no Brasil a Portaria Interministerial 127/2008 dispõe que o objetivo da prestação de contas é, basicamente, comprovar “a boa e regular aplicação dos recursos” recebidos.<sup>238</sup> Na lei espanhola, contudo, fica esclarecido que o controle, já qualificado como de cunho *financeiro*, terá por objeto a verificação da adequada e correta *obtenção, utilização e prestação de contas* da subvenção, assim como a verificação da *realidade e regularidade* das operações com ela financiadas.<sup>239</sup> Trata-se, assim, de

---

<sup>235</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, artigos 5º., § 2º. e 22, *caput*.

<sup>236</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 44.

<sup>237</sup> Sobre o tema, cf. **capítulo 3**.

<sup>238</sup> Cf. Portaria Interministerial 127/2008, art. 56, *caput*. A idéia de “boa e regular aplicação dos recursos” transferidos é reiterada no art. 59, *caput*, do mesmo ato normativo, que se reporta à “regularidade da aplicação dos recursos transferidos”, e no art. 60, § 1º., que se refere à “declaração expressa de que os recursos transferidos tiveram boa e regular aplicação”.

<sup>239</sup> É o que se depreende, em síntese, do disposto no art. 44, apartado 1º., da *Lei Geral de Subvenções* espanhola. Dada a importância do tema – o objeto do controle financeiro de subvenções –, vale apresentar a transcrição das disposições relevantes: “Art. 44. (...) 2. O controle financeiro de subvenções terá por objeto verificar: a) A adequada e correta obtenção da subvenção por parte do beneficiário. b) O cumprimento por parte de beneficiários e entidades colaboradoras de suas obrigações na gestão e aplicação da subvenção. c) A adequada e correta prestação de contas acerca da subvenção por parte de beneficiários e entidades colaboradoras. d) A realidade e a

especificação detalhada do objeto a ser controlado, que esclarece que ele deve ir além da verificação da regularidade e correção da *utilização* ou, como diz a regulamentação brasileira, *aplicação* dos recursos, para incidir também sobre a regularidade e correção da sua *obtenção* e da *prestação de contas* a seu respeito, além de ficar claro que a citada verificação da utilização dada não deve dizer respeito apenas ao aspecto formal da sua *regularidade*, mas também ao seu aspecto material, atinente à *realidade* da execução do objeto.

## Conclusão

Do estudo dos direitos espanhol e estadunidense, a respeito do controle estatal sobre as transferências de recursos públicos a entidades do terceiro setor, podem ser extraídas, em resumo, algumas conclusões.

Do direito espanhol extrai-se, de um modo geral, a quão útil pode ser a definição, num único estatuto legal, do “conjunto de procedimentos vinculados ao ‘iter’ da subvenção”, com dizem os espanhóis,<sup>240</sup> ou dos atinentes ao “ciclo da transferência”, como diz a nova regulamentação federal brasileira.<sup>241</sup> Tal definição serve tanto para estipular soluções gerais que permitam uma gestão mais eficaz das subvenções, quanto para eliminar incertezas jurídicas oriundas de um disciplinamento legal esparso da matéria ou, ainda, oriundas do seu instável disciplinamento infralegal.

---

regularidade das operações que, de acordo com a prestação de contas apresentada pelos beneficiários e entidades colaboradoras, tenham sido financiadas com a subvenção. e) o adequado e correto financiamento das atividades subvencionadas, nos termos estabelecidos no apartado 3 do artigo 19 desta lei [disposição que estabelece que a importância total das subvenções jamais poderá ser tamanha que, isoladamente ou em concurso com outras subvenções, ajudas, ingressos ou recursos, supere o custo da atividade subvencionada]. f) A existência de fatos, circunstâncias ou situações não declaradas à Administração por beneficiários e entidades colaboradoras e que possam afetar ao financiamento das atividades subvencionadas, à adequada e correta obtenção, utilização, desfrute ou prestação de contas da subvenção, assim como à realidade e regularidade das operações com ela financiadas.”

<sup>240</sup> A expressão, bastante feliz, é utilizada na Exposição de Motivos do Real Decreto 887/2006, de 21 de julho, que regulamenta a *Lei Geral de Subvenções* (BOE n. 176, de 25 de julho de 2006, p. 27.745).

<sup>241</sup> A expressão aparece, por exemplo, no art. 51, § 1º. da Portaria Interministerial 127/2008, segundo o qual: “(...) § 1º. Os agentes que fizerem parte do ciclo de transferência de recursos são responsáveis, para todos os efeitos, pelos atos que praticarem no acompanhamento da execução do convênio, contrato, acordo, ajuste ou instrumento congêneres.”

Do direito estadunidense extrai-se, como dado principal, a grande atenção nele dedicada à regulação da gestão fiducial das entidades sem fins lucrativos, independentemente de a origem dos recursos por elas geridos ser pública ou privada. Isto sugere a importância de que, no Brasil, por mais que a questão do controle das transferências de recursos de origem pública para as entidades do terceiro setor esteja em evidência, também seja dada atenção à gestão que fazem de recursos de origem privada. Não fosse para proteger a confiança depositada no terceiro setor por doadores privados que lhe destinam recursos, seria ao menos para proteger a renúncia de receitas por parte do Estado quando autoriza a dedução, de imposto a pagar, dos valores referentes às doações efetuadas.

De resto, também vale atentar para a experiência norte-americana no enfrentamento do desafio de tornar transparente a gestão financeira das entidades privadas sem fins lucrativos. Esta transparência, evidentemente, também é importante no caso brasileiro.

## **CAPÍTULO 13**

### **SOLUÇÕES PROPOSTAS:**

### **POR UMA REFORMA DA LEGISLAÇÃO DE CONTROLE**

Introdução. **1.** Os pontos centrais da reforma proposta. **2.** Detalhamento e justificativa de cada solução proposta. **2.1.** Planejamento mediante consulta pública. **2.2.** Credenciamento objetivo e diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas. **2.3.** Processo de seleção universal e lastreado em publicidade, igualdade e motivação. **2.4.** Regime mínimo e universal de contratação de parceria. **2.5.** Ênfase no controle estatal de resultados. **2.6.** Ampliação da transparência e do controle social. Conclusão. **a)** Endereçando problemas fundamentais. **b)** Endereçando problemas de controle prévio. **c)** Endereçando problemas de controle concomitante e posterior.

#### **Introdução**

Há soluções para os problemas do direito vigente apontados na **parte 2**? A resposta desta tese é positiva. Grande parte delas já se encontra sugerida no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, apresentado e examinado no **capítulo 11**. Outras podem ter inspiração no direito estrangeiro, notadamente nos direitos norte-americano e espanhol, examinados no **capítulo 12**. Outras, finalmente, podem ser identificadas a partir da própria descrição do direito vigente empreendida na **parte 1**.

Neste **capítulo**, as soluções defendidas por esta tese são apresentadas e justificadas, levando-se em consideração todo o caminho percorrido, desde a (difícil) tarefa de identificação do direito vigente, passando pelo diagnóstico de seus problemas principais, até culminar-se com a análise de proposições legislativas – projetos e anteprojetos de lei – que pretendem enfrentá-los e, ainda, de dois ordenamentos jurídicos estrangeiros tidos como avançados em matéria de fomento estatal ao terceiro setor.

São soluções que não pretendem, evidentemente, endereçar todos os problemas em matéria de controle. Objetivam, todavia, endereçar alguns dos mais importantes.

## 1. Pontos centrais da reforma proposta

Faz-se necessária uma reforma *legislativa* que, reunindo num só regime jurídico soluções para os principais problemas encontráveis nos seis **Regimes Especiais** e nos três **Regimes Gerais de Controle**, busque os seguintes resultados em matéria de controle prévio aos ajustes de transferência:

- exigir certo **planejamento** de programas a serem executados por meio parcerias com o terceiro setor e, bem assim, de transferências de recursos de origem pública, **elaborado** pela administração pública **mediante consulta pública** aberta a quaisquer cidadãos ou entidades interessadas em oferecer as suas contribuições;
- prever, relativamente ao **credenciamento de entidades** do terceiro setor, **processos administrativos objetivamente disciplinados** em seus aspectos fundamentais (competências para a outorga e cassação da credencial; requisitos para sua obtenção; *iter* processual para sua concessão; prazo de vigência; benefícios, ônus e sujeições decorrentes; hipóteses de cassação; *iter* processual de cassação; e eventuais sanções e infrações administrativas correlatas), aliados à **diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas**;
- instituir um **processo administrativo universal de seleção** de projetos e entidades que receberão recursos de origem pública em transferência, no bojo desses vínculos de fomento e colaboração, que seja **baseado**, fundamentalmente, **nos princípios da publicidade, igualdade e motivação**; e
- instituir um **regime universal de contratação de parceria**, voltado à constituição desses vínculos de fomento e colaboração entre o Poder Público e entidade do terceiro

setor, nos termos do regime do “contrato público de colaboração” do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

Em matéria de controle concomitante e posterior aos ajustes de transferência de recursos públicos ao terceiro setor, a reforma legislativa sugerida deve mirar os seguintes objetivos:

- instituir um **controle estatal focado na verificação dos resultados** atingidos pelas entidades do terceiro setor com a aplicação dos recursos recebidos em transferência do Poder Público; e
- continuar a **ampliar a transparência das informações sobre as transferências de recursos de origem pública** realizadas, inclusive das referentes às prestações de contas apresentadas pelas entidades beneficiárias e da sua análise pelos órgãos estatais de controle, **favorecendo, assim, o controle social**.

Uma lista das sugestões efetuadas, em resumo, é apresentada na tabela a seguir.

**Tabela 13.1 – Sugestões de aprimoramento do direito vigente**

<b>1</b>	Planejamento mediante consulta pública
<b>2</b>	Credenciamento objetivo e diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas
<b>3</b>	Processo de seleção universal e lastreado em publicidade, igualdade e motivação
<b>4</b>	Regime mínimo e universal de contratação de parceria
<b>5</b>	Ênfase no controle estatal de resultados
<b>6</b>	Ampliação da transparência e do controle social

Antes de passar-se à apresentação com maiores detalhes, bem como à justificação, de cada uma dessas sugestões de aprimoramento do direito vigente, convém explicar o porquê da necessidade de uma reforma *legal* – e não, simplesmente, regulamentar.

Sabe-se que, na atualidade, o princípio da legalidade se traduz para a administração pública como um princípio de vinculação à juridicidade – não de vinculação, única e exclusivamente, à lei formal, entendida como o ato normativo emanado do parlamento. Com

feito, a idéia de legalidade administrativa traduz-se em dever de observância a uma pluralidade de fontes normativas – da Constituição aos regulamentos e outros atos editados pela própria administração pública, passando pela lei.<sup>1</sup> Neste contexto, em que a lei em sentido formal há muito perdeu a sua centralidade como baliza do agir da administração (papel paulatinamente conquistado pela Constituição), uma pergunta pertinente é: faz sentido defender-se que é preciso uma reforma *legal* em matéria de controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor? Não bastariam as iniciativas em andamento, pelas quais, em meio aos seis **Regimes Especiais** de controle do fomento estatal, reforma-se, ao menos, o principal deles, que é o **das Entidades Conveniadas**, estritamente pela via infralegal, substituindo-se a velha IN/STN 01/97 pelo Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial 127/2008? Não bastaria a vinculação administrativa a normas infralegais aperfeiçoadas? Não estaria, dessa forma, perfeitamente atendida a moderna exigência de vinculação à juridicidade?

A resposta deste trabalho é negativa.

Primeiramente em virtude da enorme lacuna legal existente acerca da matéria. A Lei 8.666/93, ao disciplinar os contratos de parceria – convênios e instrumentos congêneres –, o fez de maneira enigmática, a dizer que suas disposições (da própria lei) se aplicariam a tais ajustes “no que couber” (*cf.* art. 116). Pouco se sabe a partir da lei acerca do regime dessas parcerias. A insuficiência da lei foi evidenciada, por muito tempo, pelo verdadeiro “código infralegal dos convênios”, a IN/STN 01/97, que agora é substituído pelo Decreto 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial 127/2008. Foi evidenciada, ainda, pelas inúmeras dúvidas pertinentes ao regime jurídico dos convênios, inclusive acerca de aspectos elementares, como a questão da exigência ou não de licitação pública para a sua celebração. Tem sido evidenciada pelas recentes LDO, que, acanhadamente, começam a exigir publicação de edital de seleção pública para a celebração de determinados tipos de parceria. E tem sido evidenciada, finalmente, pela jurisprudência do TCU, que já chegou a solicitar ao Presidente da República que regulamente o art. 116 sobre o qual se equilibra o regime em questão. Em suma, a lei não oferece respostas suficientes acerca do regime dessas parcerias.

---

<sup>1</sup> A respeito do princípio da legalidade como vinculação administrativa à juridicidade, *cf.* Gustavo BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, pp. 125 e ss.

Em segundo lugar, como ressaltado ao longo do trabalho, o suprimento do espaço legal pela via infralegal tem sido pernicioso. Vulnerável esteve a IN/STN 01/97 a inúmeras alterações, trazendo insegurança jurídica. O próprio TCU chegou a “determinar”, como se tivesse competência assegurada para isso, a sua alteração pela STN, que a cumpriu, apenas para ver o órgão de contas federal mudar seu posicionamento em seguida. Não bastasse isso, o viés financeiro da disciplina dada ao convênio pela IN/STN 01/97, que tratou mesmo dos “convênios de natureza financeira”, negligenciava outros possíveis objetos dos acordos de colaboração.<sup>2</sup> Em suma, a disciplina infralegal do que a lei não disciplinou, além de excessivamente oscilante, era incompleta.

É bem verdade que já houve tentativa de enfrentar o problema pela via das leis. Ante à multifuncionalidade dos convênios – parcerias público-pública ou público-privadas que são –, a Lei 11.107/2005, sobre os consórcios públicos e convênios de cooperação, tratou de procurar conferir disciplina mais clara e completa ao tema. Mas se cingiu à questão das parcerias público-públicas, à colaboração entre entes da federação. De resto, mesmo a este respeito, focou-se mesmo nos consórcios públicos, tratando enigmaticamente, “de passagem”, dos convênios de cooperação entre entes federados. E ainda se focou bastante na questão dos serviços públicos, à luz do art. 241 da Constituição, vislumbrando, assim, de forma restrita o objeto daqueles ajustes de colaboração. E quanto às parcerias do Estado com particulares? Continuaram “órfãs” de uma disciplina legal clara. Leis especiais, é verdade, como as das OS e das OSCIP, chegaram a tratar do assunto, instituindo os regimes, respectivamente, dos contratos de gestão e termos de parceria; mas o fizeram, por certo, para o restrito âmbito de seus fins especiais. Na LDO de 2004 chegou-se a reclamar uma consolidação das normas legais acerca da matéria, mas, ao que tudo indica, em vão, preferindo-se depois uma consolidação das normas infralegais pertinentes. São as LDO, de todo modo, que parecem vir suprimindo, a “conta-gotas”, a disciplina legal dos convênios e instrumentos congêneres que a Lei 8.666/93 deixa de esclarecer – exemplo foi a figura do contrato de repasse, nascida da LDO de 1996 e, depois, esgotada a vigência daquela lei, deixada para o trato pelos

---

<sup>2</sup> É o próprio art. 116 da Lei 8.666/93 que atribui, ou pressupõe, um viés de “natureza financeira” do objeto dos convênios. Pressupõe-se que o convênio envolverá repasse de recursos financeiros, que há um “órgão repassador”.

regulamentos, hoje dado pelo Decreto 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial 127/2008. Pela vigência restrita no tempo que têm, entretanto, as iniciativas das LDO não podem perdurar.

Tudo isso está a demonstrar que há necessidade de uma disciplina legal, abrangente, instituidora de um regime geral – mínimo, como se sustentará adiante –, acerca de contratos de parceria do Estado com entidades privadas sem fins lucrativos para fins de constituição de vínculos de colaboração. O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública tem o mérito de perceber esta necessidade e, mais do que isso, de procurar definir o que sejam vínculos de colaboração – a essência dos contratos de parceria, dos acordos de colaboração, segundo a doutrina –, sem fazê-lo de forma tão restritiva (isto é, sem defini-los pelo viés de “natureza financeira”, como na IN/STN 01/97, ou pelo viés de algo necessariamente ligado a serviços públicos, como na Lei 11.107/2005) que negligenciasse possíveis objetos de parcerias, ou de maneira tão ampla (isto é, sem defini-los apenas como vínculos em que os partícipes tenham “interesses comuns e não contrapostos”, como na doutrina) que dificultasse a sua distinção dos típicos contratos administrativos enfocados na Lei 8.666/93. Mais se falará a respeito, a seguir, quando da apresentação e justificação de cada uma das propostas de reforma legislativa. É certo, todavia, que há uma lacuna legal a suprir, que se tem insistido, toda, em tentar “remendar” pela via infralegal.

## **2. Detalhamento e justificativa de cada solução proposta**

### **2.1. Planejamento mediante consulta pública**

A exigência legal de um plano, elaborado mediante consulta pública, acerca de programa a ser executado com a colaboração de entidades do terceiro setor – tal como prevista no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública – é recomendável por diversas razões.

Tal planejamento é requisito importante para a eficiência das transferências de recursos e dos vínculos de colaboração que as envolvem. A própria elaboração de proposta de plano, pela administração pública, constitui um exercício útil em busca de eficiência. Trata-se de racionalizar o uso dos recursos disponíveis. Por meio do plano a administração pré-estabelece os tipos de vínculo de colaboração que se dispõe a firmar e os respectivos prazos de vigência, os requisitos de elegibilidade das entidades pretendentes à colaboração e, ainda, os aspectos principais do processo administrativo por meio do qual os projetos apresentados pelas entidades serão selecionados. Todo esse exercício prévio evita a improvisação e favorece, por óbvio, a eficiência. Mas o mais importante, no sentido da eficiência e ainda da democracia, é a sujeição da proposta de plano da administração pública a um processo de consulta pública. Neste, os principais interessados na política estatal de fomento e parceria com entidades sem fins lucrativos – sejam estes as próprias entidades, sejam os cidadãos servidos por elas – podem oferecer por escrito suas visões, sugestões e críticas à iniciativa do Estado, contribuindo para que se evitem uma série de ineficiências, como a destinação de recursos para objetos não prioritários, a fixação de requisitos de elegibilidade abusivamente discriminatórios, prazos de vigência inadequados, entre outras. Como salientou Fernando Henrique CARDOSO, a importância do controle social (que, no caso presente, sugere-se seja feito pelo mecanismo da consulta pública) reside em que “...a tendência à tecnocracia não gere uma racionalidade segundo fins alheios aos interesses reais da sociedade.”<sup>3</sup>

A consulta pública obrigatória para fins de planejamento caminha no sentido do aprimoramento democrático das parcerias do Estado com o terceiro setor. Trata-se do mesmo caminho que buscaram trilhar, por exemplo, as Leis das OS e das OSCIP, editadas no âmbito da Reforma Administrativa dos anos 90. Naquela oportunidade, porém, foram valorizados, como mecanismos de aprimoramento democrático, sobretudo dois: a consulta ao Conselho de Política Pública da área de atuação da entidade qualificada como OSCIP pretendente à constituição de vínculo de parceria, tornando-se a manifestação deste conselho um elemento a instruir a decisão final do gestor público acerca da constituição ou não de vínculo de parceria

---

<sup>3</sup> Em prefácio à obra de Luiz Carlos Bresser Pereira, *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial da administração pública na perspectiva internacional*, p. 8.

com a entidade;<sup>4</sup> e a garantia de participação de representantes da sociedade civil no próprio órgão diretivo, chamado conselho de administração, das organizações qualificadas como OS.<sup>5</sup> Ambos os mecanismos, porém, não puderam ainda ser amplamente empregados, pois a maioria dos vínculos de fomento e colaboração com o terceiro setor, ao menos na esfera federal, continuam sendo feitos à margem dos **Regimes da OS e das OSCIP**, realizando-se, isto sim, sob o **Regime das Entidades Conveniadas**, no qual tais mecanismos simplesmente não estão previstos.<sup>6</sup> Por outro lado, tudo indica que o mecanismo da consulta pública teria grandes chances de revelar-se frutífero do ponto de vista do aprimoramento democrático. A consulta pública, mais do que o Conselho de Políticas Públicas ou a garantia de participação de representantes de setores da sociedade civil nos conselhos de administração das OS, permite a participação de qualquer interessado na decisão da política de fomento a ser tomada, alargando assim o espectro de possíveis contribuições à iniciativa da administração pública. Com esse alargamento do número de contribuições (ou da participação democrática) evita-se, por exemplo, o problema de o Conselho de Políticas Públicas vir a ser, por qualquer razão, capturado por determinados interesses corporativistas ou clientelistas,<sup>7</sup> visto que tais órgãos colegiados da administração, por mais representativos que possam ser de diferentes grupos da sociedade civil, têm a sua representatividade restrita e mais passível de captura, comparativamente ao amplo espectro de participantes envolvidos numa consulta. A consulta pública tem menos chances de tornar-se refém de grupos específicos de interesse, aberta que está a todos os interessados em formular suas contribuições – abertura, aliás, que pode tornar-se exponencial se utilizada a plataforma da Internet para a sua realização.

O mecanismo da consulta pública também tem a seu favor o fato de ter sido o instituto eleito no direito espanhol (que é avançado em matéria de subvenções públicas, inclusive ao terceiro setor), para a formulação do planejamento do fomento estatal pela técnica da

---

<sup>4</sup> Como visto no **capítulo 3**, esta consulta ao conselho setorial correspondente à área de atuação da entidade está prevista na Lei 9.790/99, art. 10, § 1º., bem como no Decreto 3.100/99, art. 10, §§ 1º. ao 4º.

<sup>5</sup> Como visto, também, no **capítulo 3**, esta garantia de participação de representantes da comunidade, ao lado de representantes do governo, no conselho de administração das entidades qualificadas como OS, está prevista Lei 9.637/98, art. 2º., I, c c/c art. 3º., I, a e b e III.

<sup>6</sup> Em que pese a recente previsão, no **Regime das Entidades Conveniadas**, da obrigação de notificação do Conselho de Política Pública da área correspondente à atuação da entidade conveniada acerca da celebração do convênio, de sorte a facilitar que aquele atue no monitoramento de sua execução.

<sup>7</sup> Veja-se a atual crise da concessão do CEBAS, para a qual parece ter contribuído algum grau de clientelismo ou corporativismo no CNAS. Sobre o tema, cf. **capítulo 8**.

subvenção. Deveras, como visto no **capítulo 12**, a legislação espanhola prevê a obrigatoriedade da submissão da proposta de “ordem ministerial”, instituidora das “bases reguladoras de concessão” de subvenções públicas, a prévia audiência dos interessados.<sup>8</sup>

Finalmente, favorece a proposta de adoção do mecanismo da consulta pública para fins de planejamento do fomento e das parcerias do Estado com o terceiro setor a própria experiência recente de aprofundamento da democracia participativa brasileira. Nesta, a consulta pública tem sido um dos mais relevantes motores, como demonstrado no **capítulo 8**. Tudo isso a evidenciar uma tendência contemporânea do direito brasileiro que poderia, muito bem, ser acompanhada por nova legislação que exigisse consulta pública para a edição do instrumento de planejamento do fomento e das parcerias do Estado com entidades do terceiro setor.

Espera-se, em suma, que a ampliação do debate democrático sobre o planejamento do fomento e da constituição destas, por intermédio da exigência de submissão de proposta de plano a consulta pública, traria maior legitimidade democrática às decisões administrativas e poderia conduzir a uma maior eficiência do gasto público com estas parcerias. É, sem dúvidas, merecedora de aprovação a proposta contida no artigo 76, incisos I a IV e parágrafo único, do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

## **2.2. Credenciamento objetivo e diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas**

Recomenda-se reforma legislativa, em matéria de **credenciamento de entidades** privadas sem fins lucrativos para fins de celebração de ajustes de colaboração com o Estado e, neste contexto, obtenção de subvenções, que assegure **processos administrativos objetivamente disciplinados** em seus aspectos fundamentais – competências para a outorga e cassação da credencial; requisitos para sua obtenção; *iter* processual para sua concessão; prazo de vigência; benefícios, ônus e sujeições decorrentes; hipóteses de cassação; *iter* processual de

---

<sup>8</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro), art. 17.1 c/c *Lei do Governo* (Lei 50/1997, de 27 de novembro), art. 24.

cassação; e eventuais sanções e infrações administrativas correlatas –, aliados a uma **diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas**.

Os caminhos para a obtenção deste resultado podem ser variados. Por exemplo, redundâncias hoje existentes no âmbito dos **Regimes Especiais** de controle poderiam ser eliminadas. Os credenciamentos sob os **Regimes das OSCIP** e **das OS** poderiam ser reduzidos a um só, preservando-se o sistema da Lei das OSCIP pelo qual a outorga da credencial às entidades, em vez de ser discricionária, é vinculada ao cumprimento de requisitos objetivamente prefixados. A seu turno, o credenciamento sob o **Regime das Entidades Conveniadas** poderia ser disciplinado por lei (em vez de regulamentos), lei esta que, à semelhança da Lei das OSCIP, estabelecesse requisitos objetivos de credenciamento por ato administrativo vinculado e, ainda, disciplinasse os demais aspectos essenciais do credenciamento, supra-apontados. Realizar-se-ia, assim, uma reforma legal dos três principais regimes atualmente orientados para o fim de credenciar entidades pretendentes à celebração de ajustes de colaboração com o Estado e à recepção de transferências de recursos públicos – o **das Entidades Conveniadas**, o **das OSCIP** e o **das OS**.

Por outro lado, os três outros **Regimes Especiais** de credenciamento existentes – o **das Fundações de Apoio**, o **das Entidades de Utilidade Pública** e o **das Entidades Benéficas de Assistência Social** – poderiam também ter as respectivas leis de regência reformadas para que passassem a disciplinar, clara e objetivamente, todos os aspectos essenciais do credenciamento supra-apontados. Vale observar que estes dois últimos, ainda que orientados ao credenciamento de entidades para a recepção de exonerações tributárias e não de transferências diretas de recursos, mereceriam ter as respectivas leis de regência reformadas para que fossem eliminadas as suas lacunas e imprecisões. Do contrário, proposições como a do PL 3.877/2004,<sup>9</sup> que pretendam equiparar as diversas credenciais existentes como requisitos para a obtenção de qualquer benefício oriundo do fomento estatal, não merecerão prosperar; afinal, como admitir o mesmo valor jurídico aos títulos de OSCIP e de Utilidade Pública se os requisitos, o processo de obtenção e os fins daquele estão claramente fixados em lei e os referentes a este último não estão?

---

<sup>9</sup> A respeito desse projeto de lei, cf. **capítulo 11**, sobre as soluções previstas em projetos e anteprojetos de lei.

Independentemente das específicas medidas tomadas para aperfeiçoamento da legislação em vigor – em tese, como dito, diversas poderiam ser cogitadas –, o mais importante é o resultado a almejar, consistente na previsão de processos administrativos objetivamente disciplinados em seus aspectos fundamentais. Dessa forma, os problemas relativos à discricionariedade na outorga, às lacunas normativas e às redundâncias entre os diversos **Regimes Especiais** em matéria de credenciamento seriam endereçados.

Paralelamente, sugere-se a previsão legal de uma “diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas”. Com tal diretriz pretende-se estimular que, no exercício de sua função fomentadora, a administração pública privilegie a seleção de entidades de colaboração que, presumidamente, atendam a padrões mais elevados de organização e funcionamento. À comprovação do atendimento destes padrões, pelas entidades privadas sem fins lucrativos que colaboram com o Estado, prestam-se os sistemas de credenciamento ou outorga de títulos jurídicos especiais. Vale lembrar a observação de Paulo MODESTO, no sentido de que uma das possíveis vantagens da outorga de títulos jurídicos especiais a entidades do terceiro setor é “...*padronizar* o tratamento normativo de entidades que apresentem *características comuns relevantes*, evitando o tratamento legal *casuístico* dessas entidades.”<sup>10</sup> De nada adianta a legislação prever credenciais que visem a eliminar o casuísmo na destinação de recursos públicos pelo Estado, padronizando, assim, certos requisitos a serem cumpridos por potenciais colaboradores na aplicação desses recursos, se, no momento em que os recursos são destinados, a administração pública ignora qualquer exigência de credencial. Daí a necessidade de uma diretriz legal no sentido de que, quando da subvenção de entidades do terceiro setor, predomine a destinação de recursos às credenciadas.

Não se trata, todavia, de introduzir simples regra no ordenamento no sentido de que todas as credenciais existentes sejam consideradas intercambiáveis (“fungíveis”) entre si, de sorte a tornar todas as entidades que as detenham, indistintamente, potenciais destinatárias de recursos públicos. Como já asseverado, a obtenção de cada credencial deve ter as vantagens, ônus e sujeições decorrentes claramente previstos em lei, de tal maneira que o Poder Público,

---

<sup>10</sup> “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”, in: *RDA* 214, p. 57.

quando da destinação de recursos a entidades sem fins lucrativos, possa exigir a credencial que se afigure consentânea com a política de fomento e colaboração em questão. Também não se trata de sugerir que, por lei, seja estabelecida uma regra rígida, de alcance universal, pela qual somente entidades credenciadas possam concorrer à constituição de vínculo de colaboração com Estado, pois existirão situações em que a exigência de credencial poderá ser, sob justificativa razoável, dispensada (por exemplo, situações de colaboração emergencial). Parece mais adequada, enfim, a estipulação de mera diretriz de “predomínio” da subvenção a entidades credenciadas, a ser observada pela administração pública, em vez de uma exigência legal peremptória neste sentido.

Tal diretriz serviria para conferir maior eficácia às potencialidades de sistemas de credenciamento objetivamente previstos em lei – o melhor exemplo é o das OSCIP –, exatamente no sentido positivo que tais sistemas podem ter, de padronizarem o tratamento normativo a entidades detentoras de características comuns relevantes e, bem assim, de evitarem o tratamento casuístico ou abusivamente discriminatório dessas entidades.

### **2.3. Processo de seleção universal e lastreado em publicidade, igualdade e motivação**

Propõe-se a instituição, pela via legal, de um processo administrativo para a seleção de projetos ou entidades que receberão recursos de origem pública em transferência que, além de ser obrigatório, seja baseado nos princípios da publicidade, igualdade e motivação. O regime jurídico desse processo administrativo pode, perfeitamente, ser o previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, sob a denominação “processo administrativo de chamamento público”. Apóia-se, em suma, a proposição constante do anteprojeto. Este processo administrativo, tal qual previsto, atende cabalmente às duas características apontadas e tidas como necessárias ao aprimoramento do direito vigente nesta matéria. Em primeiro lugar, dito processo de chamamento público é de observância obrigatória<sup>11</sup> (salvo nas poucas hipóteses de exceção arroladas de modo exaustivo na própria proposição legal);<sup>12</sup> em segundo

---

<sup>11</sup> Nos termos do art. 77, *caput*, do anteprojeto de lei.

<sup>12</sup> Nos termos do art. 77, incisos I a IV, do anteprojeto de lei.

lugar, toda a sua disciplina é dada por regras erigidas com base nos princípios da publicidade,<sup>13</sup> igualdade<sup>14</sup> e motivação,<sup>15</sup> como visto no **capítulo 11**. Assim, ele satisfaz inequivocamente a ambos os requisitos essenciais para uma boa reforma do direito vigente.

Resta esclarecer, no entanto, as razões pelas quais a instituição por lei de um processo administrativo com tais características – de caráter obrigatório e regido pelos citados princípios – seria essencial para uma reforma do direito vigente. Podem ser apontadas ao menos três: atribuição de eficácia ao princípio da igualdade nesta matéria; redução da instabilidade normativa advinda da sua disciplina pela via infralegal; e melhor norteamento da conduta dos administradores públicos na seleção de projetos e entidades. Concorre, ainda, em favor da estipulação legal de um processo de seleção do gênero, como quarto fator (embora não determinante), o de que uma disciplina semelhante da seleção de entidades pode ser encontrada no avançado direito espanhol das subvenções públicas. Vejam-se essas razões, uma a uma, a seguir.

A exigência de observância de um processo administrativo do gênero é uma forma de atribuir-se plena eficácia ao princípio constitucional da igualdade quando da seleção de entidades do terceiro setor, ou projetos por elas apresentados, para o fim de serem contempladas com transferências de recursos públicos. Sendo tais recursos escassos, a única forma de se fazer valer a isonomia de tratamento, ou a igualdade de oportunidades, aos interessados em recebê-los, é por meio de um processo administrativo do gênero. Contudo, a legislação em vigor não exige este processo de seleção, prevendo-o, quando muito, em caráter meramente facultativo, como no caso do “concurso de projetos” do **Regime das OSCIP**,<sup>16</sup> ou

---

<sup>13</sup> Em clara concretização do princípio da publicidade prevê-se, no citado anteprojeto de lei, duas regras básicas: a de que o processo de chamamento público deve ser iniciado pela publicação, na imprensa oficial e em página eletrônica, de edital contendo as especificações relativas ao processo e ao contrato a ser celebrado (*cf.* art. 78, § 1º), bem como a de que são públicos os autos, sessões deliberativas e atos do processo de seleção nele consubstanciado (*cf.* art. 78, § 2º).

<sup>14</sup> Em concretização ao princípio da igualdade prevê-se, no mesmo anteprojeto de lei, a regra de que, às participantes no processo de chamamento público é assegurada igualdade de oportunidades e de tratamento (*cf.* art. 78, § 3º).

<sup>15</sup> Em concretização ao princípio da motivação prevê-se, no mesmo anteprojeto de lei, a regra segundo a qual as decisões tomadas no âmbito do processo de chamamento público devem ser formalmente motivadas, com análise obrigatória e comparação das manifestações de interesse ou projetos apresentados (*cf.* art. 78, § 4º).

<sup>16</sup> *Cf.* Decreto 3.100/99, art. 23.

do processo de “chamamento público” do **Regime das Entidades Conveniadas**.<sup>17</sup> Superar esse estágio da nossa legislação de fomento estatal, reconhecendo a sua incompatibilidade com o sistema constitucional vigente e, sobretudo, com o imperativo de dar-se plena eficácia ao princípio constitucional da igualdade, é um desafio da atualidade que se faz premente enfrentar.

Ademais, as normas que prevêm explicitamente processos de seleção do gênero (ainda que em caráter facultativo) o fazem apenas em âmbito infralegal. A instabilidade das normas infralegais, porém, sujeitas que ficam à possibilidade de revogação por parte do Poder Executivo, é indesejável nessa matéria. Os recursos públicos de monta que são destinados ao terceiro setor e, conseqüentemente, a necessidade de segurança jurídica no trato de matéria de tamanha significação econômica, sugerem a conveniência de o tema ser tratado pela via legal.

Em terceiro lugar, concorre para necessidade de previsão legal de um processo administrativo de seleção do gênero a circunstância de que, mesmo quando previstos pela via regulamentar (e, ainda, em caráter facultativo), tais procedimentos não são disciplinados com suficiente detalhamento. A mera exigência de que observem os princípios que regem a atividade de administração pública, por exemplo, é insuficiente para imprimir um padrão determinado de conduta aos administradores públicos. Por isso o avanço conseguido pelo Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública nessa matéria se afigura notável e auspicioso em pelo menos dois aspectos: por um lado, ao exigir a observância do processo administrativo de seleção, como já mencionado; por outro, ao ir além e estipular regras que dão concreção aos princípios reitores deste processo (os da publicidade, igualdade e motivação). Essas regras de concreção à principiologia de regência da matéria servem como um norteamento mais específico da conduta a ser adotada pelo administrador público (sem, entretanto, descer a minúcias). Impedem, assim, que seja negada eficácia a tais princípios sob pretexto de falta de criatividade ou de padrões claros para a sua observância.

Em quarto lugar e por fim, um indicativo de que seria desejável a previsão legal de um processo administrativo do gênero para a constituição de vínculos de parceria envolvendo a

---

<sup>17</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 4º. c/c Portaria Interministerial 127/2008, art. 5º.

transferência de recursos públicos ao terceiro setor pode ser encontrado no direito espanhol. Neste exige-se que o ato de outorga de subvenções seja antecedido não apenas da fixação, mediante audiência pública dos interessados, das “bases reguladoras da concessão”, como já apontado, mas também da instauração de “processo administrativo de outorga em regime de concorrência competitiva”.<sup>18</sup> O regramento previsto para tal concorrência competitiva é, também, lastreado nos princípios da publicidade e igualdade, à semelhança do previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública brasileiro, embora, no caso espanhol, a lei reforce ambos os princípios com a previsão adicional dos princípios da “transparência”, “concorrência”, “objetividade” e “não discriminação”, prevendo ainda os da “eficácia” e “eficiência”, sem, no entanto, mencionar expressamente o da *motivação* como faz o anteprojeto brasileiro.<sup>19</sup>

#### **2.4. Regime mínimo e universal de contratação de parceria**

Propõe-se, ademais, a instituição, também por lei, de um regime jurídico universal de contratação de parceria, voltado à constituição desses vínculos de fomento e colaboração entre o Poder Público e entidade do terceiro setor. Trata-se do regime previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública para o chamado “contrato público de colaboração”.

A instituição, por lei, de um regime jurídico universal para tais contratações é necessária por uma razão fundamental: ela servirá para introduzir um grau mínimo de uniformização entre as diversas leis específicas sobre esta matéria, tratando com maior isonomia situações iguais e promovendo maior segurança jurídica em um campo em que, hoje, tal segurança está significativamente abalada. Como visto, há em vigor pelo menos três regimes contratuais que servem, essencialmente, à mesma finalidade de constituição de vínculos de fomento e colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor. São os regimes **das Entidades Conveniadas, das OSCIP e das OS**. Em que pese a finalidade em comum,

---

<sup>18</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro), art. 22.1.

<sup>19</sup> Cf. *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro), art. 3, parágrafos a), b) e c).

eles se diferenciam nalguns aspectos importantes, acerca dos quais convém seja introduzido algum grau de uniformidade normativa.

Por exemplo, os regimes do convênio e do contrato de repasse em matéria de prestação de contas pela entidade conveniada ou contratada, ou, ainda, em matéria de controle estatal dessa prestação de contas, não são em todo semelhantes aos regimes do termo de parceria e do contrato de gestão acerca das mesmas matérias (sendo esses dois últimos mais semelhantes entre si e aqueles dois primeiros, também, mais semelhantes entre eles). Inexiste razão para que se mantenha esta diversidade de tratamentos normativos se o objeto da prestação de contas e do controle estatal são, essencialmente, os mesmos em todos os casos. O *regime jurídico mínimo*, como se propõe a ser o do *contrato público de colaboração*, servirá para tratar igualmente, uniformemente, situações equivalentes.

A uniformização também se faz necessária quanto à própria exigência de celebração de um contrato para a constituição de vínculos de fomento e colaboração. Quando o citado anteprojeto de lei exige a celebração do *contrato público de colaboração* para o fim de constituição de todo e qualquer vínculo de colaboração, assim entendidos os que tenham por objeto uma atividade de relevância pública de iniciativa da entidade do terceiro setor, um programa ou ação de iniciativa do Estado ou uma atividade de relevância pública a ser executada em conjunto pelo Estado e entidade do terceiro setor,<sup>20</sup> ele não permite que escapem a tal exigência universal exceções porventura encontráveis na legislação específica – como são, de fato, encontradas hoje na regulamentação pertinente ao **Regime das Entidades Conveniadas**. Isto é salutar, novamente, para que se passe a tratar igualmente os iguais. Afinal, se exceções à exigência de um contrato não são admissíveis noutros regimes contratuais que servem à mesma finalidade – como o **das OSCIP** ou o **das OS** –, por que deveriam sê-lo no **das Entidades Conveniadas**?

Esta uniformização por meio da instituição de um regime contratual mínimo também gera importante reflexo no tema do processo de seleção das entidades ou projetos beneficiários de vínculos de colaboração com o Estado. As normas pertinentes aos **Regimes Especiais** em

---

<sup>20</sup> Cf. art. 74, incisos I a III, do anteprojeto de lei.

vigor, como já salientado, diferem sobre o tema e, mesmo as que se assemelham entre si – como as dos **Regimes das OSCIP e das Entidades Conveniadas** – geram enorme insegurança jurídica, inclusive pelo fato de que conferem faculdade (e vez de obrigação) ao administrador público para a instauração de processos administrativos de competição com vistas à constituição destes vínculos. Essa insegurança é eliminada com a exigência, como parte integrante do regime do *contrato público de colaboração*, da realização de processo de *chamamento público* com vistas a celebração desse tipo de contato, salvo nas hipóteses de exceção já arroladas pelo próprio anteprojeto de lei.

Em suma, um regime contratual mínimo, como o do *contrato público de colaboração* previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, eliminaria grande parte da insegurança jurídica oriunda dos diversos regimes especiais em vigor e, ainda, eliminaria disparidades de tratamento injustificáveis de situações equivalentes.

É claro que um tal regime de caráter obrigatório (universal, como se vem dizendo até aqui) poderia ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro de outra maneira. Poder-se-ia, em tese, revogar por completo os diversos regimes especiais vigentes em matéria de contratação para a constituição de vínculos de colaboração entre o Estado e entidade do terceiro setor. Todos eles seriam substituídos por um só. Esta, porém, não é a solução oferecida pelo Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, como visto no **capítulo 11**; nele se oferece uma solução, aparentemente, mais factível.

A solução ali oferecida não reside em revogar toda a legislação em vigor pertinente a ajustes de colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor, mas apenas derogá-la naquilo que for contrária ao novo regime do *contrato público de colaboração* e mantê-la, todavia, como subsidiariamente aplicável, em tudo que dela remanescer. Destarte, pretende-se que o novo regime do *contrato público de colaboração* opere realmente como um regime mínimo, mas de observância obrigatória em qualquer hipótese de constituição de vínculo de colaboração.<sup>21</sup> As normas pertinentes às diversas modalidades contratuais encontráveis na legislação específica – contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou quaisquer outras –,

---

<sup>21</sup> Cf. art. 73, § 3º., do anteprojeto de lei.

de acordo com o anteprojeto de lei, hão de permanecer em vigor naquilo que não contrariarem o regime mínimo introduzido, aplicando-se, pois, subsidiariamente a esse novo regime.<sup>22</sup> Como resultado, em suma, eis como ficaria o ordenamento brasileiro: a constituição de vínculos de colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor estaria necessariamente sujeita ao regime do *contrato público de colaboração*, sendo-lhe de aplicação subsidiária, conforme o caso, as normas pertinentes às diversas modalidades de parceria previstas em leis específicas.<sup>23</sup>

Trata-se uma solução aparentemente mais factível do que a alternativa da revogação completa das regras de contratação existentes devido às resistências que possivelmente seriam oferecidas, de todos os lados, a esta última. Também aparenta ser solução mais factível devido às dificuldades de uma revogação total, que teria, efetivamente, que fazer “cair por terra” todo um vasto conjunto de normas constantes de leis específicas atinentes a ajustes de cooperação do Estado com o terceiro setor, com o risco de que a ampla “derrubada” extinguisse, junto, normas relevantes sem a devida reposição. O citado anteprojeto de lei evita essas dificuldades, assim como ameniza as possíveis resistências à sua introdução.

Talvez se pudesse supor, ainda, que a alternativa da instituição de um regime mínimo, sem completa revogação da legislação específica sobre instrumentos instituidores de vínculos de colaboração, tivesse uma grande desvantagem: a de gerar mais complexidade normativa e insegurança jurídica, devido às novas dificuldades oriundas da necessidade de articulação do novo regime contratual mínimo com as regras sobre cada modalidade de contrato, de aplicação subsidiária, previstas na legislação específica. Mas não é isto que sugere o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública. Este, como visto, é bastante sintético ao tratar da forma e conteúdo do contrato de público de colaboração. Prevê, fundamentalmente, que o contrato deve ser formalizado por escrito e, como condição de sua eficácia, publicado, tudo de tal maneira que o seu conteúdo envolva “a estipulação adequada dos direitos e obrigações dos

---

<sup>22</sup> Cf. art. 73, § 4º., do anteprojeto de lei.

<sup>23</sup> Tal solução, consistente na previsão de um regime contratual básico e diversas modalidades a seu respeito, que lhe agregam regras específicas, não seria estranha ao direito brasileiro. É o que ocorre hoje, por exemplo, com o regime da concessão de serviço público, em que o regime básico previsto na legislação é o da “concessão comum”, podendo aplicar-se ainda, conforme o caso, as modalidades da “concessão patrocinada” ou da “concessão administrativa”.

contratantes, incluindo os procedimentos de controle, fiscalização e prestação de contas a serem adotados.”<sup>24</sup> Nada disso conflita com aquilo que a legislação específica exige como conteúdo para o contrato de gestão com OS, ou, então, para o termo de parceria com OSCIP; como visto no **capítulo 3**, nesses dois últimos casos a lei prevê que o contrato deve fixar um plano de trabalho, um conjunto de metas, um cronograma de execução, critérios de avaliação de desempenho, uma previsão de receitas e despesas e um dever de apresentação de relatórios periódicos sobre a execução do objeto pactuado. Resta clara a possibilidade de articulação, sem grandes dificuldades interpretativas, entre o novo regime do *contrato público de colaboração*, que se venha a estabelecer, e eventuais pormenores da legislação específica a respeito da mesma matéria.

Em síntese, um regime contratual mínimo e universalmente exigido, tal qual previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública como “regime do contrato público de colaboração”, seria bastante útil para uniformizar, minimamente, o tratamento dado pelas diversas leis específicas a esta matéria – tratamento igualmente situações iguais e promovendo segurança jurídica nas contratações do Estado voltadas à constituição de vínculos de fomento e colaboração com entidades do terceiro setor.

## **2.5. Ênfase no controle estatal de resultados**

O foco do controle estatal sobre as transferências de recursos ao terceiro setor, ou, de forma mais ampla, sobre os vínculos de parceria entre o Estado e o terceiro setor que envolvam transferências do gênero, há de ser nos resultados alcançados com a aplicação dos recursos transferidos – não, exclusivamente, nos procedimentos adotados para tal aplicação.

O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, ao instituir o regime do *contrato público de colaboração*, põe ênfase, em certa medida, no controle de resultados. Prevê que “a atuação dos órgãos de controle limita-se à verificação da regularidade do contrato e de seus resultados, não sendo admitido controle ou interferência na gestão da

---

<sup>24</sup> Cf. art. 80 do anteprojeto de lei.

entidade não estatal.”<sup>25</sup> Note-se que a regra faz menção explícita ao controle de resultados, ao lado da menção ao controle da regularidade do contrato. E também põe em relevo, de forma explícita, algo que geralmente decorre apenas implicitamente da idéia de controle de resultados, que é a vedação a ingerências que, muito além do controle, interfiram na atividade de incumbência exclusiva do controlado.

Em complemento a essa regra, o citado anteprojeto prevê em seguida, de forma genérica, que “a entidade não estatal deve observar procedimentos próprios que assegurem eficiência e probidade na seleção de pessoal e no dispêndio de recursos recebidos em virtude do contrato.”<sup>26</sup> Quais procedimentos seriam estes é algo que a proposição legislativa não esclarece; ela limita-se, deliberadamente, a fixar uma diretriz geral centrada em resultados: a eficiência e a probidade.<sup>27</sup>

Estas são apenas duas das tantas regras, constantes do anteprojeto de lei, que buscam enfaticamente promover o controle de resultados no âmbito da gestão pública e, assim, evitar a um só tempo: que os órgãos de controle do Estado se engajem num controle meramente burocrático, focado antes em procedimentos do que em resultados alcançados;<sup>28</sup> e que, a

---

<sup>25</sup> Cf. art. 80, § 2º., do anteprojeto de lei.

<sup>26</sup> Cf. art. 80, § 3º., do anteprojeto de lei.

<sup>27</sup> Nisto contrasta com as iniciativas mal sucedidas, apontadas no **capítulo 9** desta tese (sobre problemas relativos ao controle concomitante), pelas quais se buscou impor, a entidades do terceiro setor, a adoção de procedimentos de contratação de bens e serviços comuns, com uso de verbas públicas, mediante licitação na modalidade de pregão, como se fossem repartições integrantes do aparelho do Estado. Naquela malfadada iniciativa dava-se ensejo a um controle estatal que recairia sobre a adoção ou não de um procedimento especificamente talhado por lei para a aplicação de recursos recebidos em transferência (um controle burocrático de procedimentos, portanto); no anteprojeto de lei em questão, diversamente, abandona-se aquela lógica, exigindo-se, tão somente, que, sejam quais forem os procedimentos de gestão eleitos pela própria entidade no exercício de sua (relevante) autonomia, tal gestão demonstre eficiência e probidade na aplicação dos recursos públicos recebidos.

<sup>28</sup> Deveras, para além dessas duas disposições que enfatizam o controle de resultados sobre os vínculos de colaboração estabelecidos pelo Estado com entidades do terceiro setor (§§ 2º. e 3º. do art. 80), há diversas outras disposições no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública que têm, justamente, esse mesmo sentido de desburocratização do controle estatal. Um conjunto delas trata do “contrato de autonomia”, previsto como um instrumento para a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, com base no disposto no § 8º. do art. 37 da Constituição Federal (cf. arts. 27 a 33 do anteprojeto de lei). Esse contrato de autonomia visa, genericamente, à “promoção da melhoria do desempenho do supervisionado”, mas tem ainda objetivos específicos, que são, dentre outros discriminados no anteprojeto, os de “aperfeiçoar o acompanhamento e o controle de resultados da gestão pública...”, “estabelecer indicadores objetivos para o controle de resultados...”, “fixar a responsabilidade dos dirigentes quanto aos resultados...” e “promover o desenvolvimento e a implantação de modelos de gestão flexíveis, vinculados ao desempenho...” (cf. art. 28, *caput* e incisos I, IV, V e VI). Dentre as suas cláusulas necessárias figuram as que estabeleçam “metas de desempenho, prazos de consecução e respectivos indicadores de avaliação”, “obrigações e responsabilidades das

pretexto de controlar, exorbitem de suas competências e se substituam aos controlados na tomada de decisões que competem apenas a estes últimos.<sup>29</sup>

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

A primeira razão parece óbvia. Ainda que a legislação se esmere na fixação de procedimentos a serem seguidos pelas entidades subvencionadas pelo Estado e ainda que estas

---

partes em relação às metas definidas” e “sistemática de acompanhamento e controle, contendo critérios, parâmetros e indicadores, a serem considerados na avaliação de desempenho” (*cf.* art. 30, *caput* e incisos I, III e V). O anteprojeto de lei também distingue claramente a “meta de desempenho” do “indicador de desempenho”; dita meta é “o nível desejado de atividade ou resultado, estipulado de forma mensurável e objetiva para determinado período”, enquanto o indicador de desempenho é “o referencial utilizado para avaliar o desempenho do supervisionado” (*cf.* art. 30, §§ 2º e 3º). O anteprojeto ainda prevê, explicitamente, dentre as obrigações dos administradores do supervisionado, a de “alcançar as metas e cumprir as obrigações estabelecidas, nos respectivos prazos” (*cf.* art. 32, II) e, dentre as obrigações dos administradores do supervisor, a de gerenciar o contrato de autonomia, “...acompanhando e avaliando os resultados, segundo os prazos, indicadores e metas de desempenho pactuados” (*cf.* art. 33, I). Não bastasse a ênfase ao controle de resultados dada por meio da criação e disciplina do instituto do contrato de autonomia, a mesma ênfase resta inequívoca em outras disposições do anteprojeto de lei, como as que tratam das regras gerais sobre o controle das atividades dos órgãos e entidades estatais; dentre essas, fixam-se como “diretrizes” do controle, entre outras, a do “predomínio da verificação de resultados” (*cf.* art. 50, III), bem assim a da “simplificação de procedimentos” (*cf.* art. 50, IV) e da “supressão de controles meramente formais...” (*cf.* art. 50, I). E o anteprojeto de lei ainda prevê, mais uma vez no sentido de promover o controle de resultados, promissora regra segundo a qual órgãos e entidades estatais devem, anualmente, fazer publicar, em meio eletrônico, em linguagem acessível ao cidadão, “...relatório de atividades, indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados” (*cf.* art. 53, *caput*). Por fim, ainda na linha da promoção do controle de resultados, o anteprojeto dispõe que o controle sobre os órgãos e entidades estatais compreende o “controle público” e o “controle social” (*cf.* art. 55), devendo aquele ter por objeto, entre outros, “a aplicação de recursos ou bens públicos, os resultados e a legalidade” (*cf.* art. 56).

<sup>29</sup> Na linha de impedir que órgãos de controle exorbitem de suas atribuições e se substituam ao controlado no exercício de suas atividades, o anteprojeto de lei prevê, expressamente, que “o controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas” (*cf.* art. 63, parágrafo único); similarmente, prevê que “o controle relativo aos contratos celebrados com entidades não estatais deve limitar-se à verificação do cumprimento do contrato, sendo vedada a exigência de observância de normas e procedimentos relativos a regime jurídico incompatível com sua natureza.” (*cf.* art. 65); e dispõe, também, que a apreciação, pelos Tribunais de Contas, das contas prestadas pelas entidades paraestatais, deve ser feita “...dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que lhes foi conferida por lei” (*cf.* art. 72, § 1º). Segue na mesma linha a diretriz, aplicável ao controle das atividades de quaisquer órgãos ou entidades estatais, do “controle *a posteriori*, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante” (*cf.* art. 50, II), que tende a evitar que os controles prévio e concomitante sirvam de pretexto para a substituição do controlado na tomada de decisões.

entidades sigam todos os procedimentos fixados, não se poderá perder de vista os fins almejados. Os procedimentos fixados para a aplicação de subvenções não podem ser fins em si mesmos; observá-los rigorosamente não fará nenhum sentido se os resultados almejados com a avença forem negligenciados ou sequer estipulados objetivamente.

A outra razão é a de que não se deu, ainda, à idéia do controle de resultados uma justa tentativa. Por mais que tenha sido apegada no contexto da Reforma Administrativa dos anos 90 e introduzida, efetivamente, na legislação editada àquela época – especificamente nas Leis das OS e das OSCIP –, a idéia do controle de resultados juridicamente prevista ainda teve baixo grau de eficácia (especialmente, considerando-se o caso das OSCIP, devido ao pequeno número de termos de parceria celebrados por órgãos e entidades federais). A ênfase no controle de resultados também não é encontrada em todos os **Regimes Especiais** de controle do fomento estatal. Continua a prevalecer, como principal regime de parceria entre o Estado e o terceiro setor, o **das Entidades Conveniadas**, no âmbito do qual, se o controle de resultados está de alguma forma presente, parece não estar normativamente previsto com a ênfase necessária.<sup>30</sup> Será bem-vinda, enfim, uma nova legislação que enfatize a necessidade do controle de resultados não apenas para as entidades sujeitas a esta ou àquela legislação específica – como a das OS ou das OSCIP –, mas, sim, para todas as entidades do terceiro

---

<sup>30</sup> Como visto no **capítulo 3**, os **Regimes das OS, das OSCIP e das Entidades Conveniadas** prevêem, todos, que os instrumentos de parceria entre o Estado e a entidade do terceiro setor contemplem metas ou resultados a serem atingidos com a execução do objeto (*cf.* Lei 8.666/93, art. 116, § 1º, II, referente às Entidades Conveniadas; Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, II, referente às OSCIP; Lei 9.637/98, art. 7º, I, referente às OS). Porém, é apenas nos **Regimes das OS e das OSCIP** que as normas põem grande ênfase no controle dos resultados atingidos com a execução do instrumento de parceria. A Lei das OS, ao tratar da fiscalização da execução do instrumento de parceria, prevê que a entidade qualificada como OS deverá apresentar ao Poder Público um “relatório pertinente à execução do contrato de gestão” que contenha “comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados” (*cf.* Lei 9.637/98, art. 8º, § 1º); e prevê, ademais, que esses resultados deverão ser periodicamente analisados por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (*cf.* art. 8º, § 2º), devendo esta comissão encaminhar o seu relatório conclusivo sobre a avaliação procedida à autoridade supervisora (*cf.* art. 8º, § 3º). Similarmente, a Lei das OSCIP, ao tratar do mesmo tema do controle da execução do instrumento de parceria, também prevê que a entidade qualificada como OSCIP deverá apresentar ao Poder Público “relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria” que contenha “comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados” (*cf.* Lei 9.790/99, art. 10, § 2º, V); e dispõe, ainda, de forma bastante semelhante ao caso das OS, que esses resultados deverão ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP (*cf.* art. 11, § 1º), devendo a comissão encaminhar relatório conclusivo sobre a avaliação procedida à autoridade competente (*cf.* art. 11, § 2º). Nota-se, portanto, que tanto a Lei das OS como a das OSCIP contemplam mecanismos específicos para que o que chamam expressamente “controle de resultados” efetivamente ocorra. Algo semelhante não se encontra na Lei 8.666/93, relativamente aos instrumentos de parceria que prevê, isto é, os convênios.

setor que tenham constituído vínculo de colaboração com o Poder Público, possibilitando, assim, que seja vulgarizada a sua adoção. É o que procura fazer o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

Não é demais lembrar que o controle de resultados está amparado em norma de alcance geral que tem sido reiteradamente prevista no **Regime Orçamentário-Financeiro**, pela via das LDO, como uma diretriz geral para a elaboração e execução do orçamento da União, mas para a qual os **Regimes Especiais** de controle das transferências da União – à exceção dos respeitantes às OS e às OSCIP – não têm dado suficiente cumprimento; trata-se da diretriz segundo a qual a execução da LOA será feita *de forma a propiciar o controle dos custos das ações e avaliação dos resultados dos programas de governo*.<sup>31</sup> Indubitavelmente, a diretriz estabelece que a execução de programas de governo feita por intermédio de parcerias com o terceiro setor têm que ter os seus resultados avaliados. Resta saber se estas parcerias hão de ser, efetivamente, controladas em termos de resultados produzidos, como querem as Leis das OSCIP e das OS, ou em termos de procedimentos de execução de despesa adotados pelas entidades, como enfatizaram a IN/STN 03/2003 e o Decreto 5.504/2005 até serem tacitamente suplantados pela nova regulamentação federal neste ponto. De resto, na doutrina jurídica<sup>32</sup> e mesmo no âmbito das ciências políticas e sociais,<sup>33</sup> há manifestações enfatizando a importância desse controle de resultados.

---

<sup>31</sup> Refira-se, como exemplo, o artigo 20 da LDO para o exercício de 2010 (Lei 12.017, de 12.8.2009), segundo o qual: “Art. 20. Além de observar as demais diretrizes estabelecidas nesta Lei, a alocação dos recursos na Lei Orçamentária de 2010 e em créditos adicionais, bem a respectiva execução, serão feitas de forma a propiciar o controle dos custos das ações e a avaliação dos resultados dos programas de governo.”

<sup>32</sup> Régis Fernandes de OLIVEIRA, salientando a importância do controle de resultados na gestão pública para evitar-se o mau uso de receitas públicas, afirma: “O controle de eficiência, agora inserido como um dos princípios administrativos, sujeita a Administração Pública a um controle de qualidade. A saber, não é só gastar os recursos; deve gastá-los bem e de forma apropriada, tendo em vista sempre os interesses públicos inseridos na Constituição. Demais disso, a comprovação não pode ser apenas vista sob o aspecto formal, mas exibir-se em termos de resultados. O princípio da eficiência deve resultar na exata aplicação dos recursos naquilo que é essencial e importante para a população, não apenas em termos de despesa, mas pelo rendimento, pelo atendimento às necessidades sociais.” *Curso de direito financeiro*, p. 273.

<sup>33</sup> Simon SCHWARTZMAN faz um diagnóstico crítico da não realização de controle de resultados, ou da falta de legitimidade ou competência profissional e técnica para tanto, dos órgãos de controle do país: “No Brasil, os órgãos de controle existentes, do Tribunal de Contas às Secretarias de Controle Interno dos Ministérios, se dedicam quase que exclusivamente aos aspectos formais e legais dos atos administrativos; e quando tratam de ir mais além, examinando os resultados destes atos, se deparam com a falta de legitimidade e competência profissional e técnica de seus quadros para esse tipo de trabalho.” *Desempenho e controle na reforma administrativa*, p. 6.

Entretanto, para que qualquer adoção de controle de resultados seja eficaz, é preciso que estejam claros os objetivos do controle, isto é, as metas e os indicadores de desempenho a serem atingidos e controlados. Ademais, é preciso que essas metas e indicadores de desempenho sejam objetivamente descritas e mensuráveis. Se os resultados que se pretende atingir com a execução do instrumento de parceria entre o Estado e a entidade do terceiro não estiverem claros, o controle de resultados restará, simplesmente, inviabilizado. A má confecção de instrumentos de parceria, bem como de instrumentos de planejamento da celebração de parcerias pelo Estado, favorecerá uma tendência de reforço do controle de processos.<sup>34</sup> Porém, esta tendência será desastrosa se continuar preterindo um controle de resultados, como já evidenciou a imposição, a muito custo abandonada, de um processo típico de Estado – a licitação pública – para que entidades do terceiro setor realizem suas contratações de bens e serviços comuns com recursos recebidos em transferência.

Finalmente, a previsão de maior ênfase no controle dos resultados da aplicação de recursos públicos por entidades do terceiro setor é útil para estabelecer-se um foco para o controle estatal. Na ausência de foco, este controle pode perder-se em exigências burocráticas. Pouca valia terão as discussões sobre técnicas de controle se, no entanto, não estiverem claros os focos do controle. O foco na verificação de resultados, sem qualquer menoscabo à legalidade, tem nítido amparo na Constituição, quando esta prevê que se deve “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficiência e eficácia (...), da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (*cf.* art. 74, II).

## **2.6. Ampliação da transparência e do controle social**

Um importante movimento no sentido da atribuição de ampla transparência à política estatal de transferência de recursos públicos a entidades do terceiro setor já se iniciou no Brasil. No âmbito normativo, tal movimento se nota, sobretudo, em normas recém-editadas

---

<sup>34</sup> Lembre-se do diagnóstico do TCU em auditorias focalizadas em transferências de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos, no sentido de que tem havido, justamente, má confecção dos instrumentos de parceria e, por consequência, prejuízo aos controles concomitante e posterior à execução da avença. A respeito da jurisprudência do TCU em matéria de transferências, *cf.* **capítulo 6** desta tese.

sob o **Regime das Entidades Conveniadas**. Convém, todavia, que este movimento seja ampliado e estendido para todas as hipóteses de vínculos de parceria entre o Estado e entidades do terceiro setor e não, apenas, àqueles constituídos sob o citado regime jurídico. O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública caminha nesse sentido de universalização do movimento de ampla transparência já deflagrado.

Deveras, é no âmbito do **Regime das Entidades Conveniadas** que, como se viu no **capítulo 3**, tem se mostrado mais presente a tendência de ampla transparência de informações sobre ajustes de parceria firmados entre Estado e terceiro setor. A criação do Portal dos Convênios, como endereço eletrônico de divulgação dessas informações na Internet, evidencia esta grande tendência. Mas qual tipo de informação, exatamente, há de ser ali divulgado, segundo as normas vigentes?

Por um lado, a própria exigência de “credenciamento” e “cadastramento” prévio de entidades no SICONV, como requisito para que possam celebrar convênios ou contratos de repasse com a União,<sup>35</sup> ajuda a promover transparência na atividade administrativa de fomento; afinal, a regulamentação aplicável prevê que tal sistema será aberto ao público, via Internet, por meio de página específica denominada Portal dos Convênios.<sup>36</sup> A disponibilidade dessas informações sobre as entidades para consulta pelo público ilumina, portanto, o aspecto de *quais são exatamente os destinatários* das transferências de recursos financeiros federais.

Por outro lado, a regulamentação pertinente ao SICONV também prevê que nele serão registradas e, portanto, ficarão disponíveis para consulta pelo público no Portal dos Convênios, informações sobre “a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria”.<sup>37</sup> Destarte, mais do que informações sobre *quais são os destinatários* das transferências de

---

<sup>35</sup> Sobre as distinções entre “credenciamento” e “cadastramento” de entidades privadas sem fins lucrativos no **Regime das Entidades Conveniadas**, cf. **capítulo 3** desta tese. A exigência de “credenciamento” prévio consta do art. 12 da Portaria Interministerial 127/2008; já a exigência de “cadastramento” prévio consta do art. 3º., *caput*, do Decreto 6.170/2007, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto 6.428/2008, e, ainda, dos artigos 3º., § 2º. e 25, I, da Portaria Interministerial 127/2008.

<sup>36</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 13, *caput*. Cite-se, ainda uma vez, o endereço eletrônico do Portal dos Convênios: <https://www.convenios.gov.br>.

<sup>37</sup> Cf. Decreto 6.170/2007, art. 13, *caput*.

recursos federais, haverá que se ampliar a transparência a respeito da *prestação de contas* feita por esses destinatários e, ainda, do *controle estatal* incidente sobre ela. Todos esses aspectos não de estar disponíveis para consulta, por qualquer pessoa, na Internet.

É de se notar, curiosamente, que, embora o sistema criado diga respeito, segundo o seu próprio nome, à gestão dos convênios e contratos de repasse, a sua regulamentação incluiu também esta referência aos *termos de parceria*, sugerindo assim que também deverão ficar disponíveis, para consulta pelo público, informações sobre as prestações de contas e o controle dos termos de parceria celebrados por órgãos e entidades federais com OSCIPs. Há dúvidas, porém, a esse respeito. O Decreto 6.170/2007 anuncia, de plano, que regulamentará os *convênios, contratos de repasse e termos de cooperação* celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos (*cf.* art. 1º., *caput*). E define, ainda, o que sejam *convênios, contratos de repasse e termos de cooperação* para os seus fins (*cf.* art. 1º., § 1º., incisos I, II e III, respectivamente). Nada diz, porém, sobre *termos de parceria*, vindo apenas a, surpreendentemente, referi-los num único dispositivo – o seu art. 13, *caput* – para estabelecer que informações a seu respeito são objeto de registro no SICONV e, portanto, disponibilização para consulta ao público por intermédio do Portal dos Convênios. Substancialmente, faz sentido que informações sobre os *termos de parceria* firmados por órgãos e entidades federais com entidades qualificadas como OSCIP também sejam registradas no SICONV e disponibilizadas no Portal, já que também são instrumentos de parceria do Poder Público com entidades privadas. Faria sentido, pela mesma razão, que as informações sobre os contratos de gestão firmados com as entidades qualificadas como OS também fossem registradas no SICONV e igualmente disponibilizadas no Portal dos Convênios. Todavia, parece que houve má técnica legislativa na confecção do decreto, que fez súbita referência aos *termos de parceria*.

Deixadas de lado essas dificuldades de interpretação da regulamentação existente, o mais importante é perceber que, com o Portal dos Convênios lançado em 2008, busca-se um grau de transparência na atividade administrativa de fomento, realizada por intermédio de transferências da União, sem precedentes. A única iniciativa pretérita semelhante é a do Portal da Transparência, lançado em 2004 e aprimorado pela CGU em 2008, que, consoante

apontado no **capítulo 5** desta tese, permite a consulta às transferências de recursos feitas pela União em favor de entidades sem fins lucrativos desde o ano de 2004.<sup>38</sup> Todavia, nele são disponibilizadas informações sobre os volumes transferidos e as entidades destinatárias sem que se possa ter segurança de que ali estejam cobertas todas as transferências feitas. Por outro lado, de acordo com a regulamentação do Portal dos Convênios, nenhuma transferência poderá dele escapar, devendo todas ter os seus dados disponibilizados para consulta pelo público neste novo Portal. De resto, como já dito, mais do que informações sobre o volume de recursos transferidos e os respectivos destinatários, o novo sítio eletrônico deverá disponibilizar dados referentes às prestações de contas efetuadas pelos destinatários e ao controle estatal sobre elas incidente. Conclui-se, portanto, que a exigência do Portal dos Convênios foi uma excelente inovação no ordenamento jurídico brasileiro, na linha de conferir-se ampla transparência não apenas à política federal de fomento ao terceiro setor por meio de transferências via convênios e contratos de repasse, mas também à atividade estatal de controle sobre tais transferências e ajustes de parceria.

A iniciativa, no entanto, merece ser ampliada. Como já apontado, não faz sentido que as transferências realizadas por meio de termos de parceria a entidades qualificadas como OSCIP e, ainda, as efetuadas por meio de contratos de gestão com entidades qualificadas como OS, fiquem de fora da nova ferramenta de transparência. Com a transparência prevista para as transferências via convênio são alcançados, naturalmente, além do **Regime das Entidades Conveniadas**, também os **das Entidades de Utilidade Pública, das Fundações de Apoio e das Entidades Benéficas de Assistência Social**, que têm nos convênios e contratos de repasse os instrumentos pelos quais transferências de recursos federais são realizadas às entidades credenciadas. Resta, no entanto, prever-se maior transparência para as transferências por meio de termos de parceria e contratos de gestão, no âmbito dos **Regimes das OSCIP e das OS**, respectivamente.

Mais do que isso, à medida que seja incorporada à legislação, consoante apregoadado acima, a exigência de um de processo administrativo para a seleção de projetos ou entidades

---

<sup>38</sup> Cite-se, ainda uma vez, o endereço eletrônico do Portal da Transparência: <https://www.portaltransparencia.gov.br>.

que receberão recursos de origem pública em transferência, em caráter obrigatório e baseado nos princípios da publicidade, igualdade e motivação, também este processo administrativo merecerá divulgação pela mesma ferramenta de transparência – o Portal dos Convênios. O Portal será uma importante ferramenta para se conferir eficácia ao princípio da publicidade que deverá informar tais processos administrativos. Veja-se, inclusive, que o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública já prevê, por exemplo, que o edital contendo especificações relativas ao processo de chamamento público para a contratação de entidades do terceiro setor, assim como as relativas ao contrato ou contratos a serem celebrados, deve ser publicado na imprensa oficial e também *em página eletrônica*.<sup>39</sup> O Portal dos Convênios pode servir para concentrar as publicações desses editais de chamamento público, além das publicações dos regulamentos que lhes tenham dado embasamento, sem prejuízo, é claro, de divulgar todos os principais atos relevantes do processo administrativo de chamamento público como um todo, do seu início à sua conclusão.<sup>40</sup>

Com isto, a democracia administrativa no Brasil avançará muito. Mais do que o conhecimento sobre o universo do terceiro setor no país, que passa a ser possibilitado pelas recentes pesquisas *FASFIL* do IBGE, feitas em parceria com entidades públicas e privadas (consoante apontado no **capítulo 1**), produzir-se-á conhecimento sobre a *política estatal de fomento*, ao menos na parte em que realizada pela via das transferências ou subvenções públicas (ficando ainda por ser iluminada aquela relevante parte efetuada por meio de exonerações tributárias) e, ainda, sobre a *atividade estatal de controle* das transferências e ajustes de colaboração que as envolvem. Como resultado da disponibilização desse

---

<sup>39</sup> Cf. art. 78, § 1º, do anteprojeto de lei.

<sup>40</sup> Outras disposições do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública prestigiam a ampla transparência da atividade administrativa, para além dessa regra de exigência de divulgação em sítio eletrônico dos editais de chamamento público (cf. art. 78, § 1º). Uma delas a exigência de que minuta de regulamento de procedimento próprio de contratação de entidade estatal de direito privado não dependente, a ser aprovada por decreto da pessoa político-administrativa a que se vincula, seja, antes, submetida a consulta pública, pelo prazo mínimo de trinta dias a contar de sua publicação (cf. art. 24, § 2º). Outra é a já mencionada exigência de que minuta de regulamento do plano de constituição de vínculos de colaboração com entidades do terceiro setor, por entidade estatal, seja também submetida a consulta pública, igualmente pelo prazo mínimo de trinta dias a contar de sua publicação (cf. art. 76, parágrafo único). Na mesma linha de ampla transparência segue a já citada exigência de publicação, pelos órgãos e entidades estatais em geral, até 31 de março, em linguagem acessível ao cidadão, de seu relatório de atividades, indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados (cf. art. 53, *caput*). E também vai no mesmo sentido a imposição do dever de publicação, desta feita às entidades paraestatais, de suas demonstrações financeiras (cf. art. 73, § 1º).

conhecimento a todo o público interessado, na Internet, o *controle social* da administração pública restará significativamente fortalecido e, com ele, a democracia administrativa.

## **Conclusão**

As propostas de aprimoramento do direito vigente acima arroladas endereçam, nalguma medida, vários dos problemas nele diagnosticados e expostos nos capítulos **7, 8, 9 e 10**.

### **a) Endereçando problemas fundamentais**

Dentre os problemas fundamentais do direito vigente, destacados no **capítulo 7**, um era o da lacônica disciplina *legal* da matéria e a instabilidade jurídica ocasionada pelo tratamento precipuamente infralegal dedicado ao assunto.<sup>41</sup> Tal problema é endereçado pela reforma aqui defendida – um reforma de leis –, especialmente naquilo em que propõe sejam fixadas, por lei, as bases de um regime universal, aplicável a toda e qualquer constituição de vínculo de colaboração ou fomento entre o Estado e entidades do terceiro setor. A fixação por lei das bases desse regime jurídico, consistentes num planejamento mediante consulta pública, em sistemas objetivos de credenciamento de entidades, num processo de seleção de entidades beneficiárias lastreado nos princípios da publicidade, igualdade e motivação, num sistema de contratatação de parcerias e num sistema de controle estatal focado em resultados e dotado de ampla transparência, ensejando assim maior controle social, reverte o quadro atual de fragmentação e insuficiência do direito aplicável. Não se trata de sugerir que a fragmentação do direito, em si, seja uma anomalia ou algo ruim; é que, nesse caso específico do direito do fomento estatal, e bem assim do direito do controle estatal do fomento, ao terceiro setor, a fragmentação foi tal que regimes especiais bem talhados, como o **das OSCIP**, sempre tiveram uma válvula de escape, não tão bem construída, noutros regimes, como o **das Entidades**

---

<sup>41</sup> A respeito desse problema fundamental, cf. **capítulo 7**.

**Conveniadas.** Com a criação de um regime bem talhado e universal em lei, entretanto, o problema da fragmentação do direito e da insuficiência de suas “peças” ficará superado.

O problema fundamental da redundância perniciosa de regimes jurídicos também é endereçado, ao menos no que tange às redundâncias entre os **Regimes das Entidades Conveniadas, das OSCIP e das OS**, que servem ao mesmo propósito de fomento estatal pela via da constituição de vínculos de colaboração e, assim, da transferência de recursos públicos a entidades do terceiro setor. As propostas aqui defendidas pretendem eliminar as redundâncias, racionalizando a gestão pública. Em lugar de distintos processos de seleção de entidades destinatárias de recursos, propõe-se um único, o do *chamamento público* tal qual previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública; ademais, em lugar de regimes de contratação diversos para o mesmo fim, propõe-se um regime mínimo de contratação, consubstanciado no regime do *contrato público de colaboração* tal qual previsto no mesmo anteprojeto de lei.

Ademais, o problema fundamental do restrito alcance das inovações importantes do final dos anos 90, consubstanciadas nas Leis das OSCIP e das OS, é também endereçado, para favorecer a sua eficácia. Deveras, com as reformas propostas, aquilo que essas leis timidamente sugeriram como alternativa passa a ser, em larga medida, o regime básico, aplicável a toda e qualquer situação. São exemplos da generalização daquelas inovações, nas reformas aqui propostas, o controle focado em resultados, o processo de credenciamento claramente disciplinado e com outorga vinculada ao cumprimento de condições objetivas e transparentes, ou, ainda, o planejamento da execução do ajuste de colaboração com algum grau de participação democrática.

E, finalmente, o problema fundamental da indefinição de paradigmas, entre o do controle de meios ou o do controle de resultados, é enfrentado com a clara e inequívoca opção por este último no regime universal proposto.

## **b) Endereçando problemas de controle prévio**

Em matéria de credenciamento de entidades, os problemas apontados no **capítulo 8** foram os da existência redundâncias nos regimes de credenciamento, da discricionariedade na outorga de algumas credenciais e o da lacônica disciplina legal de aspectos fundamentais de algumas credenciais. São problemas que a proposta aqui apresentada, de reformas legislativas visando ao estabelecimento de processos de credenciamento objetivamente disciplinados em seus aspectos fundamentais, bem como ao estabelecimento da diretriz da subvenção a entidades credenciadas, procuram endereçar.

Em matéria de seleção de entidades parceiras, destinatárias das transferências de recursos do Estado, um dos problemas do direito vigente apontados foi o do menoscabo ao princípio da igualdade, aliado à ausência de previsão legal de um processo administrativo talhado para esse tipo de seleção. A reforma proposta, de previsão legal da obrigatoriedade de processo de seleção de entidades na modalidade de chamamento público, tal qual prevista no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, o endereça. Trata-se de processo administrativo a ser obrigatoriamente seguido, com poucas exceções expressamente previstas na lei.

Em matéria de contratualização dos vínculos de parceria entre Estado e terceiro setor, o problema da excessiva fragmentação dos regimes existentes é endereçado, propondo-se, com o regime jurídico mínimo do *contrato público de colaboração* (nos termos do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública), uma forma de conferi-se um grau mínimo de uniformização entre as diversas leis específicas sobre essa matéria e, bem assim, de tratar com maior isonomia situações iguais. Com a fixação por lei de um regime mínimo e obrigatório de contratualização elimina-se, ainda, a insegurança jurídica hoje causada pela frágil disciplina legal, por exemplo, dos convênios. Também resta endereçado, nalguma medida, o problema do tratamento normativo único para parcerias público-públicas e público-privadas, à medida que, com o novo regime mínimo e obrigatório do *contrato público de colaboração*, atenta-se para as peculiaridades das parcerias do Estado com o setor privado sem fins lucrativos.

### c) Endereçando problemas de controle concomitante e posterior

Em matéria de controle concomitante, a ênfase aqui defendida – do controle de resultados em vez do controle formal de procedimentos – serve para enfrentar percalços semelhantes aos já vividos na disciplina da matéria, como o da impropriedade da exigência de que entidades do terceiro setor realizem licitação para contratar bens, serviços e obras de terceiros, com uso de recursos recebidos do Estado. Rejeita-se, com a ênfase no controle de resultados, a eficiência dessa exigência de licitação.

De resto, ainda que outros problemas existentes em matéria de controle concomitante não sejam diretamente enfrentados pelas medidas aqui propostas, recomenda-se, ao menos, a ampliação do alcance das exigências de transparência, introduzidas no **Regime das Entidades Conveniadas**, para todas as hipóteses de parceria do Estado com o terceiro setor. Propõe-se, ainda, que esta exigência de transparência seja feita por lei e não apenas pela via regulamentar, como ocorre hoje no citado regime especial.

Já em matéria de controle posterior, o problema da ausência de uma regra geral que enfatize o predomínio da verificação de resultados no controle da prestação de contas da aplicação de subvenções ao terceiro setor, é endereçado. Afinal, propõe-se um regime geral no qual a ênfase no controle de resultados – uma das principais inovações previstas nas Leis das OS e das OSCIP – seja estendido ao controle de todos os ajustes de colaboração entre Estado e terceiro setor.

## CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto podem ser aqui enumeradas, sinteticamente, as principais constatações e proposições feitas ao longo desta tese. É o que se passa a fazer.

### **O terceiro setor no discurso jurídico brasileiro**

**1.** Conquanto não exista, no direito brasileiro, um conceito legislativo de terceiro setor, este é comumente compreendido, em âmbito extra-jurídico, como o conjunto de entidades privadas sem fins lucrativos, voltadas à persecução de finalidades de interesse público.

**1.1.** Nesse sentido, apartam-se do terceiro setor as ditas entidades de benefício mútuo, que, embora sejam também privadas e sem fins lucrativos, voltam-se à persecução de benefícios aos seus associados.

**1.2.** Por outro lado, costumam ser incluídas no terceiro setor tanto as chamadas organizações não-governamentais (ONGs), criadas mais recentemente e voltadas à defesa e promoção de direitos de cidadania, quanto as entidades privadas sem fins lucrativos de caráter mais assistencialista, que têm tradição mais antiga no Brasil.

**2.** A despeito de não incorporada à legislação brasileira, a expressão terceiro setor já ganha espaço na doutrina jurídica e nos debates parlamentares.

**3.** O conceito de terceiro setor, contudo, pode mostrar-se de difícil operacionalização prática nalguns casos, pois nem sempre é fácil distinguir-se uma entidade dita do terceiro setor, voltada, como tal, à persecução de finalidades de interesse público, de uma entidade de benefício mútuo, dedicada aos interesses de seus associados.

**3.1.** A despeito das eventuais dificuldades na sua operacionalização prática, o conceito pode vir a ser adotado com proveito pela legislação caso se pretenda cunhar regramento

específico para o universo de entidades nele compreendido – desde que, evidentemente, fique legalmente esclarecido o seu significado.

Em matéria de fomento estatal, por exemplo, o uso do conceito de terceiro setor poderia servir para delimitar o âmbito dos sujeitos destinatários de determinadas medidas de fomento, de modo a se afastar deste âmbito as entidades privadas sem fins lucrativos de benefício mútuo.

Poderia servir, ainda, para delimitar o universo de entidades que fica sujeito a determinados instrumentos de controle estatal sobre o fomento público ao terceiro setor. Seria o caso, por exemplo, de um instrumento de credenciamento prévio de entidades pretendentes ao fomento público, que se destinasse a credenciar apenas entidades do terceiro setor. No direito brasileiro vigente, um exemplo de instrumento do gênero é a qualificação de entidades como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei 9.790/99.

**3.2.** Contudo, há muitas regras pertinentes ao controle de medidas de fomento estatal que merecem aplicação, indistintamente, a entidades reputáveis como pertencentes ao terceiro setor e a entidades tidas como de benefício mútuo.

Por exemplo, tanto umas quanto outras devem sujeitar-se ao controle estatal sobre as medidas de fomento que lhes tenham sido direcionadas. Devem submeter-se à fiscalização pelas cortes de contas no exercício do controle externo da administração pública e, ainda, à fiscalização por órgãos e entidades da administração pública repassadores de recursos.

Até mesmo as entidades empresariais ou mercantis, que visam ao lucro e, por óbvio, não pertencem ao terceiro setor, quando beneficiárias de medidas de fomento estatal, devem sujeitar-se a certos instrumentos de controle estatal, como os supra-referidos, não se distinguindo para os fins dessa sujeição de qualquer entidade sem fins lucrativos.

De tal sorte que parece necessário existir, ao menos, um *regime jurídico básico* de controle estatal sobre as medidas de fomento destinadas, indistintamente, a entidades do terceiro setor, a entidades de benefício mútuo e, ainda, a empresas ou entidades mercantis.

Para além desse *regime jurídico básico* de controle sobre as medidas de fomento estatal, um regramento adicional, pertinente a esta ou aquela categoria de entidades fomentadas, pode ser talhado de acordo com as peculiaridades de cada categoria.

### **O terceiro setor na realidade brasileira**

4. Nesta primeira década do século XX, um relevante esforço foi conduzido pelo IBGE para descortinar aspectos essenciais das associações e fundações privadas sem fins lucrativos existentes no Brasil. O resultado deste esforço está retratado nos principais produtos do levantamento realizado até o momento, que são as pesquisas *FASFIL 2002* e *FASFIL 2005*.

4.1. Por intermédio dessas pesquisas levantaram-se dados sobre quantas são, onde se localizam, quando foram criadas, o que fazem, quantas pessoas empregam e quanto remuneram.

4.2. Contudo, em que pesem os avanços obtidos – muito relevantes, sem dúvida – quanto ao conhecimento do universo das fundações e associações privadas sem fins lucrativos no país, há muito que avançar, ainda, quanto ao conhecimento de dados referentes às *medidas de fomento estatal que lhes são destinadas*.

### **O fomento estatal ao terceiro setor na realidade brasileira**

5. Tem havido progresso nos últimos anos, há de se reconhecer, em matéria de transparência do fomento estatal ao setor privado sem fins lucrativos. Este avanço se deve, em grande parte, à atuação de um conjunto de instituições brasileiras de controle da administração pública – notadamente as CPIs, o TCU e a CGU, que têm funcionado como a “espinha dorsal” dos sistemas de controle externo e interno da administração do país. Apesar das possíveis e necessárias críticas à atuação dessas instituições e ao funcionamento dos sistemas de controle que conduzem, há evidências de que elas contribuíram para recentes progressos em matéria de

controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. São duas as destacadas nesta tese: de um lado, a reforma em curso da regulamentação pertinente aos convênios; de outro, a previsão normativa e a efetiva instalação do Portal dos Convênios na Internet. Estes dois avanços recentes têm um sentido comum de conferir ampla transparência à atividade estatal de transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos e, mais do que isso, a medidas de controle estatal incidentes sobre estas transferências.

Soma-se a estas duas evidências de avanço a iniciativa do Poder Executivo, também recente, de elaborar, por intermédio de uma comissão de juristas, um Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, que tem o mérito de levar em conta a existência das entidades do terceiro setor como parceiras estratégicas da moderna administração. Seu capítulo de regulamentação dos vínculos de colaboração (e fomento) do Estado brasileiro com as ditas “entidades de colaboração”, que nada mais são do que entidades do terceiro setor, é auspicioso para o aperfeiçoamento do direito vigente. Em especial, caso se transforme em lei, tal regramento poderá contribuir para o aperfeiçoamento dos atuais instrumentos e objetivos do controle estatal das transferências de recursos para o terceiro setor normativamente previstos.

6. Há duas técnicas principais de fomento estatal ao terceiro setor: a técnica da *exoneração tributária* e a técnica da *transferência de recursos públicos* (também chamada, esta última, quanto tenha por objeto recursos financeiros, de *transferência financeira*, *transferência direta* ou *subvenção*). O presente trabalho debruça-se apenas sobre as transferências de recursos públicos e, mais precisamente, sobre as normas jurídicas que lhes dizem respeito em âmbito federal.

As *transferências de recursos públicos* são repasses de recursos feitos pelo Estado, a fundo perdido (isto é, sem exigência de contraprestação direta em bens ou serviços por quem os recebe), geralmente por intermédio de um *contrato de parceria* (convênio, termo de parceria, contrato de gestão, contrato de repasse ou outro instrumento congênere), que é celebrado entre o ente público repassador dos recursos e a entidade beneficiária.

Os recursos públicos passíveis de transferência costumam ser de três espécies: recursos financeiros, bens públicos em geral e, até mesmo, servidores públicos especialmente cedidos para a colaboração na execução de determinado objeto. Sem embargo disso, o mais comum, quando se fala em *transferências de recursos públicos*, é que se esteja aludindo a *transferências de recursos financeiros*. O contexto dessas transferências é o de algum vínculo de fomento e parceria entre o Estado e o terceiro setor.

### **As transferências de recursos públicos ao terceiro setor no direito brasileiro**

7. Há uma pluralidade de ramos do direito cujas normas incidem sobre o fomento estatal destinado ao terceiro setor, com destaque para os Direitos Constitucional, Orçamentário, Tributário, Financeiro e Administrativo.

Essas normas têm um propósito comum consistente em viabilizar as medidas de fomento estatal, mas também perseguem outro objetivo comum, nelas bastante saliente, que consiste em controlar o emprego das medidas de fomento.

Por isso, falar-se em normas sobre o fomento estatal ao terceiro setor é falar também, inevitavelmente, em normas sobre o controle deste fomento.

### **Aspectos relevantes do direito vigente**

8. Em resposta à primeira indagação central desta tese, a respeito de quais os principais aspectos do direito federal vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor, começou-se por constatar que se trata de um direito fragmentado em nove regimes jurídicos.

8.1. Deveras, pode-se dizer que há, no direito brasileiro, três **Regimes Gerais de Controle** do fomento estatal ao terceiro setor, assim como seis **Regimes Especiais de Controle** deste fomento.

8.2. São **Regimes Gerais**: o **Regime Orçamentário-Financeiro**, o **Regime do Controle Externo** e o **Regime do Controle Interno**. São **Regimes Especiais**: o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, o **Regime das Entidades Benéficas de Assistência Social**, o

**Regime das Entidades Conveniadas, o Regime das Fundações de Apoio, o Regime das Organizações Sociais (Regime das OS) e o Regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Regime das OSCIP).**

**8.3.** Estes últimos seis – os ditos **Especiais** – subdividem-se entre os dois primeiros, que são regimes precipuamente voltados ao controle da outorga de exonerações tributárias, e os quatro últimos, que são regimes precipuamente voltados ao controle das transferências de recursos públicos.

**8.4.** Todos os nove regimes existentes – tanto os ditos **Gerais** como os chamados **Especiais** – assemelham-se pelo fato de que têm por objeto, fundamentalmente, a atividade de administração pública e, mais especificamente, a atividade administrativa de fomento. Ao terem por objeto, assim, a administração pública fomentadora, incidem sobre os vínculos jurídicos constituídos entre os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta e as entidades privadas sem fins lucrativos, inclusive as do terceiro setor. Por isso há de se reconhecer que, a despeito de serem constituídos fundamentalmente por normas de controle da administração pública, tais regimes alcançam entidades dela não integrantes, na medida em que estas tenham com ela constituído vínculos jurídicos, tornando-se, à luz dos arts. 70, parágrafo único e 74, inciso II, da Constituição Federal, responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta do Estado brasileiro.

**8.5.** Esses nove regimes, então, foram eleitos como focos de análise para que se descortinassem aspectos relevantes do direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos ao terceiro setor. A delimitar o objeto enfocado buscou-se responder à indagação: trata-se de controle *do quê, por quem, como e com quais finalidades?* Em resposta elegeu-se cuidar: *i)* do controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor; *ii)* do controle realizado sob os nove regimes jurídicos apontados, atentando-se para os papéis de destaque sob eles desempenhados pelo Congresso Nacional e a Presidência da República quando da aprovação das LDO, bem como pelas CPIs, pelo TCU, pela CGU e pelos órgãos e entidades da administração pública repassadores de recursos, donde falar-se num *controle estatal* (sem prejuízo de menções eventuais à atuação de outros agentes de controle

estatais ou não estatais); *iii*) de um controle realizado mediante variadas técnicas aplicáveis antes, durante e após as transferências de recursos a título de fomento; e *iv*) e de um controle voltado a assegurar a legalidade e a boa administração do fomento estatal ao terceiro setor.

9. Ainda em prosseguimento ao esforço de identificação do direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor, partiu-se para o exame, um a um, dos ditos **Regimes Gerais** e **Regimes Especiais** de controle. Este exame teve por objetivo produzir uma visão panorâmica de todos esses regimes, capaz de apontar as suas principais semelhanças e diferenças. Esta visão panorâmica, enfim, pretendeu ser um retrato de aspectos relevantes do direito vigente.

10. Examinando-se a legislação pertinente aos **Regimes Especiais de Controle**, observou-se que nela se encontram várias técnicas de controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor. Elas podem ser classificadas segundo o momento em que devem incidir: prévia, concomitante ou posteriormente aos ajustes de transferência de recursos. São técnicas de controle prévio: as *proibições relativas à destinação de recursos*, o *planejamento geral*, o *credenciamento*, o *processo de seleção*, o *planejamento da execução de parceria* e o *contrato de parceria*. São técnicas de controle concomitante: as *proibições relativas à destinação de recursos*, o *processo de contratação de fornecedores* e o *acompanhamento da execução*. São técnicas de controle posterior: a *prestação de contas final* e as *infrações e sanções administrativas*.

10.1. Comparando-se os vários **Regimes Especiais de Controle** e, particularmente, as técnicas de controle neles previstas, verifica-se que alguns prevêem todas essas técnicas, enquanto outros apenas algumas. Nota-se, ainda, que o grau de tratamento normativo de determinada técnica também varia de um regime para outro, sendo maior nalguns regimes e menor em outros.

10.2. Atentando-se para os objetivos perseguidos por cada um dos **Regimes Especiais de Controle**, nota-se que, nalguns casos, eles estão claramente delimitados, mas noutros não.

**11.** Examinando-se o **Regime Orçamentário-Financeiro** constatou-se, sobretudo, o paulatino crescimento da quantidade prevista, nas LDO federais, de proibições e condicionamentos às transferências de recursos públicos para entidades privadas sem fins lucrativos.

**12.** Examinando-se o **Regime do Controle Interno** – especificamente, o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal – chegaram-se a algumas constatações que merecem destaque.

**12.1.** Observou-se que inexistente fiscalização e auditoria, por parte da CGU, de todo e qualquer programa de governo que envolva transferências de recursos federais em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, ou, muito menos, de toda e qualquer específica transferência de recursos federais a entidades do gênero; na realidade, o trabalho da CGU desenvolve-se seja por sorteios (nos Pequenos e Médios Municípios e, mais recentemente, nos Estados), seja continuamente (neste caso, apenas nas capitais e Grandes Municípios), seja mediante seleção de alguns programas de governo (para serem objeto de avaliação ou de auditoria), seja mediante seleção de alguns casos sobre os quais parem suspeições de desvios, seja, finalmente, mediante processamento de denúncias e representações que lhe tenham sido encaminhadas.

**12.2.** Notou-se que, a despeito da inexistência de uma fiscalização e auditoria de alcance universal (isto é, de todas as transferências), a CGU tem direcionado, sim, algum foco sobre o controle do fomento federal em favor do terceiro setor. Prova disso foram algumas iniciativas de acompanhamento da execução de programas de governo que tocam a este fomento. Contudo, o foco na temática do fomento estatal ao terceiro setor poderia ser ainda maior. A focalização temática do *programa de fiscalização por sorteios*, que em 2008 dirigiu-se, como visto, ao acompanhamento e a fiscalização das ações do PAC, poderia no futuro ser posta noutros temas relevantes, como é o caso das transferências de recursos federais a entidades privadas sem fins lucrativos.

**12.3.** Observou-se que uma das iniciativas mais significativas em matéria de controle, por parte da CGU, foi a implantação do Portal da Transparência, que merece ser reconhecida e articulada com o Portal dos Convênios.

**13.** Examinando-se o **Regime do Controle Externo** também se fizeram algumas constatações e análises que merecem um destaque.

**13.1.** Avaliou-se que a jurisprudência da corte de contas federal nesta matéria segue pelo menos cinco linhas temáticas: *i*) a do controle das Entidades Conveniadas; *ii*) a do controle das transferências às OSCIP; *iii*) a do controle das transferências intergovernamentais, também chamadas voluntárias; *iv*) a do controle das transferências a ONGs; e *v*) a do controle de quaisquer transferências – sejam as intergovernamentais, sejam as feitas ao setor privado sem fins lucrativos. Estas linhas temáticas da jurisprudência do TCU, contudo, precisam ser sistematizadas, pois os precedentes de cada qual têm, todos, um sentido comum, que é o de firmar qual é o direito do controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor.

**13.2.** Acima de tudo restou evidenciado um importante fenômeno, qual seja, o de que, ao longo da primeira década do século XX, vai amadurecendo uma atuação concertada entre três expoentes do controle da administração pública brasileira – o TCU, a CGU e as CPIs – com vistas à produção de mudanças significativas no direito e na prática do controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. Com todos os significativos percalços dessa evolução, o que se verifica, num balanço geral, parece ser uma história de sucesso da engenharia institucional brasileira em matéria de controle, contribuindo para a produção de resultados no equacionamento de problemas ligados a uma esfera do direito – o fomento estatal ao terceiro setor – ainda um tanto refratária a um processo de “juridificação” e democratização.

**14.** Enfim, concluiu-se a **parte 1** do trabalho com um forte senso, a partir do retrato tirado do direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, de que há diversos problemas nesse direito, que vão além da excessiva

fragmentação dos textos normativos que o compõem (fragmentação que, por si só, já dificulta a identificação desses textos e a interpretação normativa a partir deles). O retrato sugeriu que existem lacunas nesses regimes e, também, inconsistências, apresentando-se estas últimas como inconsistências entre as técnicas de controle previstas em um regime e as previstas em outro, quando ambos visam ao mesmo propósito e inexistente justificativa racional para o tratamento normativo diferenciado de situações equivalentes. Esses aspectos problemáticos ficaram, entretanto, apenas sugeridos pelo retrato tirado, que pretendeu ser, acima de tudo, uma descrição informativa das normas em vigor, a fim de que, num passo adiante, se passasse efetivamente a problematizá-las.

### **Os principais desafios**

**15.** Passando-se a responder à segunda indagação central da tese, a respeito de quais os principais problemas do direito vigente, em âmbito federal, em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor, diagnosticaram-se, na **parte 2**, problemas de duas categorias. De um lado encontraram-se os ditos **problemas fundamentais**, assim entendidos aqueles que, mais do que normas pontuais de controle, dizem respeito a uma quantidade mais expressiva de normas, minando o direito vigente nesta matéria de modo mais impactante; de outro lado destacaram-se problemas mais pontuais, pertinentes a um conjunto mais restrito de normas e encontráveis em cada fase do controle estatal, referidos, assim, como **problemas do controle prévio, do controle concomitante e do controle posterior** aos ajustes de transferência de recursos.

**16.** Como **problemas fundamentais do direito vigente** constataram-se quatro: a *lacônica disciplina legal da matéria e a instabilidade jurídica* ocasionada pela disciplina infralegal que lhe tem sido conferida; o *alcance ainda restrito das inovações importantes do final da década de 1990*; a *redundância perniciosa de regimes jurídicos*; e a *indefinição de foco no controle de meios ou no de resultados*.

**17.** Como **problemas do controle prévio** das transferências de recursos públicos para o terceiro setor destacaram-se alguns relativos à técnica de planejamento, outros à de credenciamento, outros à do processo de seleção de entidades e outros, ainda, à da

contratualização. Relativamente ao **planejamento** do fomento ao terceiro setor pela via das transferências, destacou-se o problema do *déficit democrático* na sua formulação. Relativamente ao **credenciamento** de entidades a serem fomentadas, destacaram-se os problemas da existência de *redundâncias desnecessárias nos regimes de credenciamento*, da *discricionariedade* na outorga de credenciais, da *lacônica disciplina legal* do tema. Relativamente ao **processo de seleção** para a escolha da entidade a ser fomentada (ou do conjunto de entidades), notaram-se os problemas do *menoscado ao princípio da igualdade* e do *clientelismo na elaboração da lei orçamentária anual*. Relativamente à **contratualização** dos vínculos de colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor, envolvendo o repasse de recursos públicos, apontaram-se os problemas do *tratamento único para parcerias público-públicas e público-privadas* e da *excessiva fragmentação do regime das parcerias público-privadas*.

**18.** Como problemas do direito vigente acerca do **controle concomitante** às transferências de recursos públicos para o terceiro setor, foram destacados os relativos ao processo de contratação de fornecedores pela entidade parceira e ao acompanhamento da execução do objeto. Sobre dito processo de contratação, destacou-se o problema da *impropriedade da licitação* para tal fim. Sobre dito acompanhamento, destacaram-se os problemas da lacônica disciplina legal da matéria e do acompanhamento falho ou inexistente.

**19.** Como **problemas do** direito vigente acerca do **controle posterior** às transferências foram destacados três relativos à prestação de contas final: o problema da *lacônica disciplina legal* da matéria, da *indefinição do foco da prestação de contas* e do *controle falhou ou a destempo sobre ela incidente*.

### **Em busca de soluções**

**20.** Para o enfrentamento dos problemas do direito vigente diagnosticadas na **parte 2** da tese, algumas soluções foram cogitadas na sua **parte 3**. Buscou-se, a partir do diagnóstico efetuado e de inspiração em projetos e anteprojetos de lei existentes no Brasil, assim como em

previsões constantes dos direitos espanhol e estadunidense pertinentes à matéria, propor um conjunto preciso de medidas de aperfeiçoamento da legislação federal brasileira.

### **Soluções encontradas em projetos e anteprojetos de lei**

21. Boa parte das proposições legislativas atualmente em tramitação no Congresso Nacional podem ser classificadas em dois grandes grupos. O primeiro é o das proposições relacionadas à *reforma dos sistemas de credenciamento e outorga de exonerações tributárias a entidades beneficentes de assistência social*. O segundo grupo engloba as proposições relativas à reforma dos sistemas de *registro, fiscalização e controle de ONGs no país*.

22. Há, ainda, dois anteprojetos de lei que tocam em aspectos importantes das relações entre Estado e entidades do terceiro setor na atualidade. Um é o Anteprojeto de Lei Estatuto do Terceiro Setor, e o outro é o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública – sendo ambos de 2009.

A diferença fundamental entre um e outro anteprojeto reside no fato de que o primeiro, atinente ao chamado Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, pretende disciplinar as entidades do terceiro setor e suas múltiplas relações com outros atores sociais. Já o capítulo do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública pertinente ao assunto pretende disciplinar, apenas, os vínculos de colaboração entre o Estado e as entidades do terceiro setor. O objeto dos dois anteprojetos, portanto, é bem distinto, já que um tem como eixo estruturante as organizações do terceiro setor e, o outro, apenas seus vínculos de colaboração com o Estado.

23. Examinando-se os citados projetos e anteprojetos de lei, a principal constatação é a de que o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública revela-se extremamente auspicioso para o enfrentamento dos problemas encontráveis no direito vigente em matéria de controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor, diagnosticados na **parte 2**.

### **Soluções encontradas no direito estrangeiro**

**24.** Examinando-se o direito norte-americano constataram-se, nele, diferenças importantes relativamente ao caso brasileiro. Em primeiro lugar, nele se enfoca a regulação da gestão fiducial das entidades sem fins lucrativos, independentemente de a origem dos recursos geridos por estas entidades ser pública ou privada, enquanto no direito brasileiro o foco do controle estatal recai sobre a gestão de recursos de origem pública. Em segundo lugar nota-se que, no direito norte-americano, mesmo quando as normas se prestam à regulação da gestão de recursos de origem pública pelas entidades sem fins lucrativos, seu foco recai sobre as renúncias de receita pelo Estado em favor dessas entidades, ao passo que, no direito brasileiro, as normas tratam, sobretudo, do controle das subvenções estatais, embora venha crescendo a preocupação com o controle das renúncias de receita em favor do terceiro setor.

Por outro lado, também se constatou que a experiência norte-americana aproveita, claramente, a alguns aspectos do debate brasileiro. Com efeito, nos Estados Unidos já se discutiu bastante acerca da exigência de registro das entidades do terceiro setor junto a órgãos públicos, assim como a respeito das exigências de apresentação de relatórios acerca da continuidade de sua existência e acerca de suas atividades financeiras. Lá como aqui, o desafio de se promover transparência na gestão financeira dessas entidades encontra-se presente.

**25.** Examinando-se o direito espanhol verificou-se, nele, uma relevante disciplina jurídica das subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas espanholas não apenas ao terceiro setor, mas também ao setor privado com fins lucrativos e a outros entes do aparelho estatal. Em especial, a *Lei Geral de Subvenções* (Lei 38/2003, de 17 de novembro) serve de guia didático para a concessão e controle de subvenções públicas na Espanha, podendo inspirar soluções para muitos dos problemas encontrados no direito brasileiro em matéria de transferências de recursos para o terceiro setor.

### **Soluções propostas**

**26.** Em resposta final à terceira indagação central desta tese, a respeito da existência de possíveis soluções para, ao menos, alguns dos problemas do direito vigente em matéria de controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, respondeu-se positivamente. Neste sentido observou-se, de um modo geral, que grande parte dessas soluções já se encontra

esboçada no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e, por isso, são defendidas neste trabalho; outras podem ter inspiração no direito estrangeiro; e outras, finalmente, podem ser identificadas tanto a partir da análise das lacunas e inconsistências encontráveis nas normas vigentes quanto a partir do exame das produções doutrinária e jurisprudencial a seu respeito. Todas essas informações já sugerem, ou facilitam que sejam pensadas, algumas soluções para o enfrentamento dos problemas diagnosticados.

**27.** Concluiu-se que se faz necessária uma reforma *legislativa* que, reunindo num só regime jurídico as melhores soluções encontráveis nos seis **Regimes Especiais de Controle** existentes, envolva determinadas medidas talhadas para a solução de problemas diagnosticados. São seis as medidas propostas nesta tese: quatro voltadas à reforma das normas pertinentes ao controle prévio aos ajustes de transferência e duas voltadas à reforma do direito pertinente aos controles concomitante e posterior a tais ajustes.

**27.1.** Relativamente ao controle prévio, em primeiro lugar seria importante que a legislação exigisse certo **planejamento** dos programas a serem executados por meio de parcerias com o terceiro setor e, bem assim, de transferências de recursos de origem pública, que fosse **elaborado** pelo Estado **mediante consulta pública** (aberta, como é próprio do gênero, a quaisquer cidadãos ou entidades interessadas em oferecer as suas contribuições). Em segundo lugar seria importante que reformas legislativas assegurassem **processos de credenciamento** de entidades sem fins lucrativos **objetivamente disciplinados** em seus aspectos fundamentais – competências para a outorga e cassação da credencial; requisitos para sua obtenção; *iter* processual para sua concessão; prazo de vigência; benefícios, ônus e sujeições decorrentes; hipóteses de cassação; *iter* processual de cassação; e eventuais sanções e infrações administrativas correlatas –, aliados a uma **diretriz do predomínio da subvenção a entidades credenciadas** (em vez da subvenção a entidades não credenciadas). Em terceiro lugar seria relevante que a legislação instituísse um **processo administrativo universal de seleção** de projetos e entidades beneficiárias de recursos de origem pública em transferência, o qual fosse **baseado**, fundamentalmente, **nos princípios da publicidade, igualdade e motivação**. Em quarto lugar seria importante que a legislação instituísse um **regime universal de contratação administrativa**, voltado à constituição desses vínculos de fomento e

colaboração entre o Poder Público e entidades do terceiro setor, nos termos do regime do “contrato público de colaboração”, previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

**27.2.** Em matéria de controle concomitante e posterior aos ajustes de transferência de recursos públicos ao terceiro setor seria importante, em primeiro lugar, que a reforma legislativa institísse um **controle estatal focado nos resultados** atingidos pelas entidades do terceiro setor com a aplicação dos recursos recebidos em transferência. Em segundo lugar seria relevante que a reforma continuasse a **ampliar a transparência das informações sobre as transferências de recursos de origem pública** realizadas, inclusive das referentes às prestações de contas apresentadas pelas entidades beneficiadas e da sua análise pelos órgãos estatais de controle, **favorecendo**, assim, **o controle social** acerca da matéria.

## BIBLIOGRAFIA

- ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier; e SUBRAMANIAN, Guhan. *Commentaries and cases on the law of business organizations*. 2ª.ed., Nova Iorque, Aspen Publishers, 2007.
- AUBY, Jean-Bernard. *Contracting Out and 'Public Values': A Theoretical and Comparative Approach (Draft)*. Mimeo. Artigo, ainda no prelo, apresentada no *Workshop on Comparative Administrative Law*, realizado na *Yale Law School* nos dias 7 a 9 de maio de 2009, em New Haven, EUA. Disponível em: <http://www.yale.law.edu> (acesso em 11.12.2009).
- AZEVEDO, Damião Alves de. *O título de utilidade pública federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patronal*. Versão eletrônica disponível em: <http://www.mj.gov.br> (acesso em 10.12.2009). Também publicado na *Revista de Previdência Social*, São Paulo, LTR Editora, nº. 290, jan./2005, pp. 5-11.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
- BARBOSA, Maria Nazaré Lins. “A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS)”, in: Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 487-423.
- \_\_\_\_\_; e OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica*. 5ª. ed., Rio de Janeiro, Editora FGV, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- BORGES, Alice Gonzalez. “Democracia participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil”. In: *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, Fórum, nº. 57, ano 5, nov. 2005, pp. 6372-6378.
- BRASIL, Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, *Medida Provisória n. 446, de 2008: Nota Descritiva*, Brasília, janeiro de 2009.

- \_\_\_\_\_, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal. Mimeo*, 2009. Anteprojeto de lei elaborado por comissão de juristas, integrada pelos professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira, constituída para esse fim pela Portaria nº. 426, de 6 de dezembro de 2007 (alterada pela Portaria nº. 84, de 23 de abril de 2008).
- \_\_\_\_\_, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em conjunto com Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais – ABONG, e Grupo de Institutos, Fundações e Empresas – GIFE, *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil 2005*, Rio de Janeiro, IBGE, 2008 (também denominado **FASFIL 2005**). Versão eletrônica disponível em <http://www.ibge.gov.br> (acesso em 17.12.2008).
- \_\_\_\_\_, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em conjunto com Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais – ABONG, e Grupo de Institutos, Fundações e Empresas – GIFE, *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil 2002*, Rio de Janeiro, IBGE, 2004 (também denominado **FASFIL 2002**). Versão eletrônica disponível em <http://www.ibge.gov.br> (acesso em 17.12.2009).
- \_\_\_\_\_, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em conjunto com Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, *As entidades de assistência social privadas sem fins lucrativos no Brasil 2006*, Rio de Janeiro, IBGE, 2007 (também referida pelo IBGE como *Pesquisa das Entidades de Assistência Social sem Fins Lucrativos – PEAS 2006*, ou simplesmente **PEAS 2006**). Versão eletrônica disponível em <http://www.ibge.gov.br> (acesso em 15.10.2008).
- \_\_\_\_\_, Presidência da República, Controladoria-Geral da União. *Controle interno, prevenção e combate à corrupção: ações da CGU em 2008*. Brasília, Gráfica LM, maio de 2009. Versão eletrônica disponível em <http://www.cgu.gov.br> (acesso em 30.6.2009).
- \_\_\_\_\_, Senado Federal, *Relatório Final* de “Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a apurar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as denúncias veiculadas a

respeito da atuação irregular de Organizações Não-Governamentais – ONG’s, nos termos do Requerimento nº 22, de 2001-SF”. Brasília, 2002. Versão eletrônica disponível em <http://www.senado.gov.br> (acesso em 8.12.2009).

\_\_\_\_\_, Senado Federal, *Plano de Trabalho* de “Comissão Parlamentar de Inquérito composta de 11 Senadores titulares e 7 suplentes, destinada a apurar, no prazo de cento e oitenta dias, a liberação, pelo Governo Federal, de recursos públicos para organizações não governamentais – ONGs – e para organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do exterior, a partir do ano de 1999 até a data de 8 de novembro de 2007.” Brasília, Sala das Comissões, 23 de outubro de 2007. Versão eletrônica disponível em <http://www.senado.gov.br> (acesso em 9.12.2009).

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. *Utilidade pública federal*, Informação Técnica de autoria do consultor legislativo Emile BOUDENS, janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 17.12.2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília, TCU, Gabinete da Presidência, 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor*, 2004.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo, Ed. 34; Brasília, ENAP, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”. In: Maria Paula Dallari Bucci (organizadora), *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 1-49.

CARDOSO, Fernando Henrique. 3ª. ed., *A arte da política: a história que vivi*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 2ª. ed., Belo Horizonte, Fórum, 2008.

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

- COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 3ª. ed., São Paulo, Editora Senac São Paulo, 2005.
- CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo, MP Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998.
- COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira?”. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 230, out./dez. 2002, pp. 45-74.
- D’ANDREA FERREIRA, Sérgio. “O incentivo fiscal como instituto de direito econômico”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 211, jan./mar. 1998, pp. 31-46.
- DI PIETRO, Juliano. *Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais*. In: José Maurício Conti (organizador), *Federalismo fiscal*, Barueri, SP, Manole, 2004, pp. 67-100.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª. ed., São Paulo, Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 15ª. ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 2004.
- FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, *Parte General: Conclusion*. 9ª. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
- FEITOSA, Raymundo Juliano. *Finanças públicas e tributação na Constituinte: 1987/1988*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003.
- FERRAREZI, Elisabete; e REZENDE, Valéria. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília, Comunidade Solidária, 2000.

- FOGIATO, Alessandra Deslandes. “Os acordos administrativos e a Lei nº. 8.666/1993”. In: *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*, Curitiba, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006, pp. 43-54.
- FREMONT-SMITH, Marion R. *Governing Nonprofit Organizations: Federal and State Law and Regulation*. Cambridge, Massachusetts; London, England, First Harvard University Press paperback edition, 2008.
- FRUMKIN, Peter. *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*. Cambridge, Massachusetts; London, England, Harvard University Press, 2002.
- INSTITUTO PRO BONO; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Anteprojeto de lei Estatuto do Terceiro Setor*, in: “Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa”. *Mimeo*, 2009. Relatório final de trabalho apresentado à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, no âmbito do programa “Pensando o Direito”, promovido pela citada secretaria em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.
- LUNARDELLI, Regina Andrea Accorsi. *Tributação do terceiro setor*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática*, 1ª. reimpressão, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- \_\_\_\_\_. “Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP”. In: Gustavo Justino de Oliveira (coordenador), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 163-194.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (organizadores). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- \_\_\_\_\_. “Convênios e consórcios administrativos”. In: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n.º 02, jun. 1996, pp. 69-89.
- \_\_\_\_\_. *Controle da administração pública*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- MODESTO, Paulo. “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 214, out./dez. 1998, pp. 55-68.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Audiências públicas”. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 120, out./dez. 1997, pp. 11-23.
- \_\_\_\_\_; com a colaboração de Sílvio Freire de Moraes. *Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- NÓBREGA, Marcos. *Lei de responsabilidade fiscal e leis orçamentárias*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. “Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP”. In: Gustavo Justino de Oliveira (coordenador), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte, Fórum, 2007, pp. 213-259.
- \_\_\_\_\_. “OSCIPs e licitação: ilegalidade do Decreto nº 5.504, de 05.08.05” (parecer). In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Fórum, n. 12, ano 4, jan./mar. 2006, pp. 165-207. Também publicado em: *Revista JML de Licitações e Contratos*, n.º. 02, ano I, mar.2007, pp. 22-43.
- \_\_\_\_\_; e MÂNICA, Fernando Borges. “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação pública”. In: *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, n. 49, ano 5, mar. 2005, pp. 5225-5237.
- \_\_\_\_\_. “As OSCIPs e a lei federal nº 8.666/93” (parecer). In: *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, Zênite, n.º. 142, ano XII, dez. 2005, pp. 1053-1056.

- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- PACHECO, Fábio Luiz. “O terceiro setor e os Municípios brasileiros”. In: *Interesse Público*, Notadez, n. 41, ano IX, 2007, pp. 303-309.
- REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo, Método, 2006.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo, Malheiros, 2003.
- SALINAS, Natasha Schimit Caccia. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Orientador: Professor Doutor José Eduardo Campos de Oliveira Faria. São Paulo, 2008.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2ª. ed., vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. “Licitação e terceiro setor”. In: Gustavo Justino de Oliveira (coordenador), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2007, pp. 281-308.
- SCHWARTZMAN, Simon. *Desempenho e controle na reforma administrativa*. Brasília, DF, Escola Nacional de Administração Pública, set./1996, Texto para discussão ENAP nº. 8.
- SOUTO MAIOR BORGES, José. “Incentivos fiscais e financeiros” (parecer). In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº. 8, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 86-106.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Convênio administrativo de delegação de serviço público de saneamento básico: regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito do Estado. Orientador: Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal. São Paulo, 2006.

- \_\_\_\_\_. “Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana”. In: *Fórum Administrativo: Direito Público – FA*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2, nº. 16, junho de 2002, pp. 752-760.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. “Guia jurídico das parcerias público-privadas”. In: Carlos Ari Sundfeld (coordenador), *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 15-44.
- \_\_\_\_\_; e SCARPINELLA, Vera. “Fundações educacionais e licitação”. In: Leonardo Pantaleão (organizador), *Fundações educacionais*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 248-259.
- TÁCITO, Caio. “Transformações do direito administrativo”. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 214, out./dez. 1998, pp. 27-34.
- VIOLIN, Tarso Cabral. “ONGs, licitação e o veto de Lula”. In: *Revista JML de Licitações e Contratos*, nº. 2, ano I, mar./2007, pp. 44-45.
- \_\_\_\_\_. “Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com entidades do terceiro setor”. In: *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, nº. 143, ano XIII, jan. 2006, pp. 20-30.
- ZEN, Marcela Roza Leonardo. “Licitação e terceiro setor: reflexões sobre o concurso de projetos da lei das OSCIPs”. In: Gustavo Justino de Oliveira (coordenador), *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 75-98.