

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Taísa da Cunha Leme Rossi

**A Lei nº 13.019/2014 e os controles implementados nos ajustes firmados
com o Terceiro Setor**

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Taísa da Cunha Leme Rossi

**A Lei nº 13.019/2014 e os controles implementados nos ajustes firmados
com o Terceiro Setor**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Administrativo**, sob a orientação do Prof.^a Ma. Taiane Lobato de Castro

SÃO PAULO

2018

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me possibilitar a oportunidade de aprimoramento constante, tanto na área profissional como pessoal.

A minha eterna gratidão aos meus pais, pelo o apoio incondicional que eles sempre me ofereceram e continuam me proporcionando.

Agradeço também à minha orientadora, Professora Taiane Lobato de Castro, que com paciência e sabedoria me indicou o caminho a ser trilhado.

À minha querida avó, Angelina, e ao meu irmão, Thiago, por todo o carinho e dedicação que eles me proveram. Por fim, ao Carlos Frederico, pela paciência e incentivo diários.

A todos vocês, muito obrigada.

RESUMO

ROSSI, Taísa da Cunha Leme Rossi. **A Lei nº 13.019/2014 e os controles implementados nos ajustes firmados com o Terceiro Setor.** 2018. 91f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

O escopo do presente trabalho consiste em examinar os ajustes firmados entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, ressaltando os limites impostos à atuação do gestor público no exercício da sua competência discricionária, notadamente dimensionados pela finalidade do ato. Considerando a importância que o Terceiro Setor vem exercendo no bojo da sociedade e em vista da necessidade de controles efetivos para repelir o malbaratamento do patrimônio público, entende-se necessário um estudo com foco nos controles que recaem sobre os repasses utilizados nesta seara, reduzindo as margens de discricionabilidade do agente. Para tanto, inicia-se a exposição com um breve histórico do Terceiro Setor, destacando o seu desenvolvimento e a sua importância atual e quais foram os principais instrumentos normativos que o regularam no passado. Em seguida, foram analisados os princípios que norteiam as atividades da Administração Pública, bem como os seus influxos sobre as entidades beneficiadas pelas parcerias firmadas, para então explorar, com maior profundidade, a Lei nº 13.019/2014, com destaque para as diversas normas que norteiam a elaboração, execução e prestação de contas das parcerias.

Palavras-chaves: Terceiro Setor. Limites à competência discricionária. Princípios. Parcerias. Prestação de contas.

ABSTRACT

ROSSI, Taísa da Cunha Leme. **The Law 13.019/2014 and the controls in the adjustments signed with the Third Sector.** 2018. 91p. Monograph. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

The scope of this study is to examine the adjustments made between the Public Administration and the *third sector*, highlighting the limits on the performance of the public manager in the exercise of his discretionary competence, notably in terms of the purpose of the act. Considering the importance that the Third Sector has been exercising in society and the need for effective controls to repel the maladjustment of the public patrimony, it is necessary to have a study focusing on the controls on transfers, reducing the powers of the agent. For that, it began with the development of the third sector, its current importance and about the main normative instruments that regulated. Then, the principles that guide the activities of the Public Administration, as well as their inflows on the entities benefited by the partnerships signed. After that, we study in more detail the Law 13,019/2014, highlighting the various norms that guide the elaboration, execution and accountability on these partnerships.

Keywords: Third Sector. Limits to discretionary competence. Principles. Partnerships. Accountability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TERCEIRO SETOR	15
1.1 Definição e Origem do Terceiro Setor	15
1.2 A Reestruturação do Estado Brasileiro	17
1.3 A mudança da administração pública burocrática para a gerencial e a contratualização dos controles	19
1.4 O Terceiro Setor e a atividade de fomento	20
1.5 A criação das Organizações Sociais	22
1.6 Criação das Organizações da Sociedade de Interesse Público	24
1.7 A realidade do Terceiro Setor	24
2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ÀS PARCERIAS PÚBLICAS FIRMADAS COM O TERCEIRO SETOR	31
2.1 Princípio da Legalidade	32
2.2 Princípio da Impessoalidade	33
2.3 Princípio da Moralidade	33
2.4 Princípio da Publicidade	34
2.5 Princípio da Eficiência	36
2.6 Princípio da Razoabilidade	38
2.7 Princípio da Proporcionalidade	39
2.8 Demais princípios que influenciam a atividade de fomento	40
3 ASPECTOS MATERIAIS DA PARCERIA	43
3.1 A finalidade na delegação de serviços para o Terceiro Setor	43
3.2 Requisitos para a celebração da parceria	45
3.2.1 Experiência prévia da entidade.....	45
3.2.2 Vedações.....	46
3.3 Conteúdo das parcerias	47
3.3.1 A descrição do objeto, a previsão de prazo e a possibilidade de prorrogação.....	47
3.3.2 Descrição do monitoramento e da prestação de contas.....	49
3.3.3 Cronograma de desembolso.....	50
3.3.4 Indicação da dotação orçamentária.....	51
3.3.5 Plano de trabalho.....	52
3.3.5.1 Contexto histórico.....	52
3.3.5.2 O Plano de Trabalho na Lei nº 13.019/2014.....	54

3.3.5.2.1 Descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado o nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas (art. 22, inciso I, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015).....	54
3.3.5.2.2 Descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados (art. 22, inciso II, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)	55
3.3.5.2.3 Previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria (art. 22, inciso II-A, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)	56
3.3.5.2.4 Forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas(art. 22, inciso III, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015).....	57
3.3.5.2.5 Definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas (art. 22, inciso IV, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)	58
3.4 Procedimento para a contratação	58
3.4.1 Procedimento para a escolha da entidade	58
3.4.1.1 Chamamento Público.....	59
3.4.1.2 Hipóteses em que o chamamento público é dispensado.....	62
3.4.2 Avaliação da capacidade operacional da entidade.....	64
3.4.3 Pareceres técnico e jurídico	64
4 – CONTROLE E RESPONSABILIDADE	67
4.1 Termos de Parcerias com as OSCIP's	68
4.2 Termos de Colaboração e de Fomento com as Organizações da Sociedade Civil..	71
4.2.1 Relatório de Execução do Objeto	72
4.2.2 Relatório de Execução Financeira	74
4.2.3 Relatório de visita técnica in loco.....	74
4.2.4 Relatório técnico de monitoramento.....	76
4.2.5 Prestação de contas anual	77
4.2.6 Prestação de contas final.....	78
4.3 - Responsabilidade dos Agentes e das Organizações Da Sociedade Civil	79
4.3.1 Lei nº13.019/14 – Penalidades previstas pelo Marco Regulatório do Terceiro Setor ...	80
4.3.2 Lei Anticorrupção	81
CONCLUSÃO	83
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta a análise do controle exercido sobre os ajustes firmados entre a Administração Pública e as entidades privadas integrantes do *Terceiro Setor*, o qual é identificado pelas pessoas jurídicas que prestam serviços sociais em regime de colaboração.

Durante as últimas décadas, houve um aumento substancial nos montantes financeiros repassados pelo Estado para estas entidades, impulsionando este setor e possibilitando que importantes trabalhos fossem realizados, como uma forma de melhor atender às demandas da sociedade. Tal atividade atingiu tamanha relevância que, atualmente, são vistas como verdadeiras parceiras da Administração Pública e atuam nas mais diversas áreas e seguimentos.

Ao lado do aparecimento deste modelo de prestação de serviços públicos, surgiu a necessidade de aprimoramento dos métodos e procedimentos de controle sobre a utilização dos recursos financeiros e a execução destas parcerias, de modo a repelir o malbaratamento do patrimônio público.

Neste contexto, apresenta-se o presente estudo com o objetivo de analisar os detalhes dos controles judicial, técnico e social exercidos sobre estas parcerias. Um controle que vai além dos aspectos meramente formais, investigando e delimitando a competência discricionária do gestor quanto às disposições e execuções destes ajustes.

Não é suficiente verificar se as metas estabelecidas foram cumpridas, elemento essencial para a aprovação das contas da entidade; também é necessário fiscalizar o processo de elaboração destas metas, com a verificação dos parâmetros utilizados, a necessidade e adequação da contratação e, principalmente, a justificativa do gestor público por optar em delegar estas atividades para a iniciativa privada ao invés de prestá-las diretamente pelo aparato estatal.

Firmes neste propósito, desenvolveremos a nossa explanação em quatro partes, divididas da seguinte forma: no primeiro capítulo, apresentamos o contexto e as razões que levaram a uma reformulação do Estado com a redistribuição das suas funções, bem como as alterações constitucionais e legislativas que foram necessárias para respaldar a criação de um novo modelo de Administração Pública.

Em seguida, analisaremos os princípios constitucionais que influenciam estas parcerias, os quais são imprescindíveis para proporcionar higidez ao ordenamento jurídico e para respaldar os controles jurisdicional, externo e social sobre os atos administrativos.

Em continuidade, passamos a examinar a Lei nº 13.019/2014, com as alterações da Lei nº 13.204/2015. Este novo diploma normativo – também chamado de Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – estabeleceu diretrizes e instituiu normas de caráter moralizador, que serão importantes no combate ao emprego irregular de recursos públicos. Dentre elas, podemos citar o detalhamento dos itens do Plano de Trabalho, o processo de escolha da entidade por critérios objetivos e a obrigatoriedade da realização de um diagnóstico prévio.

Finalmente, trataremos a respeito das formas de prestação de contas das entidades e da importância na realização de um controle efetivo sobre os repasses. Atribui-se a importância devida ao controle sobre os resultados aferidos, sem deixar de lado as técnicas da Administração Burocrática, que são próprias ao combate do patrimonialismo e do fisiologismo, ambos presentes na prestação de serviços públicos nas mais diversas esferas de governo.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TERCEIRO SETOR

1.1 Definição e Origem do Terceiro Setor

Existe uma grande variedade de temas relacionados ao Terceiro Setor, especialmente em razão da aprovação da Lei nº 13.019/2014. Este trabalho se propõe à análise desta lei, dando enfoque aos dispositivos que visam concretizar uma gestão de resultados, sem se distanciar da legalidade e da moralidade administrativa, acreditando que um controle eficiente será capaz de prevenir, constatar e corrigir eventuais desvios que possam haver nas parcerias firmadas entre o Terceiro Setor e o Poder Público.

Terceiro Setor é um termo utilizado pelos juristas para identificar as entidades que não integram o setor estatal (primeiro setor) e tampouco desempenham atividades empresariais (segundo setor)¹. Esta terminologia é extremamente abrangente, gerando dificuldade para padronizar o tratamento conferido às diferentes entidades que se apresentam com formas jurídicas distintas, tais como as associações, cooperativas e organizações religiosas.

Do mesmo modo, há certa dificuldade na catalogação de dados do Terceiro Setor, pois não há especificação de quais tipos de pessoas jurídicas podem ser enquadradas nesta categoria.

Dentre tantos ilustres juristas que se dedicaram à acepção do termo, optamos por parafrasear José Eduardo Sabo Paes, que define o Terceiro Setor da seguinte forma:

Podemos, assim, conceituar o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento².

Em outras palavras, o *Terceiro Setor* é a designação que utilizamos para nos referirmos às entidades privadas, sem fins lucrativos que, através de diferentes instrumentos jurídicos, firmam parcerias com o Estado para desenvolverem atividades de interesse da coletividade.

¹ ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 186.

² SABO PAES, José Eduardo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 88.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao explicar sobre o *Terceiro Setor*, o inclui dentro das chamadas entidades paraestatais, posicionando-o ao lado das entidades de utilidade pública, entidades de fins filantrópicos e os serviços sociais autônomos³.

Segundo José Eduardo Sabo Paes, a origem do Terceiro Setor está ligada à religião e ao sentimento de solidariedade e voluntarismo incentivado pelas igrejas. No Brasil, estas entidades começaram a se tornar mais presentes entre os anos de 1960 e 1970, com o empenho das “comunidades de base” – setores da Igreja Católica – que se organizaram para disseminar a religião e para atender as necessidades sociais daqueles que as frequentavam⁴.

Estas entidades foram ganhando espaço e importância, ao lado do crescente rol de direitos sociais que os cidadãos foram adquirindo com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, no início do século passado. Neste contexto e, diante da incapacidade do Estado em atender todas as demandas sociais, o Estado passou a incentivar, principalmente por meio de incentivos fiscais, instituições particulares que desenvolvessem alguma atividade assistencial, educacional, cultural ou voltada à saúde em benefício da comunidade.

Mas, foi na década de 90 que estas entidades privadas – então conhecidas como ONG – ganharam força em todo o mundo. Neste sentido, cita-se o Plano de Ação elaborado na Cúpula das Américas em Miami, em 1994, o qual passou a considerar as ações das ONG’s como uma questão de política pública. Vislumbrou-se a possibilidade de parcerias entre o Estado e estas entidades privadas para a prestação de serviços públicos, o que implicaria em incremento do atendimento à população, sem aumento da máquina estatal. A partir deste Plano, programou-se reformas constitucionais e regulamentares em diversos países, de modo a estimular este setor da sociedade e, assim, por intermédio destas parcerias, possibilitar o aumento quantitativo e qualitativo na prestação de serviços pelo Estado⁵.

No Brasil, a implementação desta política se iniciou com o Plano da Reforma do Estado, em um período em que o governo se preocupava com o reequilíbrio das contas públicas. Desta forma, o Plano da Reforma tinha, dentre outros propósitos, a redução das atribuições do Estado por meio da transferência de algumas das suas funções para a iniciativa privada, diminuindo conseqüentemente o aparato estatal.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 319.

⁴ SABO PAES, 2003, p. 93.

⁵ 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: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parceiras Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011..p. 526

1.2 A Reestruturação do Estado Brasileiro

Ao longo da história, o Estado assumiu diferentes funções frente as necessidades da sociedade. Tivemos o Estado Liberal, cuja atuação foi predominantemente negativa, ou seja, criaram-se obstáculos para impedir a intervenção estatal nas relações privadas. Em seguida tivemos o Estado Social, com a criação de obrigações positivas ao Estado, de modo a colaborar com a justiça social e econômica.

A primeira Constituição brasileira a aderir à ideologia do Estado Social foi a Constituição de 1934. Inspirada, à época, pelas ideologias existentes na Europa, que eram fruto dos efeitos do Pós I-Guerra, nesta Constituição foram previstas proteções à família, educação, cultura e relações trabalhistas, além da existência de dispositivos a respeito da previdência social e da função social da propriedade⁶.

Com relação às políticas econômicas, durante o governo de Getúlio Vargas, observamos um momento de industrialização do país através da intervenção direta do Estado. Além disso, houve um processo de racionalização da administração pública, o surgimento das carreiras públicas com o ingresso no serviço público mediante concurso e a incorporação da perspectiva da função orçamentária como atividade formal e vinculada ao planejamento⁷.

A Constituição de 1934 viveu por um curto período, sendo sucedida por períodos ditatoriais e democráticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu um Estado de Direito Democrático, cujas funções estatais o definem como Estado Social. Já a Constituição de 1988 atribuiu ao Estado a função de prover direitos fundamentais e sociais, estabelecendo, dentre os seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, conforme previsto em seu artigo 3^o.

Entendemos como pertinente o posicionamento de Carolina Zancaner Zockum quando expõe que a intervenção do Estado no domínio social é um *dever inescusável* e os poderes

⁶ ZOCKUM, 2009. p. 22.

⁷ BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2018.p. 18

⁸ ZOCKUM, op. cit., p. 26.

atribuídos à Administração Pública são instrumentos para a concretização dos direitos previstos pelo artigo 6º da Constituição da República, como educação, saúde, assistência aos desamparados, dentre outros⁹. Em que pesem os avanços sociais trazidos por meio dos instrumentos jurídicos, criados pelo Estado Social, tornou-se um grande desafio a efetivação dos direitos para os cidadãos.

Assim, no início dos anos 90, com a redefinição de suas funções, o Estado planejou a Reforma, deixando de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social, para atuar como um agente regulamentador e fomentador¹⁰.

Segundo os idealizadores desta reforma, a estrutura do Estado poderia ser redefinida com base na divisão de atividades em quatro diferentes setores: *núcleo estratégico*, no qual figuraria a cúpula dos três Poderes somando-se ao Ministério Público, os quais seriam os responsáveis pela definição das políticas públicas; *atividades exclusivas*, as quais compreenderiam aquelas funções que podem ser executadas somente pelo Estado, como é o caso do fomento; *serviços não exclusivos*, que corresponderiam à atuação conjunta com o privado para a execução de atividades que envolvem direitos fundamentais ou que geram benefícios para toda a coletividade, como é o caso da educação e da pesquisa científica; *bens e serviços para o mercado*, o qual seria predominantemente explorado pela iniciativa privada.

Dentre inúmeras propostas e ações descritas no plano, convém destacar quatro metas traçadas, que auxiliariam no fortalecimento dos setores descritos acima: aumentar a efetividade do núcleo estratégico através de uma administração gerencial; transferir para o setor privado os *serviços não exclusivos*, com a criação de organizações sociais responsáveis para tanto; capacitar os integrantes do núcleo estratégico para supervisionar as organizações sociais; criar conselhos de administração com a intenção de inserir um controle social sobre as organizações sociais¹¹.

Surge então o fenômeno conhecido como *publicização* da educação, saúde, cultura e pesquisa científica, o qual consistia na transferência destas atividades para o setor público não-estatal, estabelecendo um regime de parceria entre Estado e sociedade para o seu financiamento e controle¹². Este processo tinha como principal argumento o fato de que estes serviços seriam

⁹ ZOCKUM, 2009. p. 34.

¹⁰BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2018. p. 12

¹¹Ibid., p. 45.

¹²Ibid., p. 13.

prestados de maneira mais eficiente se executados pela iniciativa privada, mediante o financiamento público

1.3 A mudança da administração pública burocrática para a gerencial e a contratualização dos controles

Outra questão tratada pela Reforma do Estado foi o modelo de gestão existente na Administração Pública e a forma de controle existente sobre os governantes.

Até então, o ordenamento jurídico era estruturado com base na administração pública burocrática, a qual foi criada para inibir práticas arbitrárias dos administradores públicos. Assim, considerando a cultura arraigada no patrimonialismo, clientelismo e nepotismo, o legislador estabeleceu procedimentos rígidos e com pouca margem de decisão por parte do gestor. Como exemplo citamos a rigidez das normas atreladas a realização de concurso público, procedimento acurado de compras e orçamentos públicos detalhados.

Com a Reforma do Estado, progredimos – ao menos normativamente – para um modelo de administração gerencial, o qual pressupõe um aumento de competências discricionárias do gestor público, cujo controle de suas ações será feito com vistas no resultado das políticas públicas.

Segundo o Plano de Reforma, estabeleciam-se três pilares para esta forma de administração¹³:

- a) definição precisa de objetivos de políticas públicas;
- b) conferir maior autonomia aos administradores;
- c) o controle deve ocorrer *a posteriori*, com a averiguação do cumprimento das metas pré-estabelecidas.

Contudo, para retirar as travas impostas pelo regime burocrático e conferir maior liberdade ao gestor público, assumiu-se a seguinte premissa: o patrimonialismo deixara de existir a partir da redemocratização do país, pois as eleições diretas inibiriam as práticas de malversação dos recursos públicos, considerando que aqueles que apresentassem condutas

¹³BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2018. p. 16

indesejáveis seriam repelidos pela população nas eleições seguintes. Assim, disseminou-se a ideia de que os administradores seriam merecedores de um voto de confiança da população e apenas a *posteriori* sofreriam os controles, tendo como parâmetro as metas pré-estabelecidas¹⁴.

Este aumento da autonomia e o controle por metas passou a ser feito por meio de contratos, entre o superior hierárquico e os responsáveis por gerenciar os órgãos ou pessoas jurídicas da Administração Indireta. Posteriormente, foi este mesmo modelo de controle que foi estabelecido para os ajustes firmados com as entidades do Terceiro Setor, redefinindo a forma da prestação de contas, focando nos resultados alcançados e atenuando o controle sobre os procedimentos realizados pelas entidades.

1.4 O Terceiro Setor e a atividade de fomento

Conforme visto, durante a década de 90, passamos por uma redefinição das funções do Estado, havendo um nítido movimento de retirada do setor estatal de algumas frentes, abrindo espaço para a iniciativa privada. Pairava a ideia nem de Estado mínimo e tampouco de Estado controlador, mas do Estado subsidiário. Segundo esta formatação, uma entidade superior – o Estado – não interfere em atividades que a entidade inferior – a sociedade – consegue por si mesma executar. Em outras palavras, o Estado passa a ter uma função subsidiária, presente apenas quando a iniciativa privada não consegue alcançar resultados satisfatórios, de maneira mais eficaz que o Estado¹⁵.

Para o bom funcionamento do Estado subsidiário, é necessária uma cidadania ativa, pois eleva a coletividade para primeiro plano da estrutura organizacional e atribui à iniciativa privada a função de prestar serviços de interesse geral, a partir de uma ideia de solidariedade¹⁶.

Uma das formas encontradas para fazer a transição para o Estado subsidiário, com a transferência dos serviços sociais para a iniciativa privada, foi o fomento da atividade privada. O fomento, por definição, é uma forma do atuar da Administração Pública. Consiste em uma função administrativa, subjugada ao regime jurídico de direito público, com o objetivo de

¹⁴BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2018. p. 54.

¹⁵ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 17

¹⁶Ibid., p. 20

auxiliar, proteger ou incentivar a iniciativa privada, através de programas como benefícios fiscais, subvenções e financiamentos.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha divide em duas espécies a atuação da Administração: a) de modo direto, em que o próprio Estado realiza os seus atos, de forma a atingir o objetivo pretendido; indireto, por meio de atos, fatos e procedimentos que induzem ou incentivam os particulares a se comportem de determinada forma ou realizarem determinadas atividades, de modo a atingir finalidades de interesse público, sem que seja necessária a utilização da força coercitiva do Estado¹⁷:

Tradicionalmente as funções do Estado são divididas em prestação de serviço público e intervenção no domínio econômico, submetendo-se aos regimes públicos e privados, respectivamente. A função de fomento, típica função administrativa, se insere ao lado das funções tradicionalmente tratadas, sob o regime de direito público e conquistou grande importância durante a década de 90, em razão da reconfiguração do Estado. Com o fomento, haveria um incremento no atendimento das demandas sociais sem que houvesse o correspondente aumento do aparelho estatal¹⁸.

O fomento pode ser dividido em positivo ou negativo, segundo a vontade inferida do particular; e honorífico, econômico ou jurídico, conforme o benefício conferido ao particular. O fomento econômico pode ser classificado como vantagens econômicas dirigidas para aqueles que tiverem determinado comportamento que a lei escolher. Neste caso, a depender de qual será o benefício, o fomento econômico, em sentido estrito, pode ser dividido em real, fiscal, creditício e econômico.

Em razão da abrangência de temas que estão relacionados ao fomento econômico, iremos nos deter a tratar da subvenção, que se insere como uma espécie de fomento econômico em sentido estrito.

Os artigos 16 e seguintes, da Lei nº 4320/1964, dividem as subvenções em sociais e econômicas. Neste caso, a subvenção social será concedida a entidades sem fins lucrativos, com vista a prestar serviços de assistência social, médica e educacional; por outro lado, as subvenções econômicas serão destinadas a entidades públicas ou privadas, mas com finalidade lucrativa.

¹⁷ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. 2006, p. 23

¹⁸Ibid., p. 26.

No caso do Terceiro Setor, interessa-nos o regime jurídico das subvenções, as quais são utilizadas como forma de custear parte das atividades das entidades, possibilitando que elas ampliem o rol de serviços prestados.

1.5 A criação das Organizações Sociais

Uma das medidas tomadas para a implementação da Reforma do Estado foi a promulgação da Lei nº 9.637/1998, a qual criou o título de Organizações Sociais e estabeleceu um regramento próprio para ajustes firmados entre a Administração Pública e a entidades do Terceiro Setor.

O título de Organização Social possivelmente teve inspiração nos Serviços Sociais Autônomos, cuja criação foi por meio dos Decretos-lei nº 4048/1942, 9403/1946 e 9853/1946, autorizando que pelas Confederações Nacionais houvesse a criação de entidades que atendessem interesses de relevância pública e, em contrapartida, o Estado financiaria estas atividades por meio de contribuições parafiscais¹⁹.

Ocorre que, diferentemente do que aconteceu com os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações Sociais foram idealizadas com o intuito de absorverem as atividades do Estado. A substituição de entidades públicas por Organizações Sociais foi criticada pela doutrina, citando como exemplo Carolina Zancaner Zockum, cujo entendimento é o de que estava se transferindo um bem público para as mãos de particulares, que não precisavam comprovar experiência técnica na área, capacidade financeira para a execução dos trabalhos e tampouco haviam se submetido a um processo de escolha isonômico²⁰.

Trata-se de entidades privadas sem fins lucrativos que, cumpridos certos requisitos em lei, submetem à Administração Pública um pedido de credenciamento, o qual, uma vez julgado positivamente, confere à entidade o título de “Organização Social”. Com isso, a entidade estaria apta a realizar contratos de gestão com a Administração Pública, no qual seriam estabelecidas as condições para a prestação de um serviço e as metas para o mesmo.

É importante esclarecer que este contrato de gestão é diferente dos contratos firmados com as entidades da Administração Pública Indireta. Apesar de carregar o mesmo nome, são instrumentos totalmente distintos, uma vez que ajustes firmados entre entidades públicas devem

¹⁹DI PIETRO, 2017. p. 350.

²⁰ZOCKUM, 2009. p. 212.

respeito a princípios de Direito Público. As Organizações Sociais, por outro lado, são entidades de direito privado e, portanto, com autonomia própria do direito privado.

O ponto em comum ao contrato de gestão firmado com a OS e com as empresas públicas diz respeito ao estabelecimento de metas em troca de maior liberdade na gestão de recursos públicos. A intenção era que a compra de produtos, a contratação de serviços e pessoal, o planejamento orçamentário não precisariam seguir as regras de licitação, concursos e dotações prévias.

O contrato de gestão com as Organizações Sociais, além de prever a possibilidade de repasses, a título de subvenção para estas entidades, é formalizado mediante lei que possibilita a cessão de pessoal, infraestrutura e equipamentos necessários para a execução das atividades, havendo assim uma verdadeira transferência da prestação do serviço do ente público para a entidade privada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro denomina este deslocamento como *fuga das amarras do direito administrativo*, haja vista que o direito privado confere aos gestores maior liberdade para atuarem, o que é incompatível com o direito público. Exigências como a realização de concurso público para a contratação, a estabilidade do servidor público, as minúcias das normas orçamentárias, a realização de licitação prévia para a compra de produtos ou a contratação de serviços, dentre outros mecanismos de controle desaparecem quando passamos para o regime privado²¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello critica ainda o fato de que não é autorizado à Administração Pública derrogar competências que lhe foram conferidas pela Constituição da República. O fato de a Constituição prever uma série de serviços que devem ser prestados tanto pela Administração Pública quanto pelo Estado, não autoriza o Estado a transpassar para a iniciativa pública todo o serviço que lhe é demandado, da forma como pretendeu com a criação das OS²².

²¹DI PIETRO, 2017. p. 383.

²²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 245.

1.6 Criação das Organizações da Sociedade de Interesse Público

Com alguns pontos em comum às Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade de Interesse Público foram criadas através da Lei nº 9790/1999, trazendo algumas modificações às contratações firmadas com o Terceiro Setor.

Já com uma visão de parceria com a Administração Pública, em que as atividades desempenhadas pelo Terceiro Setor complementariam aquelas desempenhadas diretamente pela Administração, a criação destas organizações deixou de ter como objetivo absorver as atividades das entidades públicas. Com estas alterações, passou-se a falar, especificamente, de fomento, e não de uma substituição do público em relação ao privado²³.

De modo geral, a lei evolui em uma série de aspectos, como a previsão de regras claras e objetivas para o credenciamento da entidade como Organização da Sociedade de Interesse Público e vedou a transferência de pessoal e de bens em favor da entidade²⁴.

1.7 A realidade do Terceiro Setor

Ao longo dos mais de vinte anos que sucederam a Reforma do Estado, presenciamos problemas e avanços nos ajustes firmados entre a Administração Pública e o Terceiro Setor. Tivemos casos de sucesso, contudo, também ocorreram escândalos de corrupção, concessão de privilégios e baixa qualidade no serviço prestado, tudo isso sem possuir um sistema de controle e prevenção capaz de inibir práticas condenáveis.

Houve um aumento substancial na quantidade de entidades sem fins lucrativos dedicadas às atividades voltadas ao interesse público, tendo a Reforma atingido o seu objetivo, qual seja, fortalecer a iniciativa privada para que ela mesma fornecesse serviços que até então eram prestados predominantemente pelo Estado.

Contudo, é importante esclarecer que havia uma grande dificuldade em consolidar os dados financeiros relacionados ao Terceiro Setor, pois a terminologia utilizada é incerta e causa conflito de interpretação. De todo modo, houve estudos baseados nas transferências realizadas pela União, para as denominadas Entidades Sem Fins Lucrativos – ESLF, o que engloba

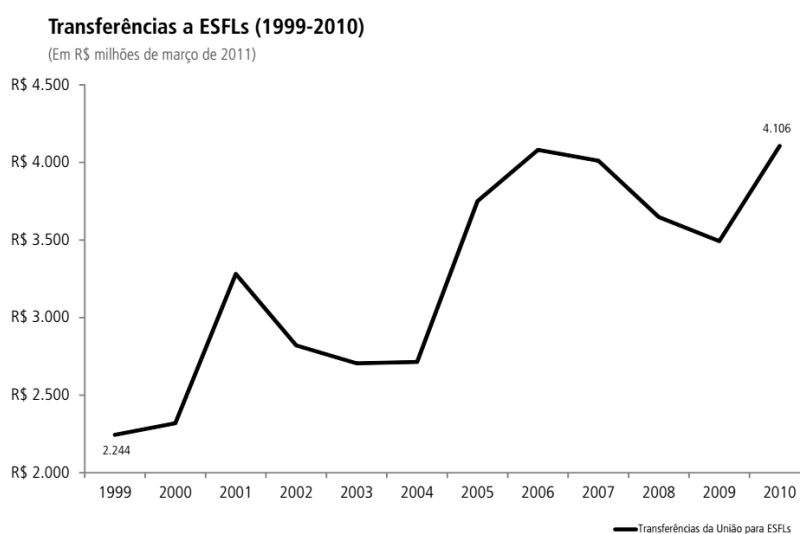
²³ZOCKUM, 2009, p. 222.

²⁴DI PIETRO, 2017, p. 366.

templos religiosos, partidos políticos, dentre outras pessoas jurídicas que não sejam necessariamente associações.

O Instituto de Pesquisa Estatística Analítica – IPEA elaborou três estudos, publicados em 2012, 2013 e 2014, os quais demonstram com clareza, a evolução destas Organizações, desde o início dos anos 2000:

No primeiro trabalho, publicado em 2012, verificou-se um aumento significativo de transferência de recursos públicos para as Entidades Sem Fins Lucrativos – ESFL, de aproximadamente 82% entre os anos de 1999 e 2010, conforme gráfico abaixo²⁵:



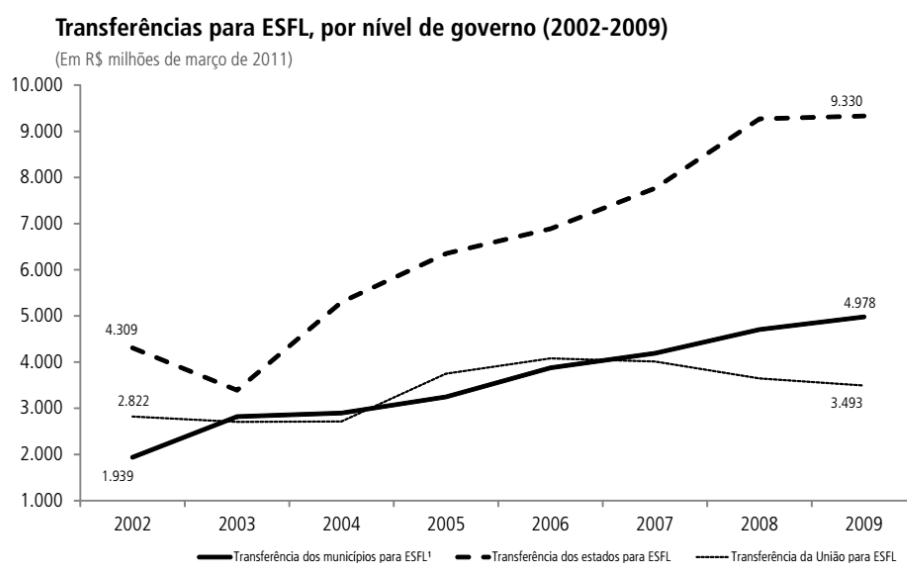
Fonte: Orçamento Brasil. Elaboração dos autores.

Obs.: 1. Valores liquidados e deflacionados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidos Amplo (IPCA)

2. Aqui foram consideradas as transferências feitas pela modalidade 50, que indica as transferências governamentais federais às ESFLs. De acordo com o Tesouro Nacional, “a modalidade de aplicação tem por finalidade indicar se os recursos são aplicados diretamente por órgãos ou entidades no âmbito da mesma esfera de Governo ou por outro ente da Federação e suas respectivas entidades, e objetiva, precipuamente, possibilitar a eliminação da dupla contagem dos recursos transferidos ou descentralizados. Também indica se tais recursos são aplicados mediante transferência para entidades privadas sem fins lucrativos (...)” (STN, 2008, p.113). Mas a modalidade 50 não capta eventuais transferências de recursos que serão repassadas à ESFL’s por estados e municípios. Neste caso, esses recursos são classificados como transferências a municípios (modalidade 40) e transferências a estados e ao Distrito Federal (modalidade 30). Saber o volume de recursos que são voluntariamente transferidos para estados e municípios a fim de serem repassados a ESFL requer análise específica da despesa orçamentária dos entes subnacionais. Essa não foi tarefa deste texto.

²⁵LOPEZ, Felix; BUENO, Natália. Transferências federais a entidades privadas sem fins lucrativos (1999-2010). In: **Texto para discussão**. Rio de Janeiro: Ipea, n. 1778, out. 2012. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent§ion=31&Itemid=351 > Acesso em: 06 mar. 2018. p. 10.

Por outro lado, essa mesma pesquisa demonstrou que inicialmente a União firmou muitas parcerias com as entidades sem fins lucrativos, tendo o seu ápice em 2006. Contudo, após este marco temporal, o montante de recursos federais repassado para estas entidades reduziu, ao passo que Estados e Municípios começaram a aumentar o valor total de repasse. A este fenômeno – visualizado no gráfico abaixo – atribuiu-se o fato de que, na prática, Estados e Municípios são os responsáveis por executar os serviços públicos, o que explica esta realocação de recursos.²⁶



Fontes: Tesouro Nacional e Orçamento Brasil. Elaboração dos autores.

Nota. ¹O volume de recursos transferidos por municípios é uma estimativa bastante próxima do total de recursos, pois o número de municípios incluídos a base relatório *Finanças do Brasil* (Finbra) variou ao longo dos anos, mas inclui sempre mais de 95% das cidades brasileiras. Ademais, os municípios de porte médio e grande, que concentram os maiores orçamentos, estão sempre presentes. O leitor deve estar atento que, por indisponibilidade de dados, a série vai até 2009, e não 2010.

Obs.: 1. Valores empenhados, devido à indisponibilidade de dados liquidados para estados e municípios

2. Valores deflacionados pelo IPCA

3. Foram consideradas as transferências feitas na modalidade 50.

Já em 2014, o IPEA publicou um novo estudo a respeito das transferências de recursos públicos para as entidades sem fins lucrativos, quando então o seu foco foi unicamente os repasses de recursos federais. Neste contexto, constatou-se a existência de 7117 convênios, respaldando a transferência de R\$ 7.257.866.287,00 para as entidades. Na pesquisa, constatou-se também que a maior parte destas transferências são destinadas à *manutenção das*

²⁶Ibid., p. 11.

unidades de saúde e ações de programas de saúde, não restando dúvida de que o principal campo de colaboração destas Organizações é no campo da saúde²⁷.

Outro trabalho de suma importância foi o realizado pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal, criada por meio do Requerimento nº 201/2007-SF, com o objetivo de investigar eventuais irregularidades nos repasses feitos pela União em favor das ONG's no período de 1999 a 2009.

Constatou-se, por exemplo, que o aumento no montante dos repasses para as entidades não foi acompanhado pelo necessário aperfeiçoamento dos procedimentos de fiscalização destas transferências.

Segundo apurou-se à época, foram efetivamente liberados R\$ 13,2 bilhões entre 1999 e 2006, dos quais cerca de R\$ 6,8 bilhões ainda não haviam sido objeto de exame na data do levantamento (novembro de 2007), em razão da morosidade da Administração na apreciação da prestação das contas ou em virtude da ausência da prestação de contas por parte das entidades²⁸.

Além disso, constatou-se uma divergência no sistema de controle destes convênios. Segundo o SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, apenas 3,9% do valor total dos convênios – R\$ 894,35 milhões - apresentaram problemas na prestação de contas, constando as entidades receptoras como inadimplentes. Contudo, considerando, no mesmo período, o montante de recursos cujo gasto não havia sido comprovado ou que suas prestações de contas haviam sido reprovadas, chegava-se ao valor de R\$ 5,64 bilhões, o que representa 23,01% do valor total de convênios firmados²⁹.

Em outras palavras, apesar de estarem irregulares perante a Administração Pública, estas entidades conseguiam firmar novos acordos e receber novos repasses, em razão do descontrole da Administração Pública.

Apurou-se, também, a prática reiterada da emissão de pareceres *pró forma*, sem a verificação se as entidades efetivamente realizaram o objeto dos convênios a que estavam

²⁷LOPEZ, Felix et al. A interação entre Organizações da Sociedade Civil e Governo Federal: colaboração nas políticas públicas e aperfeiçoamentos regulatórios possíveis. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Brasil em Desenvolvimento 2014**: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília, DF: Ipea, 2014. v. 2. p. 329-346. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&view=alphacontent&Itemid=357> Acesso em: 06 mar. 2018. p. 334.

²⁸BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da CPI das ONGs**: criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPI_ongs.pdf?sequence=6> Acesso em: 10 jan. 2018. p. 201.

²⁹ *Ibid.*, p. 205.

vinculadas³⁰. Ou ainda, que entidades eram utilizadas para a prestação de serviços totalmente alheios ao seu objeto social³¹, fazendo uso de todos benefícios fiscais que possuem e das facilidades para contratação que lhe são conferidas

Outra constatação também feita pela Comissão e que vale a pena ser discutida é a relação existente entre parlamentares e as entidades do Terceiro Setor. As entidades comumente buscam apoio de algum parlamentar para que possam ter acesso a recursos financeiros públicos, seja em razão da possibilidade do parlamentar apresentar emendas ao orçamento para destinar verbas a estas entidades, ou seja em razão da sua influência junto ao Chefe do Executivo. Em alguns casos, atesta a CPI, que há verdadeira simbiose entre os parlamentares e as entidades, que organizam as suas atividades de acordo com as orientações e interesses do congressista³².

E, para completar, tantos outros problemas foram relatados, quais sejam: planos de trabalho mal elaborados, ausência de análise de custos das atividades, falta de análise da capacidade técnica e financeira da entidade antes da contratação, entidades completamente dependentes dos repasses feitos pelo Estado, terceirização dos serviços, ausência de processo seletivo objetivo para a escolha da entidade, ausência de instrumentos de avaliação de resultados, fraudes na aquisição de produtos e serviços por parte das entidades, utilização dos recursos financeiros do convenio em finalidades diversas das contratadas³³.

Em vista deste cenário descrito, Ricardo Marcondes Martins alerta para o fato de que o aumento de transferência de recursos financeiros para as entidades privadas, sem controles rígidos do Direito Administrativo (necessidade de concurso público para a contratação, licitação e regras de direito financeiro) foi acompanhado por um incremento na malversação dos recursos públicos e de corrupção³⁴.

Para tentar coibir estes abusos, o Tribunal de Contas da União se empenhou na fiscalização que foi de suma importância para a transformação desta realidade. Com fundamento no artigo 70 da Constituição da República, o Tribunal de Contas da União auditou

³⁰ Ibid., p. 483.

³¹ Ibid., p. 793

³² Ibid., p. 523.

³³ BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da CPI das ONGs**: criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPI_ongs.pdf?sequence=6> Acesso em: 10 jan. 2018. p. 1118-1125

³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à Informação e Transparência nas Parcerias Voluntárias. In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017 – KINDLE. p. 7190.

diversas transferências realizadas em favor destas entidades, tecendo recomendações, elaborando cartilhas e aplicando penalidades quando necessárias.

Em 2006, o Tribunal de Contas da União apresentou um Relatório Consolidado das Auditorias realizadas sobre os recursos federais repassados a Organizações Não-Governamentais, por meio de convênios, contratos de repasse e instrumentos similares, descrevendo os problemas e apresentando orientações para o aperfeiçoamento do gasto público³⁵.

Dentre as numerosas sugestões e determinações da Corte de Contas, podemos citar:

- a) a necessidade de aprimoramento do pessoal, tanto de servidores públicos quanto daqueles ligados diretamente às entidades, de modo a incrementar o processo de elaboração e avaliação dos planos de trabalho, através da realização de seminários, elaboração de cartilhas contendo as prescrições mínimas para a elaboração, execução, e prestação de contas dos projetos sociais e a apresentação de um projeto-piloto, a servir como exemplo para os demais órgãos e pessoas jurídicas da Administração Direta e Indireta;
- b) a criação de um procedimento diferenciado para os ajustes que contemplem recursos financeiros de maior monta;
- c) a ampliação do controle social, com a catalogação das entidades, contemplando o objeto social descrito no seu instrumento de criação, a situação jurídica em que as mesmas se encontram junto aos órgãos da Administração, a descrição dos ajustes firmados e a prestação das referidas contas, tudo disponibilizado em plataforma web com acesso a todos os cidadãos;
- d) o estabelecimento de critérios objetivos para a escolha das entidades; e
- e) a padronização do processo de contratação, que garanta o controle preventivo através da análise do plano de trabalho sob os aspectos técnicos e financeiros.

Uma significativa parcela destas orientações foi sendo incorporada ao ordenamento jurídico, por meio de decretos, instruções normativas, entendimentos jurisprudenciais, atuação

³⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União - Plenário. Acórdão nº 2066/2006, Relatório de Auditoria, processo nº 015.568/2005-1. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 08 de novembro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2018..

dos juristas que acompanhavam o tema, interpretações feitas a luz dos princípios do Direito Administrativo.

Em 2014, após inúmeras audiências públicas e de ampla participação dos setores da sociedade, foi promulgada a Lei nº 13.019/2014, também conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, apresentando um conteúdo moralizador destes ajustes firmados com a Administração Pública, com controles mais rígidos e penalidades mais rigorosas. Contudo, antes mesmo de entrar em vigência, a Lei nº 13.204/2015 alterou significativamente o seu conteúdo, retirando alguns dos avanços obtidos e mantendo ainda espaços para a arbitrariedades do Poder Público.

Portanto, partindo de uma análise principiológica, estudaremos com detalhes, nos capítulos seguintes, os avanços da Lei nº 13.019/2014, bem como os problemas que ainda não foram solucionados pelo diploma em questão, para então tratarmos especificamente dos dispositivos legais.

2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ÀS PARCERIAS PÚBLICAS FIRMADAS COM O TERCEIRO SETOR

A Reforma do Estado tinha como objetivo reduzir algumas das funções exercidas pela Administração Pública, transferindo a gestão e a prestação de serviços públicos em busca de uma maior eficiência no trato da coisa pública. Uma das maneiras encontradas para atingir tal objetivo foi incrementar a atividade de fomento exercida pelo Estado, com o objetivo de reduzir os custos da máquina estatal e ampliar o rol de serviços públicos prestados.

Neste contexto, José Roberto Pimenta Oliveira define a atividade de fomento como uma relação jurídica criada voluntariamente e, em razão da sua abrangência, é necessário estabelecer limites para legitimar a atuação da Administração. Assim, o fomento não pode ser considerado como mero ato de liberalidade administrativa, tendo em vista que os beneficiários destas atividades estarão em posição de desigualdade, se comparados a terceiros eventualmente interessados. *Desta inserção surge a incidência integral dos vetores principiológicos da ação administrativa no campo do fomento, que deve ser considerado como forma típica de função administrativa*³⁶.

Portanto, os princípios gerais que regem as atividades dos Terceiro Setor ganham relevo. Apesar dos prestadores de serviços passarem a ser pessoas jurídicas de direito privado, os princípios de direito publicístico continuam influenciando as atividades custeadas com recursos públicos. Com isso, é de suma importância o estudo dos princípios que incidem sobre as atividades do Terceiro Setor, pois eles respaldam as normas produzidas pelo legislativo e as intervenções realizadas pelos órgãos de controle e jurisdicional, garantindo que o interesse público seja mantido, mesmo quando a gestão destes recursos esteja em mãos privadas.

Juarez Freitas, corroborando com este entendimento, observa que o dever da *boa administração* é direito fundamental do cidadão. Desta forma, todas as atividades exercidas no bojo da função administrativa devem ter como propósito a concretização dos direitos previstos na Constituição da República, o que somente é possível por intermédio de um controle fortalecido, tendo como orientação a eficiência, a proporcionalidade, a transparência, a

³⁶OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 518.

motivação congruente, a imparcialidade, a moralidade, a participação social e a responsabilidade da Administração por suas condutas ou omissões³⁷.

Isto posto, sem a intenção de esgotar o estudo principiológico em razão da sua complexidade, analisaremos os princípios que regulam a Administração Pública em sua integralidade, previstos no artigo 37 da Constituição da República, somado aos princípios implícitos da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, teremos os contornos constitucionais da atividade administrativa e a estrutura necessária para a interpretação das normas do Terceiro Setor.

2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, pressuposto do Estado de Direito, trata-se de um rigoroso limite da função administrativa, submetendo o gestor público às regras estabelecidas pelo legislativo, Poder representante do povo.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a legalidade pressupõe a observância do fim a que se destina o preceito normativo, visto que a finalidade é o espírito da norma. Assim sendo, para a correta e verdadeira aplicação da lei, não basta a mera interpretação do texto formal, mas também é necessário investigar quais eram os objetivos pretendidos, descobrindo o real alcance da norma. Aplicar a lei sem perseguir a sua finalidade específica é, em outras palavras, desvirtuar o comando normativo e, portanto, desvio de poder³⁸.

Deste modo, o princípio da legalidade é uma importante ferramenta para os órgãos de controle³⁹, rechaçando comportamentos arbitrários, supostamente protegidos pela lei, quando, na verdade, o Estado de Direito veda contundentemente abusos e favoritismos promovidos pelos agentes públicos.

Caso patente de desvio de finalidade é o disposto pelo art. 20, da Lei nº 9.637/1998, que apesar de autorizar a absorção das atividades dos entes públicos pelas Organizações Sociais, tinha como real intenção a utilização dos contratos de gestão para substituir a atuação do Estado pela iniciativa privada na prestação de serviços públicos, em desacordo com o objetivo da

³⁷FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 26.

³⁸BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 110.

³⁹MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 82.

Constituição que era permitir que determinados serviços públicos também fossem executados pela iniciativa privada, mas não integralmente prestados por esta última⁴⁰.

2.2 Princípio da Impessoalidade

Hely Lopes Meirelles aproxima o conteúdo do princípio da impessoalidade com o da finalidade da norma. Segundo a sua concepção, o ato administrativo deve ter como objetivo único e exclusivo alcançar o interesse público protegido pela norma, sem interferências de cunho pessoal do agente público⁴¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, define o princípio da impessoalidade como uma das facetas dos princípios da igualdade ou da isonomia, a qual garante um tratamento igualitário a todos, sem discriminações ou privilégios, afastando qualquer sentimento de rivalidade ou camaradagem que possam interferir nas decisões do agente público⁴².

Juarez de Freitas atribui ao princípio da impessoalidade tanto a perspectiva negativa como a afirmativa, autorizando a Administração Pública a proteger ou desfavorecer aqueles que estiverem em situação de desequilíbrio, promovendo assim a igualdade material⁴³.

No fomento, a impessoalidade é dos princípios mais importantes, pois o incentivo pressupõe a concessão de vantagens em favor de alguns em detrimento de outros, justificada pelo desenvolvimento social que tal atitude promoverá. Por outro lado, resta claro que, quando houver desvio desta finalidade com benefícios além do estritamente necessário, estaremos diante de condutas parciais, as quais são vedadas pelo ordenamento jurídico.

2.3 Princípio da Moralidade

Segundo o princípio da moralidade, o agente público deve conduzir as suas ações dentro dos ditames estabelecidos na lei, com honestidade e boa-fé. Assim, a moralidade administrativa está intrinsecamente relacionada ao princípio da legalidade e à finalidade da

⁴⁰OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, 2006, p. 531.

⁴¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 97

⁴²BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 117.

⁴³FREITAS, Juarez, 2013. p.70.

norma, sendo que o administrador deve cumprir não apenas o dispositivo expresso mas ter o real desejo de perseguir o propósito implícito no mesmo.

De outra forma, se constatado o cometimento de um ato ilegal, realizado por dolo ou culpa, estaremos diante de uma imoralidade administrativa. Em outras palavras, Márcio Cammarosano define a imoralidade administrativa como sendo uma ilegalidade qualificada, concluindo que sem ilegalidade – em seu sentido lato - não há imoralidade⁴⁴.

O princípio da moralidade administrativa é o ponto de intersecção entre o Direito e a Moral, cuja proteção recai sobre os valores positivados pelo ordenamento jurídico, como a honestidade, bons costumes, regras da boa administração, os princípios de justiça e equidade⁴⁵. Importante esclarecer que a moral administrativa não deve se confundir com a moral cotidiana, sob o risco de incorrerem em graves injustiças e nos aventurarmos em terrenos com acentuada insegurança jurídica.

A moralidade administrativa aufere especial importância quando tratamos de atos discricionários, tendo em vista o gestor, quando pratica atos de competência vinculada, torna-se apenas um instrumento para a concretização da vontade da norma, pouco ou nada importando as intenções do agente. Por outro lado, a medida que a lei confere ao administrador certa margem de liberdade, aquele deverá se comportar de modo a dignificar a função que exerce, sem se desviar do interesse público.

Ao reconhecermos o princípio jurídico da moralidade, estamos ampliando a fiscalização sobre os atos da Administração, possibilitando um controle substancial das relações administrativas, especialmente aumentando o âmbito de atuação do poder jurisdicional. Criase mecanismos para extirpar do mundo jurídico atos que se configurem atentatórios aos valores éticos protegidos pelo ordenamento⁴⁶.

2.4 Princípio da Publicidade

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da publicidade exige a ampla divulgação dos atos e decisões tomadas pela Administração Pública, ressalvadas as poucas

⁴⁴CAMMAROSANO, Márcio. Princípio da Moralidade Administrativa e Valores Juridicizados. In: _____. **Princípio da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 102.

⁴⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 74

⁴⁶FREITAS, Juarez., 2013. p. 77.

exceções previstas pela própria Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, que autoriza a restrição de acesso a informações apenas em razão da proteção da segurança nacional e por um período predeterminado⁴⁷.

Convém ressaltar que o princípio da publicidade, quando interpretado em conjunto com o princípio da transparência, determina ao gestor um comportamento proativo, com a disponibilização de informações de maneira clara e compreensível para o homem médio.

A disponibilização de informações é de suma importância para a prática da democracia participativa, onde a população possa opinar e fiscalizar as políticas públicas, o que pressupõe que os cidadãos estejam aptos a discutir o tema. Para tanto, é evidente que a educação e o acesso à informação são requisitos básicos para que este contato com o público ocorra de maneira legítima.

Sob o aspecto do controle social sobre os atos administrativos e da implementação de uma democracia participativa, o princípio da publicidade é de grande relevo. Isto porque a Constituição da República de 1988 conferiu à democracia o *status* de princípio fundamental, construindo o Estado Brasileiro sobre os pilares de uma democracia participativa.

São inúmeros os dispositivos constitucionais que conferem direitos e garantias para o exercício da cidadania, dentre os quais podemos citar as ações constitucionais, a possibilidade de fiscalização das contas públicas e da realização de denúncia, por qualquer pessoa, junto ao Tribunal de Contas.

Contudo, todos estes dispositivos constitucionais teriam o seu conteúdo esvaziado se não fossem garantidos meios para que os cidadãos tenham informações e conhecimento suficientes analisar com criticidade as ações tomadas pela Administração Pública, sob pena de falsamente legitimar decisões políticas com base em manifestações populares induzidas. Justamente por isso que a publicidade é um dos princípios que regulam toda a atividade estatal, sem a qual não seria possível aflorar o controle social e, conseqüentemente, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Maria Coeli Simões, citando Rodolfo de Camargo Mancuso infere que um *Estado de Direito, substancialmente democrático, depende da eficácia do controle social sobre o poder, sob pena de perecimento de suas instituições básicas*⁴⁸

⁴⁷DI PIETRO, 2008, p. 67

⁴⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 5 apud PIRES, Maria Coeli

Eduardo García de Enterría esclarece que o núcleo da relação firmada entre o povo e os seus governantes é o sentimento de confiança, sem o qual haveria uma ruptura do sistema democrático. Esta confiança, segundo o autor, precisa ser viva e constante, fortalecida cada vez mais através do amplo acesso às condutas dos agentes público⁴⁹.

A Lei de Acesso à Informação deu um importante passo para a concretização da democratização das políticas públicas. Na verdade, o direito material de acesso à informação já constava na Constituição da República em sua redação original, porém, a lei estabeleceu os mecanismos e procedimentos para possibilitar o acesso, bem como critérios objetivos para a classificação de assuntos sigilosos e penalidades para os agentes que se negarem ou protelarem a disponibilização das informações⁵⁰.

Ademais, há que se ressaltar que a modernização e a criação das plataformas web impulsionaram a concretização da transparência. Em compasso com os avanços tecnológicos, a Lei nº 13.019/2014 reafirmou os pilares de uma Administração Pública transparente e em diversos dispositivos trata dos dados que deverão alimentar os sistemas online, disponível a todos, possibilitando um maior controle social.

2.5 Princípio da Eficiência

A Reforma do Estado, ocorrida ao final da década de 1990, tinha como um dos seus objetivos a estruturação de uma atividade estatal mais eficiente, com a implementação de políticas públicas que viessem a garantir concretamente os direitos dos cidadãos. O distanciamento do controle formalístico e o fortalecimento da atividade de fomento tem como respaldo, precipuamente, o princípio da eficiência.

Este princípio foi inserido como princípio geral regente da função pública com a Emenda Constitucional nº 19/98, a qual modificou a redação do artigo 37 da Constituição da República e inseriu o princípio da eficiência expressamente.

Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 45, p. 243-282, jul./dez. 2004 – Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/87>> Acesso em: 01 fev. 2018. p. 270

⁴⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009. p. 122.

⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 79, p. 15-40, mai./jun.2013. p. 30

Contudo, juristas renomados já reconheciam a existência do princípio da eficiência muito antes da Emenda Constitucional. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, já indicava o dever da *boa administração* como um objetivo a ser perseguido pelo gestor público. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, considera a eficiência como uma das facetas do princípio da legalidade, em razão do controle de finalidade dos atos administrativos, a qual obriga ao gestor escolher, dentre as opções existentes, a solução que melhor seja adequado ao caso.

Ademais, a Constituição da República, em sua redação original, já fazia menção à eficiência em alguns de seus dispositivos, como é o caso dos artigos 70, *caput*, e artigo 71, inciso VII, que tratam a respeito da economicidade dos atos administrativos e da fiscalização operacional dos Tribunais de Contas. Do mesmo modo, o artigo 16, da Lei nº 4.320/1964 estabelece que o valor das subvenções deve ser calculado utilizando-se padrões mínimos de eficiência.

Por outro lado, Paulo Modesto embora reconheça que o princípio da eficiência já regia o ordenamento jurídico antes da EC 19/1998, acredita que a sua inserção no *caput* do artigo 37 da Constituição foi uma tentativa de lhe conferir maior importância, propondo uma releitura do Direito Administrativo com um olhar mais atento para as deficiências do Estado, especialmente por ser um descumpridor contumaz de direitos sociais⁵¹.

O princípio da eficiência possui duas acepções diferentes: a primeira relacionada à eficácia da política pública, apresentando os resultados esperados e alterando concretamente a realidade social em um determinado tempo e lugar e, o outro, relacionado aos meios utilizados para este objetivo, extraindo o potencial máximo dos insumos disponíveis⁵².

Transportando tal conceito para os ajustes firmados entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, temos que a eficiência poderá ser de fato alcançada se houver um correto planejamento das políticas públicas, um plano de trabalho coerente e factível e um controle sobre os resultados apresentados.

Apenas a título de exemplo sobre a aplicabilidade e ainda, das dificuldades na aplicação do princípio da eficiência nas parcerias com o Terceiro Setor, cita-se um estudo

⁵¹MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. n.2, p. 105-119, abri/jun. 2000 Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>> Acesso em: 03 jan. 2018. p. 11.

⁵²AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, p. 1-7, mar./abr./mai. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoe.stado.com.br/artigo/antonio-carlos-cintra-do-amaral/o-principio-da-eficiencia-no-direito-administrativo>> Acesso em: 03 jan 2018. p. 4

realizado pelo Tribunal de Contas da União acerca dos contratos de gestão, firmados com as Organizações Sociais na área da saúde.

Observou-se que os entes públicos não realizavam um estudo prévio para verificar se a transferência da gestão das unidades de saúde era a melhor opção e se isto contribuiria para o controle social. Sem tal estudo, há dificuldades para realizar o cálculo dos custos necessários para a execução do contrato, formulação de metas e indicadores. Do mesmo modo, identificou-se, em muitos casos, que não foi medido eventuais ganhos de eficiência com a parceria e, ainda, que ocorreram falhas no controle sobre os resultados alcançados e deficiências em pessoal técnico capaz de avaliar os benefícios da parceria⁵³.

Diante deste contexto e na tentativa de implementar uma cultura de planejamento, a Lei nº 13.019/2014, em seu artigo 22, inciso I, tornou obrigatória a descrição da realidade, objeto da parceria, no plano de trabalho, além do impacto econômico ou social como item obrigatório nos relatórios de monitoramento e de prestação de contas, conforme disposto nos artigos 59, §1º, inciso II e artigo 67, § 4º, inciso II. Este assunto será pormenorizadamente tratado no capítulo seguinte, em razão da sua importância ao presente trabalho.

2.6 Princípio da Razoabilidade

A razoabilidade, também princípio implícito na Constituição da República, impõe ao administrador um exercício de ponderação entre os direitos, valores, interesses ou bens protegidos pelo nosso ordenamento quando houver conflito entre eles, de modo a maximizar a proteção dos mesmos e definir qual destes institutos irá prevalecer no caso concreto.

Neste contexto, a razoabilidade está intimamente relacionada à legitimação dos atos administrativos, especialmente os que expressam o exercício de competência discricionária, configurando-se verdadeiro limite para eventuais arbitrariedades que possam ser cometidas pelo gestor público⁵⁴.

No caso da função administrativa de fomentar não é diferente. O administrador deve ponderar a intensidade e a extensão do fomento sob a ótica dos objetivos públicos pretendidos.

⁵³BRASIL. Tribunal de Contas da União – Primeira Câmara. Acórdão nº 2056/2016, Tomada de Contas Especial, processo nº 010.328/2013-0. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 22 de março de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>> Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998. p. 78

O desequilíbrio entre a subvenção, aspectos factuais e o objetivo perseguido, torna o ato irrazoável, portanto, inconstitucional. De outro modo, é legítima a subvenção que mantenha vínculo axiológico entre a realidade, as metas, os efeitos esperados e efetivamente produzidos⁵⁵.

Neste sentido, José Roberto Pimenta Oliveira ensina que *sem encontrar assento na axiologia constitucional, qualquer fomento criado e implementado é mera prática velada ou explícita de arbítrio e de favoritismo, vedado pelo arcabouço racionalizador do Estado de Direito*.⁵⁶

2.7 Princípio da Proporcionalidade

Compreendido por Celso Antônio Bandeira de Mello como uma das facetas do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade legitima ações estatais cuja extensão e intensidades tenham correspondência lógica com a finalidade que se almeja⁵⁷.

A proporcionalidade é comumente analisada em três diferentes níveis, sendo que a cada etapa superada retoma-se a investigação sob um novo parâmetro, do modo que o ato administrativo somente poderá ser considerado proporcional quando superado os filtros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

José Roberto Pimenta Oliveira, estudando a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na atividade de fomento, concluiu que o fomento será:

- a) *adequado* quando for apto a atingir a finalidade esperada, ou seja, for capaz de alterar uma realidade social ou econômica existente;
- b) *exigível*, quando limitado àquilo que for estritamente necessário para se atingir o fim social ou econômico almejado, cujo desrespeito implicará em afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público; e
- c) *idôneo* quando a atividade visar atingir o bem-estar geral, pois os benefícios conferidos a apenas alguns deve visar a igualdade material, sob pena de infringir o princípio da impessoalidade⁵⁸.

⁵⁵OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, 2006. p. 537.

⁵⁶Ibid., p. 519.

⁵⁷BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 113.

⁵⁸OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, 2006, p. 526.

Com relação ao Terceiro Setor, o princípio da proporcionalidade está presente, por exemplo, na avaliação prévia por parte da Administração em relação à adequação do escopo a ser executado com os projetos ou programas previamente planejados ou em andamento.

Do mesmo modo, será necessária a parceria quando ficar demonstrado que o Estado, por si só, não conseguiria atingir os objetivos sociais traçados, ou implicaria em alto custo para a Administração.

Por fim, a parceria com o Terceiro Setor será proporcional quando a medida tiver caráter complementar à atividade estatal. Como visto no capítulo anterior, não é autorizado ao Poder Público delegar integralmente as suas funções à iniciativa privada, pois estaria se escusando de deveres impostos pela Constituição da República. Sob a ótica do princípio da proporcionalidade, o sacrifício ao princípio da indisponibilidade do interesse público não poderá ser de tal monta a ponto de invalidá-lo. Há que se ter uma razão entre o fim almejado – a prestação do serviço público – e o montante de tarefas transferidas ao setor privado.

2.8 Demais princípios que influenciam a atividade de fomento

Sílvio Luís Ferreira da Rocha elenca ainda outros dois princípios importantes para a atividade de fomento: a subsidiariedade e a repartição dos riscos.

O princípio da subsidiariedade é um escalonamento de competências e de interferências sobre as atividades econômicas e sociais entre os entes federados, permitindo que organismos menores e comunidades se organizem e executem atividades de interesse local, restringindo a atuação das organizações políticas nacionais soberanas quando os interesses não possam ser satisfeitos pelas organizações regionais⁵⁹. Em outras palavras, o princípio da subsidiariedade é o que detém a ânsia do Estado em querer controlar tudo, sendo um protetor das liberdades e das individualidades.

José Alfredo de Oliveira Baracho relaciona o princípio da subsidiariedade com o federalismo, pois a organização do Estado é o que disciplina o vínculo entre as pequenas unidades com os entes superiores, cuja relação deve ser de *integração* e *autonomia*,

⁵⁹MOREIRA NETO, 2005. p. 88.

possibilitando a criação de um Estado unitário, com respeito à paz e liberdade de cada um dos entes que o compõe⁶⁰.

No contexto da Reforma de Estado, o princípio da subsidiariedade passou a ser invocado para justificar a transferência de parte da prestação de serviços públicos para os entes privados. Segundo o pensamento da época, o intervencionismo do Estado deveria ser comedido, cabendo a ele auxiliar e incentivar da iniciativa privada para ela mesma prestasse os serviços importantes para a coletividade, cabendo ao Estado interferir como figura reguladora para conter eventuais desequilíbrios.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha interpreta com ressalvas a aplicação do princípio da subsidiariedade no ordenamento brasileiro, pois o fato da iniciativa privada também poder prestar os serviços sociais, não exonera o Estado de prestar estes mesmos serviços de forma direta e concomitante⁶¹.

Em complemento, Carolina Zancaner Zockum entende que a aplicação de tal princípio deve ser feita com ressalvas, pois a Constituição da República atribuiu ao Estado uma série de competências, das quais não pode se isentar com o argumento de que a iniciativa privada é suficiente para o atendimento das necessidades da sociedade⁶².

Com relação ao princípio de compartilhamento de riscos, Sílvio Luís Ferreira da Rocha defende, com base no artigo 16, da Lei nº 4320/1964, que a iniciativa privada deve compartilhar dos mesmos riscos a que o Estado se submete quando transfere a execução dos serviços sociais. Assim, o investimento financeiro para executar as parcerias também deve ter origem privada, considerando ilegais parcerias cuja única fonte sejam os recursos públicos⁶³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, falando a respeito das Organizações Sociais, alerta sobre a existência de entidades fantasmas, que não possuem patrimônio próprio, sede, vida própria, vivendo exclusivamente dos recursos públicos transpassados por meio do contrato de gestão⁶⁴. Carolina Zancaner Zockum também critica o fato de entidades serem criadas já com a pretensão de receber ajudas financeiras do Poder Público, ressaltando que a subvenção deverá sempre ter caráter suplementar⁶⁵. E, neste mesmo sentido, o relatório elaborado pela CPI das ONG's

⁶⁰BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade**: conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995. p. 72.

⁶¹ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da., 2006. p. 21.

⁶²ZOCKUM, 2009. p.187.

⁶³ROCHA, op. cit., p. 33.

⁶⁴DI PIETRO, 2017. p. 348

⁶⁵ZOCKUM, op. cit., p. 199.

elencou, dentre os principais problemas encontrados no Terceiro Setor, a dependência econômica que estas entidades possuem frente ao Estado⁶⁶.

Pactuamos com os posicionamentos destes autores. O fato de tratarmos de ajustes de *colaboração* entre a iniciativa privada e o Poder Público pressupõe que a entidade já desempenhe as atividades que serão fomentadas. Do mesmo modo, o supramencionado art. 16 da Lei nº 4320/1964 dispõe que as subvenções sociais terão a finalidade de suplementar a atividade privada, devendo o custo ser inferior se comparado ao serviço prestado diretamente pelo Estado.

Além disso, a Reforma do Estado planejava, dentre outros propósitos, diminuir a intervenção do Estado e reduzir os gastos públicos em razão da grave crise fiscal vivida naquela época. Ambos os objetivos não são alcançados quando os serviços transferidos continuam sendo custeados unicamente com recursos públicos, visto que as despesas não são reduzidas e os setores privados continuam dependendo do Estado.

⁶⁶BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da CPI das ONGs**: criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPI_ongs.pdf?sequence=6> Acesso em: 10 jan. 2018. p. 1118-1125

3 ASPECTOS MATERIAIS DA PARCERIA

As parcerias firmadas entre entidades privadas sem fins lucrativos e a Administração Pública podem ser feitas por diversos instrumentos, com a aplicação de diferentes regimes jurídicos. No presente trabalho, trataremos da Lei nº 13.019/2014⁶⁷, a qual teve como intenção aprimorar estas parcerias e tornar ainda mais presente a influência dos princípios de direito público nos instrumentos firmados sobre a sua égide.

Todas as etapas do negócio jurídico firmado entre a Organização da Sociedade Civil e o Estado terão influxos dos princípios constitucionais estudados anteriormente. Isto implica em maior cautela do administrador público, que deverá observar não apenas os dispositivos legais, mas também perseguir os valores e objetivos constitucionais.

Neste contexto, estudaremos os dispositivos da Lei nº 13.019/2014 que tratam desde o momento do planejamento das parcerias que serão firmadas, passando pelo processo de escolha e pela contratação da Organização da Sociedade Civil. Com este panorama, perceberemos que houve uma preocupação do legislador em sanar os problemas observados nos ajustes firmados sob o regime das Leis nº 9637/1998 e 9790/1999.

3.1 A finalidade na delegação de serviços para o Terceiro Setor

A finalidade do ato administrativo está intimamente relacionada à sua legalidade, sendo somente admitido o ato que perseguir o objetivo descrito em lei, conforme tratado no capítulo anterior. Conclui-se, portanto, que o administrador, no momento em que opta por firmar parcerias com as Organizações da Sociedade Civil para a prestação de serviços públicos, deverá ter segurança de que este é o caminho mais vantajoso para a sociedade.

Cumprido esclarecer que, dentre os benefícios almejados, está o proveito econômico da parceria, mas esta não é a única possibilidade. O importante é a prestação do serviço público com qualidade e com capacidade para atender a demanda, podendo ser potencializado com a expertise das Organizações da Sociedade Civil ou, ainda, em razão da capilaridade e acesso que estas instituições possuem pelo país⁶⁸. Por este motivo, o gestor público deve justificar

⁶⁷Alterada por meio da Lei n.º 13.204/2015.

⁶⁸LOPEZ, Felix et al., 2018, p. 335.

expressamente a sua opção em fomentar as atividades de entidades privadas, ao invés de aumentar a capacidade estatal para a prestação direta do serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que os motivos os quais levam o gestor a proferir determinado ato, o acompanham durante toda a sua existência. Desta forma, uma vez constatada a inexistência, inconsistência, ou outro vício nos motivos alegados, o ato torna-se ilegítimo, passível de controle jurisdicional⁶⁹.

Reafirma-se que ao gestor público, dentro de sua margem de discricionariedade, incide a máxima da *boa administração*, em que as opções devem se pautar pelo resultado ótimo, considerando-se os recursos disponíveis e as condições existentes, conforme já tratado anteriormente.

Uma vez constatada a viabilidade pela contratação da parceria, segundo a finalidade pública a que se destina, o gestor público deverá se preocupar com a forma em que os serviços públicos serão delegados ao Terceiro Setor, tendo em vista as necessidades locais e as prioridades do governo. Conforme orientação do TCU, esta escolha deverá considerar *a estrutura já existente na localidade, o impacto na comunidade, a relação custo-benefício, o valor do projeto e a disponibilidade de recursos próprios para arcar com a contrapartida*⁷⁰.

Neste pensamento, mencionamos a lição de Ricardo Marcondes Martins, em que descreve de maneira clara que o primeiro dos pressupostos para a realização da atividade de fomento é que *o Poder Público deve repassar, em termos econômicos, menos do que repassaria com a contratação do particular*⁷¹.

Em continuação, Ricardo Marcondes Martins elege a proporcionalidade entre o auxílio fornecido pelo ente público e as contrapartidas exigidas do fomentado, como segundo pressuposto para uma parceria legítima⁷². Isto porque parcerias com exigências superiores à capacidade da entidade estão fadadas ao insucesso. Por outro lado, com a prática de parcerias onerosas à Administração, sem o correspondente retorno, estaremos subutilizando os recursos disponíveis.

Fundados nestes ideais, a Lei nº 13.019/2014 estabeleceu regras e procedimentos, efetivando os valores constitucionais mencionados, com a realização de processo objetivo para

⁶⁹BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 412.

⁷⁰BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses**. 6 ed. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: < <http://portal.convenios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convenios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>> Acesso em: 06 mar. 2018. p. 18.

⁷¹MARTINS, 2017, p. 7352.

⁷²MARTINS, 2017, loc. cit.

a escolha do projeto e da entidade, vedações para a contratação do particular com a Administração, cláusulas e anexos necessários, responsabilidades e punições em caso de descumprimento das obrigações. Passemos a tratar, portanto, os principais pontos desta lei.

3.2 Requisitos para a celebração da parceria

3.2.1 Experiência prévia da entidade

Os artigos 33 e 34 da Lei nº 13.019/2014⁷³ estabelecem exigências formais, técnicas e fiscais para que as entidades privadas possam firmar termos de colaboração, fomento ou acordo de cooperação com a Administração Pública, explicitando um rol de documentos que devem ser entregues no momento da contratação. A entidade deve comprovar a sua regularidade fiscal, experiência prévia, ter finalidade estatutária compatível com o objeto e, em caso de dissolução, haver a transferência de bens para entidade cujo objeto seja semelhante.

Dentre as exigências impostas pela lei, nos concentraremos no requisito de experiência prévia na execução de atividade similar ou semelhante ao objeto que está sendo acordado, pois é a única exigência que comporta certo grau de subjetividade.

A experiência prévia requerida pela lei vai além de aspectos formais, como a apresentação de atestado de capacidade técnica. A Administração poderá solicitar outros documentos que comprovem este requisito, desde que esta documentação esteja especificada em edital e não implique em restrição de competição.

O artigo 26, do Decreto nº 8.726/2016, disciplinando a matéria, elenca uma série de documentos que podem ser apresentados pela entidade privada para a comprovação deste requisito, como cópia de parcerias anteriores, relatórios de atividades, publicações ou prêmios. Embora esta norma tenha abrangência apenas em âmbito federal, é uma disposição que vai ao encontro dos interesses públicos e resguarda os gestores de possíveis questionamentos sobre este aspecto.

A estrutura e a capacidade técnica operacional da organização da sociedade civil também devem ser analisadas no momento da contratação, embora não seja condicionante para a assinatura do contrato a existência prévia destes requisitos. A lei autoriza firmar o termo de parceria respaldado em um plano de contratações ou adequações para o atendimento do objeto.

⁷³Com redação dada pela Lei 13.204/2015

Entretanto, cabe ao gestor público avaliar se a entidade, de fato, conseguirá atender ao objetivo que está se comprometendo.

3.2.2 Vedações

Ao lado das exigências para a realização de parcerias com a Administração Pública, a lei estabelece alguns casos de proibições. São normas com caráter moralizador, relacionadas às pessoas que integram a direção da entidade ou associado a problemas em prestações de contas anteriores.

A entidade deverá demonstrar a sua regularidade com relação às contratações anteriores com a Administração Pública, sendo vedada a contratação de Organização da Sociedade Civil que tenha tido a sua prestação de contas julgada irregular pela Administração ou pelo Tribunal de Contas nos últimos oito anos, estendendo esta vedação para os dirigentes das entidades. Esta previsão fortalece o controle e impede que aqueles que não tenham apresentado condutas adequadas, em contratos anteriores, continuem a se valer dos recursos públicos.

Contudo, é importante apontar para a falta de estrutura que a Administração possui para analisar esta prestação de contas, o que impede a aplicabilidade desta restrição no momento da celebração do ajuste. Apenas a título de exemplo, citamos o estudo realizado pela Comissão Processante de Inquérito sobre a ONG's, a qual aponta, em 2010, que uma significativa parcela de ajustes com o Terceiro Setor ainda não haviam sido analisados pelos órgãos de controle⁷⁴:

⁷⁴BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da CPI das ONGs**: criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPI_ongs.pdf?sequence=6> Acesso em: 10 jan. 2018.p. 204

Ano de Fim de Vigência	Convênios Expirados	Valor sem análise de prestação de contas (R\$)
1999	29	2.097.153,49
2000	283	27.946.877,81
Ano de Fim de Vigência	Convênios Expirados	Valor sem análise de prestação de contas (R\$)
2001	424	132.872.590,89
2002	1.494	315.766.110,40
2003	1.519	466.822.975,64
2004	762	795.241.031,60
2005	999	711.057.603,90
2006	2.097	1.931.658.430,91
Total geral	7.607	4.383.462.774,64

Esta realidade acaba por favorecer a permanência daqueles que não estão cumprindo as regras estabelecidas ou não estão demonstrando o resultado esperado. As normas de controle passam a ter eficácia quando a fiscalização é presente e atuante. Do contrário, acaba por se tornarem letra morta e não auxiliar no combate de políticas públicas ineficazes ou ineficientes.

A Lei nº 13.019/2014 também estabelece regras de impedimento, com vistas a evitar conflitos de interesse entre os órgãos de controle, como o Ministério Público e Poderes, órgão contratante da Administração e as entidades prestadoras de serviços.

3.3 Conteúdo das parcerias

O artigo 42, da Lei nº 13.019/2014, estabelece um rol de cláusulas obrigatórias para os termos de colaboração e de fomento e para o acordo de cooperação. Dentre estas cláusulas, chamaremos a atenção para alguns pontos que tenham relação direta com os controles prévio, concomitante e posterior destas parcerias.

3.3.1 A descrição do objeto, a previsão de prazo e a possibilidade de prorrogação

O objeto das parcerias firmadas entre as Organizações da Sociedade Civil com a Administração se confunde com o plano de trabalho apresentado pela entidade, o qual é parte indissociável do instrumento firmado. Nele constarão os aspectos financeiros da parceria, as metas entabuladas entre as partes, o prazo para a execução das mesmas, a forma de aferimento de execução das atividades, dentre outros itens, os quais serão delineados em item específico.

Em razão dos artigos 55 e 57, da Lei nº 13.019/2014 preverem a possibilidade de alteração dos prazos, valores e metas estabelecidos na parceria, questiona-se quais seriam os limites para estas modificações.

Até a promulgação da Lei nº 13.019/2014, as parcerias firmadas com o Terceiro Setor eram geralmente realizadas por convênios, o que as submetiam à Lei nº 8.666/1993, por força do contido em seu artigo 116. O aditamento das parcerias, por exemplo, era um item que seguia o disposto no artigo 65, da Lei nº 8.666/1993, o qual estabelece limites para as alterações quantitativas dos contratos administrativos.

A própria Lei nº 13.019/2014, em sua redação original, previa a possibilidade de aditamentos às parcerias firmadas, desde que se prestassem unicamente ao remanejamento de valores dentro de uma mesma categoria econômica, sem ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) de acréscimo em cada item da despesa. Essa redação era ainda mais rígida do que aquela estabelecida pela Lei nº 8.666/1993. Contudo, este artigo foi revogado pela Lei nº 13.204/2015, deixando uma lacuna legal a respeito dos parâmetros e limites para a realização de termo aditivo.

Segundo Thiago Lopes Ferraz Doninni, o processo de alteração das parcerias firmadas sob os preceitos da Lei nº 13.019/2014 não pode seguir a mesma lógica da estabelecida pela Lei nº 8.666/1993. Primeiramente porque existe uma horizontalidade das negociações, o que faculta à entidade aceitar ou recusar a proposta de alteração formulada pela Administração. A Lei nº 13.019/2014 prevê, inclusive, a possibilidade de denuncia contratual também por parte do contratado.

Do mesmo modo, para alteração dos valores estabelecidos, tampouco é aplicável o regime estabelecido pela Lei nº 8.666/1993, que se preocupa em garantir a imutabilidade econômico-financeira do contrato, haja vista que nas parcerias não há previsão de lucro para o contratado, mas apenas o pagamento de despesas relacionadas à execução do objeto da parceria⁷⁵.

Thiago Lopes Ferraz Doninni esclarece ainda que, possíveis alterações nas parcerias devem pautar-se na *valorização do processo de planejamento*. Deste modo, embora a lei não imponha limites para a alteração de metas e valores da parceria, é preciso levar em conta o

⁷⁵DONINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e Limites para Alterações dos Termos de Colaboração e de Fomento na Lei nº 13.019/14. In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte : Fórum, 2017 – KINDLE. p. 5217

plano de trabalho elaborado, ou seja, modificações corriqueiras em razão do aumento dos custos da mão de obra, dos insumos, ou de outros elementos, serão legítimas. Neste mesmo sentido, seria possível acréscimos em razão de situações imprevisíveis que tornaram a prestação do serviço mais onerosa. Por outro lado, não seria permitido alterações nas metas e valores como forma de corrigir erros grosseiros de planejamento⁷⁶.

A título de exemplo, trazemos a Apelação Civil nº 990.10.147584-7⁷⁷ na qual o Relator Desembargador ressaltou a importância de um planejamento adequado e factível, sendo que a alegação posterior de dificuldades no cumprimento das metas não respaldará o direito à revisão das mesmas.

No caso mencionado, a Administração Pública rescindiu o Termo de Parceria com a OSCIP em virtude do não atingimento das metas estabelecidas, determinando a devolução dos valores já pagos. A entidade parceira, por sua vez, ingressou com ação anulatória do ato administrativo, alegando – dentre outros argumentos – que as condições para a execução do objeto teriam se mostrado mais difíceis do que imaginado quando da análise do Edital. O acórdão não acolheu os argumentos trazidos pela entidade, mantendo a rescisão, visto que as condições para a execução do objeto devem ser verificadas antes da contratação e as dificuldades para o cumprimento do acordado, após dado início a parceria não são suficientes para ensejar a revisão das metas.

Embora tal caso tenha sido julgado sob a égide da Lei nº 9790/1999, é perfeitamente aplicável às Organizações da Sociedade Civil, cujo regramento jurídico tem como núcleo o correto planejamento e a execução de trabalhos com vistas em resultados, assim como podemos encontrar tais características na Lei das OSCIP's.

3.3.2 Descrição do monitoramento e da prestação de contas

Esta cláusula nas parcerias tem relação com o princípio da eficiência e com o controle de resultados, pilares dos termos de parcerias. A elaboração de metas objetivas e o seu

⁷⁶DONINI, 2017, p. 5310.

⁷⁷BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0003153970. Relator: Desembargador Ferraz de Arruda. São Paulo, SP, 04 de agosto de 2010. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 15 out. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo;.codigo=RI000FHHC0000#?cdDocument o=32>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

monitoramento facilita a realização de um controle efetivo e coaduna com o ideal de um Estado promovedor de políticas públicas.

O monitoramento das ações e a prestação de contas são mecanismos que facilitam o acompanhamento e a fiscalização, não só por parte da Administração, mas também pela própria sociedade, que poderá acompanhar de maneira mais próxima a execução das atividades.

Todos estes aspectos levantados tem máxima importância nas parcerias entabuladas entre a Administração Pública e a iniciativa privada e serão tratadas mais minuciosamente quando analisado o plano de trabalho e o controle sobre eles. De qualquer forma, registre-se desde já, que tal cláusula obrigatória tem máxima relevância e concretiza o princípio da efetividade, que rege todo o direito administrativo.

3.3.3 Cronograma de desembolso

A lei estabelece que *quando for o caso*, os termos poderão apresentar o valor total e cronograma de desembolso. O primeiro alerta a este dispositivo é que a previsão do cronograma de desembolso não é mera faculdade das partes, mas sim obrigatório para as parcerias em que ocorrem transferências de recursos públicos. Isto porque a análise da cláusula de desembolso será ponto essencial no parecer técnico, documento que respaldará o gestor na constituição da parceria.

O segundo ponto a ser levantado é a importância de tal documento no âmbito da parceria. Esta formalidade é um meio para que exista um monitoramento da parceria, cujos cronogramas físicos e financeiros devem caminhar conjuntamente. De outro turno, também se configura como um mecanismo de controle de gastos do próprio Estado e a eficiência de suas atividades, pois com base no custo de cada uma das etapas e da eficácia observada em cada uma delas será possível medir a eficiência da política implementada⁷⁸.

O cronograma de desembolso deverá associar cada parcela com a respectiva meta ou etapa do cronograma físico, conforme orientação do TCU⁷⁹. Esta medida será de extrema importância no momento da prestação de contas, especialmente no caso de não atingimento de

⁷⁸MURARO, Leopoldo Gomes. Termo de colaboração e termo de fomento. In: MENDES, Michelle Diniz (Coord.) **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 45-86. p. 59

⁷⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses**. 6 ed. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: < <http://portal.convenios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convenios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>> Acesso em: 06 mar. 2018. p. 29.

metas, quando então a entidade deverá discriminar todos os gastos relacionados à meta descumprida.

É importante também esclarecer que os valores estabelecidos para cada meta devem ser compatíveis com aqueles praticados pelo mercado. Assim sendo, o TCU recomenda que o interessado em realizar a parceria faça pesquisa de preços de produtos e fornecedores, preferencialmente próximos à localidade onde se prestará o serviço, de modo a demonstrar a fidedignidade e exatidão das informações contidas no plano de trabalho e que reflita a realidade do mercado⁸⁰.

3.3.4 Indicação da dotação orçamentária

A Lei nº 13.019/2014 determina que as parcerias contenham prévia dotação orçamentária para a realização dos repasses a cargo da Administração Pública, em consonância com as regras do Direito Financeiro.

A transferência de recursos financeiros a título de fomento é disciplinada pelos artigos 16, 17 e 19 da Lei nº 4.320/1964, os quais determinam a autorização legislativa prévia na LOA e, quando as transferências ultrapassarem o exercício, também a sua autorização pelo Plano Plurianual.

A redação original da Lei nº 13.019/2014 determinava à Administração Pública que, a cada início de exercício, publicasse o valor completo a ser transferido para as entidades privadas com a finalidade de fomento. Com a Lei nº 13.204/2015, tal disposição foi revogada, restando apenas como mera faculdade ao administrador proceder com tal diligência e transparência. De qualquer forma, Ricardo Marcondes Martins defende que esta diligência não seria apenas uma faculdade, mas sim um dever do administrador, mesmo após a sua revogação, pois facilitaria o acesso a estes dados pela população e serviria como parâmetro para apresentação de projetos de fomento, além de auxiliar no controle dos repasses dos ajustes já em vigor⁸¹.

Como elucidado por Celso Antônio Bandeira de Mello, as prerrogativas que são conferidas ao administrador devem ser utilizadas, única e exclusivamente, para cumprir os seus deveres enquanto gestor. Justamente por isso, segundo este jurista, que a expressão correta seria

⁸⁰BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses**. 6 ed. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: < <http://portal.convenios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convencios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>> Acesso em: 06 mar. 2018. p. 36.

⁸¹MARTINS, 2017, p. 7430

dever-poder, realçando a ideia de cumprimento de obrigações sobre os poderes de escolha que lhe são conferidos⁸².

Neste contexto, considerando a incidência dos princípios da publicidade e da transparência, é direito de todo cidadão, ter à sua disposição, os valores transferidos para entidades privadas, de maneira clara e simples, com a vinculação dos recursos aos projetos que estão sendo executados.

De qualquer forma, o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal determina que todas as despesas públicas devem ser publicadas em tempo real, aplicando-se também, evidentemente, às transferências para as Organizações da Sociedade Civil, formando um importante controle social, quando analisado em conjunto com o cronograma de desembolso e com os relatórios de monitoramento da execução das atividades.

3.3.5 Plano de trabalho

O Plano de Trabalho, ao nosso ver, é o principal documento a ser elaborado, analisado, auditado e fiscalizado. Em razão da sua importância, faremos uma breve exposição histórica sobre este documento para, em seguida, fazermos uma análise mais aprofundada do seu conteúdo.

3.3.5.1 Contexto histórico

A Lei nº 13.019/2014 não foi o primeiro diploma a trazer em seu bojo a necessidade de um documento estabelecendo metas, cronograma de trabalho e de emprego de recursos públicos. Antes disso, a Lei nº 8.666/1993 já trazia em seu bojo a necessidade de tratamento detalhado com relação ao objeto a ser entregue, de modo a propiciar à Administração Pública meios de acompanhamento da execução do objeto.

Sobredita lei, em seu artigo 116, previa a aplicação de seus dispositivos também nos convênios, naquilo que fosse viável. Desta forma, os convênios firmados pela Administração Pública – instrumento que foi muito utilizado para repassar recursos públicos às entidades

⁸²BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 146.

privadas sem fins lucrativos – aplicavam as normas gerais estabelecidas pela Lei nº 8666/1993, o qual trazia um rol extenso de documentações a serem apresentadas pelos conveniados.

Os convênios, por sua vez, foram desenhados para respaldar o processo de descentralização da Administração Direta, por meio de delegação das atividades para as pessoas integrantes da Administração Pública Indireta. Com isso, a sistemática criada considerava a transferência de recursos públicos dentro da própria Administração, com e entre entes e pessoas jurídicas submetidas aos mesmos princípios constitucionais e, obrigadas, nos mesmos termos e procedimentos, a prestar contas perante os órgãos de controle interno e externo. Portanto, neste instrumento era previsto uma série de obrigações, precauções e formalizações próprias das pessoas jurídicas de direito público.

As normas de controle instituídas para os convênios tinham como objetivo garantir a aplicação conforme o que havia sido previamente acordado entre as partes e seguindo as normas de um regime determinado. A geração de benefícios à sociedade era tratado como consequência da aplicação adequada, não sendo objeto de normatização da lei.⁸³

Uma vez transferida estas obrigações para pessoas jurídicas do direito privado, as entidades encontravam dificuldades para cumprirem com as obrigações estabelecidas ou para adequarem o instrumento às suas realidades, o que acabou por gerar um problema operacional para as referidas transferências⁸⁴.

Ao final da década de 90, foram promulgadas as Leis nº 9.637/1998 e nº 9.790/1999 - as quais tentaram distanciar as parcerias realizadas pela Administração com entidades sem fins lucrativos daquelas que eram formalizadas entre entes públicos.

A Lei nº 9.637/1998 – que instituiu as Organizações Sociais e criou os termos de gestão – dada a sua natureza e as possibilidades de deslocamento de pessoal, recursos e infraestrutura público em favor destas entidades, era intensamente influenciada pelo direito público.

A Lei nº 9.790/1999 – que criou as OSCIP's, por sua vez, estabeleceu critérios voltados para controle de resultados. Isto interferiu, sobremaneira, na forma como foram desenhados os Termos de Parcerias, os quais previam um controle sobre as metas, controle este distinto

⁸³SALINAS, 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*. 2008. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.p. 97.

⁸⁴Ibid., p. 120.

daquele utilizado para os convênios, que pressupunha uma prestação de contas detalhada para a identificação de como seria feito o emprego da verba pública.

A Lei nº 13.019/2014, por sua vez, na sua versão originária, também previa uma série de documentações necessárias para a elaboração dos Termos de Colaboração e de Fomento, o que dificultava o controle sobre os resultados. A Lei nº 13.204/2015 reformou estruturalmente os termos de colaboração e de fomento e, dentre as modificações mais significativas podemos elencar a estruturação prevista para o plano de trabalho.

3.3.5.2 O Plano de Trabalho na Lei nº 13.019/2014

O primeiro esclarecimento necessário a ser feito a respeito do Plano de Trabalho é que ele é obrigatório para todos os instrumentos jurídicos previstos pela Lei nº 13.019/2014 – termos de colaboração, de fomento e acordo de cooperação, conforme disposição do artigo 42, do parágrafo único.

Em seguida, é preciso deixar claro que o plano de trabalho é o documento que suportará o controle da execução do objeto. Mais do que isso, um plano de trabalho elaborado cuidadosamente comporá a justificativa da escolha pelo fomento, ao revés da prestação direta do serviço de interesse coletivo pelo Estado. Nele serão concretizados todos os princípios que tratamos no capítulo anterior, sendo ele, a nosso ver, o verdadeiro núcleo do termo de parceria.

Registra-se também que, considerando a publicidade destes planos bem como o estímulo da lei à utilização de plataformas virtuais de forma a facilitar o acesso do público ao seu conteúdo, inibe-se a elaboração de planos de trabalhos inadequados.

A Lei nº 13.019/2014, em seu artigo 22, estabelece qual o conteúdo a ser previsto no plano de trabalho. Dada a sua importância, passaremos a analisar cada um dos pontos tratados neste artigo, remetendo aos princípios consagrados por estes dispositivos. Em capítulo seguinte, faremos a correlação entre estas normas com o controle e eventuais penalidades que poderão ser aplicadas em caso de descumprimento dos mesmos.

3.3.5.2.1 Descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado o nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas (art. 22, inciso I, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)

Segundo este dispositivo, o plano de trabalho deverá demonstrar o contexto fático em que serão desempenhados os trabalhos e qual as mudanças sociais que são pleiteadas.

É imperiosa a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na parceria a ser firmada. Demonstra-se como a ponderação entre os valores e direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, com o fim de alcançar uma situação fática melhor do que a realidade atual, sempre devem estar direcionados pelo bem-estar coletivo.

Do mesmo modo, deverá ser demonstrada a proporcionalidade da medida que ensejou a parceria, em todos os seus vetores. Deverá ser *adequada* ao fim almejado, *necessária* para alcançar os resultados pleiteados, ou seja, não haveria outra forma menos onerosa e proporcional, de modo que a oneração aos cofres públicos seja tolerável à finalidade a que se destina.

3.3.5.2.2 Descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados (art. 22, inciso II, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)

De suma importância para a prestação de contas, a elaboração das metas deve considerar a realidade concreta e as dificuldades para a execução do objeto. Metas objetivas são pressuposto para um controle de resultado, sem as quais inviabiliza toda forma a controle estruturado para este tipo de parceria.

Importante dizer – e será mais delimitado no capítulo em que é tratado sobre o controle – que a verificação do emprego das verbas públicas será feita apenas se as metas não forem cumpridas. Dito isso, o descumprimento das metas ou a simples impossibilidade de medição das mesmas durante a execução do contrato ensejará a análise detalhada da prestação de contas, nos mesmos moldes como são realizados na transferência de recursos públicos para a iniciativa privada, por outros tipos de contratação.

Neste ponto é que encontramos um amplo grau de competência discricionária do gestor. Apesar disso, não lhe é autorizado firmar metas ao seu alvedrio, ou seja, contrárias ao interesse público.

Tomando as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a competência discricionária está relacionada com a margem de liberdade que a lei concede ao gestor público para avaliar o caso concreto e a decidir de forma a melhor atingir os objetivos descritos pela norma. Disto se extrai que nenhum ato é integralmente discricionário, pois minimamente estaria vinculado à

própria competência que foi conferida ao gestor, sendo que as prerrogativas concedidas estão vinculadas a determinada finalidade. Não se deve confundir, portanto, atos discricionários com atos arbitrários, que ofendem o ordenamento jurídico e, portanto, passíveis de intervenção judicial⁸⁵.

No caso em tela, a discricionariedade de conteúdo outorgada ao gestor é ampla, porém não é absoluta. Durante o processo de elaboração das metas, será necessário, segundo critérios técnicos e orçamentários, diagnosticar uma realidade social e projetar as expectativas de melhoria para aquele público-alvo. Apesar de ficar a critério do administrador a estipulação das metas, é importante que o caminho percorrido para a sua definição seja detalhado, claro e lógico.

O que se propõe é que para a especificação destas metas sejam feitos estudos prévios, análise de experiências anteriores e parametrizações. Metas sem qualquer respaldo técnico equiparam-se a comportamentos arbitrários da Administração, os quais não são admitidos pelo ordenamento jurídico e, portanto, ilegais e submetidos ao controle jurisdicional.

3.3.5.2.3 Previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria (art. 22, inciso II-A, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)

O planejamento financeiro para a execução da atividade é o que indica a viabilidade econômica da mesma. Relacionado com as normas de Direito Financeiro, toda despesa da Administração Pública deve ser previamente autorizada por lei e estar inserida em uma atividade ou programa que estabeleça algumas metas a serem atingidas.

Neste esboço, necessário que o plano de trabalho já contemple a dotação orçamentária que arcará com os custos desta parceria, tendo uma gestão responsável com o patrimônio público. No mesmo sentido, para dar início às atividades, é necessário a realização do empenho do montante previsto em contrato, por força do artigo 60 da Lei nº 4320/1964. Segundo as normas de Direito Financeiro, o empenho é o ato que cria o direito do beneficiário em receber a quantia ali especificada quando e se a condição nele prevista vier a se concretizar. Além disso, traduz-se em um importante controle de gastos da Administração, que não pode empenhar valores superiores aos seus créditos disponíveis.

⁸⁵BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 444.

Além disso, a discriminação das despesas subsidiará a análise da prestação de contas em caso de descumprimento das metas estabelecidas. De suma importância, portanto, que seja elaborado com prudência e com planejamento, visto que o seu descumprimento poderá ensejar penalidades graves, como a rejeição de contas e improbidade administrativa.

3.3.5.2.4 Forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas(art. 22, inciso III, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)

Trata-se do *modus operandi* da atividade. Deve-se descrever de maneira pormenorizada as ações que serão tomadas, eventualmente dividida em fases, de modo a facilitar o acompanhamento e a fiscalização das metas cumpridas durante a execução da parceria. Neste ponto, temos a questão central da parceria, no que se refere à aplicabilidade do princípio da eficiência e no controle que poderá recair sobre ele.

É preciso que o gestor avalie se os recursos utilizados para a realização da parceria estão sendo utilizados em sua máxima potencialidade e se os resultados obtidos são aqueles que se espera em uma gestão ótima.

Conforme dito no capítulo anterior, não é autorizado ao gestor público realizar escolhas que sejam desvantajosas para a Administração Pública, pois a ele lhe foi concedida prerrogativas para a realização de uma *boa administração*. Além da eficácia da parceria, que será medida através do atingimento das metas, é necessário que se assegure, no momento da descrição das mesmas, que este é o melhor resultado que se pode esperar dentro daquela realidade.

Justamente por influência do princípio da eficiência é tão importante a descrição da realidade onde serão implementados os serviços públicos, as condições encontradas e quais as dificuldades que serão enfrentadas. Sem estes dados, teremos metas e forma de execução com conteúdo escasso e sem possibilidade de avaliação pelos agentes externos.

Recordemos, por oportuno, que a eficiência é um princípio positivado em nosso ordenamento, o que autoriza a intervenção do Poder Judiciário para conter distorções das ações implementadas pela Administração Pública. No caso das parcerias, este controle do Poder Judiciário também é aplicável, o que eleva sobremaneira a importância deste documento.

3.3.5.2.5 Definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas (art. 22, inciso IV, da Lei nº 13.019/2014, com alteração da Lei nº 13.204/2015)

Temos aqui uma das maiores dificuldades na elaboração do plano de trabalho. A criação de indicadores pressupõe a parametrização de formas de medição da evolução do projeto, o que ainda se mostra carente. Na verdade, existe uma dificuldade significativa na catalogação das entidades que se enquadram como Organização da Sociedade Civil e dos instrumentos firmados com as mesmas.

Isto porque há uma grande diversidade de atividades atribuídas ao Terceiro Setor, com uma gama de instrumentos jurídicos sob diferentes tipos de regimes, com distintas formas de instituição.

O planejamento de ações, a criação de indicadores e a análise destas informações requer tempo e experiência no assunto. De forma ilustrativa, citamos decisão do Tribunal de Contas da União que sugere uma série de itens que poderiam ser objetivamente medidos pela Administração Pública e que seriam capazes de demonstrar a eficiência da parceria⁸⁶. Mais do que ter um caráter repressivo, a intenção da Corte de Contas foi utilizar o caso como um meio de aprimoramento das parcerias.

Contudo, ainda temos dificuldade de encontrarmos históricos destas parcerias. Acreditamos, outrossim, que com o incremento da tecnologia, com o vertiginoso crescimento do Terceiro Setor e com o empenho da Administração Pública em tornar transparente as suas relações, sendo possível, no futuro, estudos de casos com o objetivo de aprimorar o planejamento das ações da Administração Pública e, como consequência, aplicar um controle de resultados verdadeiramente projetados.

3.4 Procedimento para a contratação

3.4.1 Procedimento para a escolha da entidade

⁸⁶BRASIL. Tribunal de Contas da União - Plenário. Acórdão nº 1235/2006, Relatório de Auditoria, processo nº 012.486/2005-0. Relator: Guilherme Palmeira. Brasília, 26 de julho de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

3.4.1.1 Chamamento Público

Um ponto intensamente criticado nas legislações anteriores que regulavam o processo de contratação com entidades sem fins lucrativas, notadamente as Leis nº 9.637/1998 e 9.790/1999, era com relação ao processo de escolha da instituição para a execução do objeto contratado. Importantes juristas, como Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁷, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁸, Adilson Abreu Dallari⁸⁹, criticaram contundentemente as normas que disciplinavam a matéria nos referidos diplomas.

Em breve síntese, os ajustes firmados com a Administração Pública pressupunham um credenciamento prévio da entidade junto ao Órgão contratante, procedimento este que conferia um título à entidade. Com esta qualificação, a entidade podia firmar as parcerias, sem qualquer outro processo de escolha, ainda que na maioria das vezes houvesse mais entidades credenciadas do que numerário suficiente para suportar parcerias com todas elas.

Diante da escassez de recursos e sem a necessidade de realização de licitação, abriu-se espaço para escolhas arbitrárias de entidades que seriam beneficiadas pelo fomento concedido pela Administração, tornando-se um ambiente propício para favoritismos.

Outro reflexo da ausência de um dispositivo expresso na lei, determinando a realização de um processo imparcial para a escolha da entidade, foi a insegurança jurídica gerada, fazendo com que os órgãos de controle e a Administração se socorressem por instrumentos infra legais para padronizar os procedimentos⁹⁰. Isto porque, embora a lei facultasse a realização de licitação, o princípio da impessoalidade permaneceu regendo os atos do administrador público e, conseqüentemente, o gestor público não se desincumbiu da obrigação de demonstrar, mediante motivação, quais foram os critérios utilizados para a escolha das entidades. Ou seja, de maneira oblíqua, a Administração permanecia obrigada a realizar um procedimento licitatório, sem que estivesse obrigada a seguir o rito estabelecido pela Lei nº 8.666/1993.

Neste sentido, diversos juristas sustentavam que a escolha da Organização Social ou da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público deveria ocorrer por meio de

⁸⁷BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 244.

⁸⁸DI PIETRO, 2008, p. 473

⁸⁹DALARI, Adilson Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.5, p. 1-17, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=87>> Acesso em: 20 nov. 2017.p. 6.

⁹⁰Como exemplo, temos o Decreto 3.100/1999, que previa, em seu artigo 23, a possibilidade de realização de concurso de projetos para a formalização de Termos de Parceria em âmbito federal. Tal procedimento tornou-se obrigatório a partir do Decreto 7.568/2011.

procedimento isonômico, como Sílvio Luís Ferreira da Rocha⁹¹, Carolina Zancaner Zockun⁹² e Celso Antônio Bandeira de Mello⁹³. Este último criticou o fato de que, no caso dos contratos de gestão, a simples conferência de um título de Organização Social por meio de ato discricionário era suficiente para contratar com a Administração, sem a necessidade de demonstrar capacidade financeira ou técnica.

Para Carolina Zancaner Zockun, esta obrigatoriedade de procedimento prévio estendia inclusive para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que deveriam realizar o concurso de projetos previsto pelo Decreto 3.100/1999, não sendo uma mera faculdade do administrador conforme previa a norma em sua redação original⁹⁴.

Os órgãos de controle, tomando como exemplo o Tribunal de Contas da União, também pugnavam pela necessidade de um procedimento prévio, imparcial e público, de modo que todas as entidades interessadas pudessem concorrer pela parceria, em igualdade de condições, seja por concurso de projetos para a escolha da OSCIP⁹⁵ ou por chamamento público para a contratação com a OS⁹⁶.

A Lei nº 13.019/2014, por sua vez, avançou neste aspecto e previu a necessidade de chamamento público para a celebração dos termos de colaboração ou de fomento com a Administração. Previu um procedimento simples, porém isonômico, concretizando uma política que visa inibir práticas de favorecimento. Previsões como esta são bem-vindas em nosso ordenamento jurídico, que visam combater a cultura do clientelismo, ainda muito presente em nossa sociedade.

A criação de um procedimento próprio, sistematizando as normas e detalhando o rito a ser seguido auxilia na operacionalização destas contratações e oferece maior segurança jurídica para todos os interessados.

Os artigos 23 e seguintes da Lei nº 13.019/2014 estabelecem o mecanismo de seleção, o qual terá ampla publicidade e competitividade, como forma de legitimar as escolhas realizadas

⁹¹ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 187.

⁹²ZOCKUM, 2009. p. 209.

⁹³BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 243.

⁹⁴ZOCKUM, op. cit., p. 220.

⁹⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União - Plenário. Acórdão nº 1777/2005, Relatório de Auditoria, processo nº 008.011/2003-5. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

⁹⁶BRASIL. Tribunal de Contas da União – Primeira Câmara. Acórdão nº 2056/2016, Tomada de Contas Especial, processo nº 010.328/2013-0. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 22 de março de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>> Acesso em: 10 jan. 2018.

e inibir a malversação dos recursos públicos, buscando a proposta que melhor se adeque aos objetivos dos programas planejados pela Administração.

Dentre os dispositivos legais, chamamos a atenção para o artigo 24, §2º, do mencionado diploma, o qual possibilita restringir a concorrência de duas formas, mediante previsão expressa no edital:

- a) restrição da escolha apenas dentre as entidades que estejam sediadas ou atuem na unidade federativa onde será executado o objeto;
- b) previsão de cláusula que delimita o território ou a abrangência dos projetos.

Em razão da importância de uma escolha isonômica da entidade que irá prestar o serviço, o dispositivo deve ser interpretado restritivamente e a sua aplicação depende de motivação, justificando a relação entre a limitação e a sua relevância para a parceria ou para a política setorial⁹⁷.

Outra questão importante sobre o chamamento público é com relação aos critérios que serão utilizados para a classificação das propostas. O artigo 27, da Lei nº 13.019/2014, estabelece como parâmetros de escolha o grau de adequação da proposta aos objetivos do programa da Administração e o valor da proposta.

O art. 9º, §3º, do Decreto Federal nº 8.726/2016 veda expressamente que se tenha como único critério o valor da proposta. Por outro lado, a lei não estabelece um rol fechado de critérios a serem utilizados, flexibilizando a atuação do gestor, que poderá inserir outros parâmetros que entenda ter relação direta com o objeto a ser executado. A título de exemplo, citamos o art. 9º, §4º, do referido Decreto, que autoriza o aferimento do grau de inovação e da criatividade como critérios para julgamento.

Rafael Arruda Oliveira elenca como critérios de escolha *a gestão a eficiência operacional e a técnica*⁹⁸. José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, entende que a cada seleção o gestor deverá estar capacitado para identificar as reais necessidades do certame⁹⁹.

⁹⁷MANGUEIRA, Carlos Octaviano de Mendes. Chamamento Público. In: MENDES Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.p. 156.

⁹⁸OLIVEIRA, Rafael Arruda. O Chamamento Público na Lei Federal nº 13.019/2014: procedimento legal, avanços e retrocessos. In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte : Fórum, 2017 – KINDLE. p. 8839

⁹⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 384.

Carlos Octaviano Medeiros Mangueira, por outro lado, menciona que nenhum outro critério além do valor poderá ser utilizado para o julgamento das propostas. Sustenta que o artigo 27, da Lei nº 13.019/2014, estabelece apenas dois critérios. Contudo, apenas um deles é válido – o valor da proposta, haja vista que a adequação do projeto ao programa da Administração Pública é requisito para celebrar a parceria, não admitindo a anteposição de propostas que sejam mais ou menos próximas ao objeto que se espera executar. Na visão do jurista, o projeto é adequado ou inadequado ao fim a que se destina, não sendo possível se falar em graus de conformidade¹⁰⁰.

A Lei nº 13.019/2014, nos artigos 13 e 14, estabeleceu as regras para a composição da Comissão de Seleção, as hipóteses de impedimento e suspeição e as formas de substituição dos mesmos. Neste ponto, a lei determinou que um dos integrantes fosse servidor estável, com o intuito de preservar a Comissão de ingerências políticas.

Ocorre que a lei não estabeleceu número máximo de membros para a sua composição, o que leva a concluir que, a depender do tamanho da comissão, um único servidor estável não conseguirá eliminar um comportamento político que estas Comissões possam vir a apresentar. Neste ponto, o legislador foi mais cuidadoso ao tratar das Comissões que processam e julgam as licitações. Conforme o art. 51, da Lei nº 8.666/1993, dois terços dos membros deverão constar do quadro permanente de servidores públicos.

Embora a Lei nº 13.019/2014 não tenha apresentado o mesmo critério para a formação da Comissão, caberá ao gestor público ser cauteloso na escolha dos membros, sendo preferível a nomeação de servidores estáveis, que podem assegurar maior lisura ao certame.

3.4.1.2 Hipóteses em que o chamamento público é dispensado

A Lei nº 13.019/2014 teve como inspirações a Lei nº 8.666/1993 e o princípio licitatório encartado pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, especialmente no que se refere ao procedimento de escolha da entidade a ser contratada. Portanto, assim como na Lei nº 8.666/1993, o legislador previu como exceção a seleção da entidade sem procedimento público, dividindo-a em três hipóteses: chamamento público dispensável, dispensado e inexigível.

¹⁰⁰MANGUEIRA, 2017, p. 157.

O primeiro caso – chamamento público dispensado, previsto pelo artigo 29, da Lei nº 13.019/2014 – elenca as hipóteses em que o próprio legislador ponderou os valores constitucionais atingidos e entendeu pela mitigação da isonomia em razão de outros interesses públicos envolvidos. Tratam-se das parcerias cujos recursos financeiros são inseridos pelas emendas parlamentares na Lei Orçamentária Anual, com destinação já definida.

Já a inexigibilidade está relacionada com a impossibilidade de competição, seja em razão da singularidade do objeto ou da entidade, em razão de características específicas da mesma, conforme estabelecido pelo artigo 31, da Lei nº 13.019/2014. Evidente, pois, a necessidade de motivação para a utilização desta prerrogativa, visto que a singularidade deve ser avaliada de maneira objetiva.

Finalmente, o legislador previu as hipóteses de chamamento dispensável – art. 30, da Lei nº 13.019/2014 – ou seja, situações em que o administrador público, em face do caso concreto, deverá sopesar as vantagens e os prejuízos que poderão advir com um chamamento público e decidir pela melhor solução a atender o interesse coletivo.

Tal prerrogativa é muito útil em situações de emergências, como calamidade pública, grave perturbação da ordem ou da segurança. Do mesmo modo, não se justifica um procedimento público para a contratação de entidades que desenvolvam trabalhos de proteção a testemunhas, visto que nestes casos a integridade física das pessoas se sobrepõe ao interesse coletivo de uma disputa isonômica.

Tal prevalência de valores, contudo, não se apresenta nos casos de dispensa de licitação para a contratação de entidades que prestem serviços educacionais, assistenciais ou de saúde. Mesmo assim, o artigo 30, inciso VI, da Lei nº 13.019/2014, facultou a dispensa do chamamento quando o objeto da parceria puder se enquadrar em um destes campos de serviços públicos. Trata-se de uma previsão genérica, que abrange uma gama diversificada de atividades e que não se justificam, ao menos *a prima facie*, a dispensa do chamamento. Além disso, mencionou-se a figura do credenciamento, procedimento muito criticado pela doutrina, conforme já mencionado

Desta forma, apesar dos elogios merecidos à Lei nº 13.019/2014 quanto à criação de um procedimento de seleção das entidades, é preciso questionar se esta última hipótese de dispensa não acabará por esvaziar a regra geral, tendo em vista que uma significativa parcela das entidades que compõem o Terceiro Setor se destina a suprir a ausência do Estado,

justamente, nestas três grandes áreas. Há que se indagar, qual será o alcance do chamamento público previsto, que poderá se tornar medida excepcional, na prática.

Em razão da importância da realização do chamamento público e da aplicação do princípio da impessoalidade, entendemos que as hipóteses autorizativas de dispensa do procedimento devem ser interpretadas restritivamente, com utilização limitada aos casos em que a realização do procedimento seja contrária ao interesse público. Portanto, caberá ao gestor justificar a sua escolha pela dispensa, sendo insuficiente a simples menção da área de atuação do projeto a ser implementado.

3.4.2 Avaliação da capacidade operacional da entidade

Ponto de extrema importância no momento da contratação com a entidade parceira é a averiguação das condições técnicas para a realização do objeto a ser contratado. Antes da promulgação da Lei nº 13.019/2014, o Tribunal de Contas da União já vinha apresentando preocupação com relação às parcerias firmadas com as OSCIP's que não tinham capacidade operacional para a realização do objeto¹⁰¹.

Relacionado com o princípio da eficiência, uma avaliação descuidada da capacidade operacional da entidade poderá prejudicar a execução dos trabalhos e trazer prejuízos aos cofres públicos e à coletividade.

Uma avaliação acurada das reais possibilidades da entidade é de suma importância, em momento prévio à celebração do acordo, inclusive para a verificação da possibilidade da entidade cumprir com os objetivos a que está se propondo. Caso contrário, poderemos nos deparar com situações em que há a transferência de recursos públicos para a entidade privada, mas o objeto contratado resta frustrado, pela incapacidade de gestão.

3.4.3 Pareceres técnico e jurídico

A Lei nº 13.019/2014, em seu artigo 35, condicionou expressamente a assinatura do instrumento de parceria com as Organizações da Sociedade Civil à emissão de um parecer

¹⁰¹BRASIL. Tribunal de Contas da União - Plenário. Acórdão nº 1777/2005, Relatório de Auditoria, processo nº 008.011/2003-5. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

técnico, o qual contemplará uma séria de itens para explicitar as vantagens da parceria, de modo a embasar a opção do gestor pela forma da prestação do serviço. Sendo um dos principais documentos do processo de contratação com as entidades privadas, este parecer será a motivação do ato de contratação, servindo-se como parâmetro de controle para os atos e resultados subsequentes.

O primeiro dos conteúdos elencados pela norma é com relação ao mérito administrativo. Neste caso, o parecerista deverá deixar claro quais são as condições em que o acordo está sendo firmado e demonstrada a conveniência e a oportunidade da celebração. Deverá o parecerista ter o cuidado de demonstrar quais serão os ganhos e as perdas decorrentes do acordo e o sopesamento entre eles, demonstrando qual foi a opção do legislador quanto ao melhor atingimento do interesse público.

Do mesmo modo, a finalidade pública perquirida pelo administrador público deve ser demonstrada no parecer, de modo a estabelecer um nexu lógico entre a contratação e o interesse público envolvido.

As razões que justificam a parceria, os interesses recíprocos entre a Administração Pública e a entidade privada e a relação do programa de trabalho oferecido pela entidade com as propostas e diretrizes dos programas de governo devem ser expressas no parecer, pois apenas com estes elementos será possível evidenciar que o gestor público, de fato, ponderou entre os diversos interesses existentes e optou de modo consciente pela melhor solução.

Dentre as informações mais importantes que devem constar no parecer é a viabilidade do objeto contratado, de modo a sustentar que os materiais disponibilizados, a infraestrutura a ser fornecida e a mão de obra qualificada serão suficientes para atingir as metas estabelecidas pelo instrumento. A vagueza nestes pormenores poderá colocar em dúvida a legitimidade de tal parceria, visto que não é permitido ao gestor público tomar decisões que causem prejuízo à Administração. A imprecisão neste item poderá dificultar, inclusive, o controle posterior das metas, o que gera prejuízos para ambos os lados e responsabilidades para aqueles que tiveram atuação negligente.

Além do parecer técnico, também deverá constar do processo de contratação com a Organização da Sociedade Civil o parecer jurídico, analisando a legalidade da celebração da parceria, nos termos do artigo 35, inciso VI, da Lei nº 13.019/2014. Apresentando-se como uma influência da Lei nº 8.666/1993 sobre o legislador, a necessidade de parecer jurídico para a

contração entre a Administração Pública e o setor privado é um requisito de celebração em diversos instrumentos.

Observa-se que o parecer jurídico se restringirá à análise formal da celebração da parceria, limitando-se a verificar se os atos tomados até então encontram-se fundamentados e respeitando os princípios gerais da Administração Pública. Sendo um importante instrumento para o controle sobre os aspectos constitucionais da parceria, o órgão jurídico não deverá, entretanto, se manifestar sobre a conveniência ou oportunidade da celebração da parceria e tampouco sobre aspectos técnicos apresentados pelos documentos precedentes ao processo. Tal restrição, no âmbito federal, é expresso pelo artigo 31, §2º, do Decreto 8.726/2016.

Finalmente, a própria lei recomenda a observância dos pareceres técnico e jurídico, pelo gestor público, para firmar as parcerias. Contudo, o seu conteúdo não é vinculativo, ou seja, existe a possibilidade do gestor público decidir de modo diverso ao sugerido pelo parecer, desde que o faça de modo justificado e ciente de que responderá por eventuais irregularidades ou ilegalidades que viciarem o instrumento, sem o resguardo e o respaldo técnico.

4 – CONTROLE E RESPONSABILIDADE

O dever de prestar contas é intrínseco à própria concepção de Estado republicano. Isto porque, a medida que a Constituição da República institui o *povo* como titular do poder. Aquele que age em seu nome, em clara representação na gestão do patrimônio público, deve prestar contas ao titular do direito. Portanto, o gestor da *coisa pública* tem o dever de esclarecer os seus atos, os seus gastos e, inclusive, as suas escolhas quando se encontra à frente da Administração Pública.

Ao longo do tempo, a percepção de controle foi evoluindo com a criação de mecanismos cada vez mais sofisticados para a análise dos atos do gestor. Este progresso é dividido, por Diogo Figueiredo, em duas fases: a primeira que tem como foco o controle da legalidade da formação e da expressão da vontade – competência, finalidade, forma, motivo e objetivo; a segunda, que passou a considerar a eficácia das políticas públicas escolhidas e implementadas pelo gestor, de modo que seja fiscalizada a concretização dos resultados esperados.¹⁰²

A este controle de resultados, Diogo Figueiredo atribui três fenômenos que estão intimamente relacionados entre si e que demonstram esta mudança paulatina da concepção do controle:

- a) constitucionalização dos resultados das atividades administrativas do estado;
- b) juridicização do desempenho dos agentes político-administrativos;
- c) juridicização do controle de resultados.

Maria Coeli Simões Pires aponta que o controle pautado na estrita legalidade, próprio do Estado liberal ou com base também na igualdade – aspecto encontrado no Estado Social – não são suficientes para atender as necessidades do Estado Democrático de Direito, exigindo novos instrumentos e estratégias para que se tenha um controle efetivo. Propõe, portanto, que o controle da Administração passe a ter como matriz a própria Constituição da República, mormente os direitos fundamentais, tendo a sua concretização como objetivo final da atividade da Administração.¹⁰³

¹⁰²MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. **Panóptica**. Vitória, n. 1, p. 46-63, set. 2006 - Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 18 set. 2017. p. 53.

¹⁰³PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal**

É com esta concepção de controle, ou seja, da Administração pautada nos resultados, que as políticas públicas devem ser apresentadas e que passamos a analisar os mecanismos de controles existentes sobre as entidades do Terceiro Setor. Para tanto, elegemos como ponto de partida a análise sucinta dos termos de parcerias firmados entre a Administração e as OSCIP's, para em seguida tratarmos dos termos de colaboração e de fomento inseridos pela Lei nº 13.019/14. Esta escolha se deu em virtude da proximidade dos regimes jurídicos aplicados a estas duas figuras, de modo que a análise do contexto das OSCIP's nos levará a compreender as opções feitas pelo legislador durante a elaboração da Lei nº 13.019/14, quanto aos mecanismos de controles, concomitantes e posteriores.

4.1 Termos de Parcerias com as OSCIP's

O Termo de Parceria é um instrumento criado pela Lei nº 9790/99 para reger os ajustes firmados entre as OSCIP's e a Administração Pública. Assim como na Lei nº 9637/1998 – que criou as Organizações Sociais – este diploma normativo tinha o espírito de implementar um regime mais flexível, com menos impasses burocráticos e com mais foco nos resultados que estas entidades poderiam produzir na execução de projetos de interesse eminentemente público.

Esta lei inseriu uma série de mudanças no ordenamento jurídico já com vistas a corrigir falhas verificadas na Lei nº 9637/1998. Podemos citar: a inserção de critérios mais objetivos para a aquisição do título de OSCIP; a criação da possibilidade de concurso de projetos para uma disputa isonômica entre as entidades que tinham interesse em firmar parcerias com a Administração Pública (que mais tarde veio a ser obrigatório por determinação do TCU e do Decreto nº 7.568/2011); diminuição da quantidade de documentação a ser apresentada previamente à contratação, com vistas a reduzir o controle anteriormente efetivado; uma aplicação mais marcante no controle posterior, com foco no atingimento de metas.

Ademais, a lei passou a obrigar, a respeito da contratação, a apresentação de um programa de trabalho da entidade e à Administração consultar o Conselho de Políticas Públicas. Estes dois pontos refletem, de maneira concreta, a mudança de foco na elaboração dos instrumentos de controle junto ao Terceiro Setor, com vistas a um controle de resultados. Neste aspecto, o programa de trabalho deve conter três elementos:

- a) metas e resultados;
- b) previsão de receitas e despesas;
- c) relatório sobre a execução do termo de parceria.

Nos dizeres de Natasha S. C. Salinas, o programa de trabalho deve conter critérios objetivos e indicadores de resultado das ações das OSCIPs. Estes critérios, bem estipulados, poderão aferir, verdadeiramente, a eficácia, a eficiência e a efetividades dos projetos¹⁰⁴, sendo certo que os indicadores deverão se adequar a cada um dos objetivos do projeto a ser desenvolvido. Porém, apenas com indicadores concretos será possível colocar em prática o controle dos resultados.

Importante ressaltar que a lei não previu a necessidade de comprovação da capacidade de execução do objeto antes da contratação com a Administração, sendo tratado como um critério de avaliação, quando houvesse a seleção pública da OSCIP a ser contratada (o que é facultativo ao gestor nos termos da lei). Esta permissibilidade foi proposital, visto que na exposição dos motivos do projeto de lei consta a intenção do legislador em reduzir os controles *ex ante*, de modo a focar no controle de resultados.¹⁰⁵

Do mesmo modo, a Lei nº 9.790/99 não estabelecia como requisito para a celebração do termo de parceria a comprovação de regularidade fiscal perante as fazendas dos entes federativos.

Outro problema, também muito presente nas contratações com as OSCIP's – e que veio a ser alterado com a Lei nº 13.019/2014 – foi com relação à escolha das entidades contratadas. A Lei nº 9.790/1999 não previa a obrigatoriedade da realização de processo de seleção dos projetos apresentados pelas OSCIP's, o que propiciava a concessão de privilégios a alguns terceiros e o desrespeito ao princípio da isonomia.

Questão pertinente ao controle das parcerias é com relação à atuação do Conselho de Políticas Públicas sob a égide da Lei nº 9.790/1999. A lei previa a obrigatoriedade de consulta ao sobredito Conselho, tratando-se de uma importante forma de controle social, visto que em

¹⁰⁴SCHOENMAKER, Janaina. **Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas**. 2009. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 128.

¹⁰⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.690/1998**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <file:///Z:/Documentos/Cursos/P/C3%B3s%20Gradua%C3%A7%C3%A3o%20-%20Direito%20Administrativo/Monografia/Material%20de%20Pesquisa/Projeto%20de%20Lei%204690-1998%20(Lei%209790-1990).pdf> Acesso em: 05 mar 2018.

sua composição também temos membros eleitos pela sociedade. Porém, conforme nos explica Natasha S. C. Salinas, a lei limitou a sua atuação, sendo que a suas recomendações possuíam caráter meramente opinativo, o que acaba por desarticular a atuação do órgão.¹⁰⁶ O TCU reforçou este posicionamento e entendeu pela possibilidade do não acolhimento da opinião do Conselho, desde que justificado pelo gestor¹⁰⁷.

Neste contexto, Valéria Maria Trezza alertou para o fato de que sobreditos Conselhos, apesar de serem um importante instrumento de controle, passaram a ter função meramente figurativa, não exercendo as suas atribuições como era esperado pelo legislador¹⁰⁸.

Na tentativa de corrigir algumas destas falhas da legislação, ocorreram mudanças pontuais para as contratações em âmbito federal. O TCU¹⁰⁹, com fundamento no art. 195 §3º da Constituição da República, orientou para que a Administração exigisse, como requisito para a celebração do ajuste, a comprovação da regularidade fiscal no que tange às contribuições da seguridade social, sob o argumento de que nenhuma pessoa jurídica está autorizada a contratar com o Poder Público quando em débito com a seguridade social.

Somado a isso, em 2011, através do Decreto nº 7.568/2011, o governo federal, acatando as orientações do TCU, tornou o concurso de projetos obrigatório para a contratação das OSCIP's, possibilitando assim maior isonomia nas escolhas das entidades contratadas. Conseqüentemente, a experiência prévia destas entidades na execução do objeto passou a ser um critério de avaliação obrigatório, diminuindo assim os riscos na contratação. Ressalta-se, contudo, que tal alteração se deu apenas em âmbito federal, sendo ainda autorizado aos demais entes federativos realizarem as suas escolhas da forma que melhor lhes apresente.

Independentemente dos problemas apontados acima, fato é que o controle por resultados vem sendo elaborado e implementado, ao menos no campo normativo, desde o final dos anos noventa. Apesar disso, na prática, observou-se dificuldades na concretização deste

¹⁰⁶SALINAS, 2009, p. 160

¹⁰⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 931/1999, Plenário, Administrativo, processo nº 014.334/1999-2. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 15 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

¹⁰⁸TREZZA, Valéria Maria. **O Termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle**. Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007. p. 121 apud SALINAS, 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**. 2008. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 162.

¹⁰⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União - Plenário. Acórdão nº 1777/2005, Relatório de Auditoria, processo nº 008.011/2003-5. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

novo tipo de controle, especialmente no que se refere a elaboração e fiscalização das metas a serem perseguidas. É justamente neste contexto que a Lei nº 13.019/14 é elaborada, na tentativa de corrigir algumas das falhas existentes no sistema e reafirmar um controle sobre a efetividade dos ajustes realizados pelas entidades.

4.2 Termos de Colaboração e de Fomento com as Organizações da Sociedade Civil

Primeiramente, é preciso reiterar que a Lei nº 13.019/14 não revogou as leis anteriores que regulavam a relação entre a Administração Pública e as entidades que prestavam serviços públicos em regime de colaboração. Desta forma, atualmente, existem vários tipos de ajustes entre o Terceiro Setor e a Administração, sendo que os termos de colaboração e os termos de fomento, segundo as normas da Lei nº 13.019/14, seriam apenas alguns deles.

A busca por maior efetividade nas políticas públicas e a redução de condutas ímprobas nas parcerias com entidades privadas foram os objetivos perseguidos durante o processo de elaboração da Lei nº 13.019/14, apresentando reflexos diretos quanto ao controle exercido sobre estes ajustes. O controle com base nos resultados permeia toda a lei e tem especial importância no aspecto da prestação de contas.

Passemos a analisar as principais normas que tem como intuito garantir a lisura da contratação, desde o aperfeiçoamento do ajuste com a Organização da Sociedade Civil até o momento derradeiro que acontece com a prestação de contas final.

Importante salientar que, tendo em vista tratar-se de regras estabelecidas na própria lei, as quais decorrem diretamente dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, elas são passíveis de acompanhamento e fiscalização, tanto por parte dos órgãos de controle interno e externo jurisdicionais, quanto por intermédio da população, através dos mecanismos de controle social, estabelecidos pela Constituição da República.

A Lei nº 13.019/2014 elencou cinco pilares para a prestação de contas, elementos estes que são comparados, por Roberto Vilas-Boas Monte, a vértices de um pentágono, os quais, embora não se comuniquem, todos são essenciais para a sustentação desta sistemática: cumprimento do objeto, impacto socioeconômico das ações desenvolvidas, sustentabilidade das ações desenvolvidas, grau de satisfação do público alvo e alcance das metas¹¹⁰.

¹¹⁰MONTE, Roberto Vilas-Boas. Prestação de Contas. In: MENDES Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 209-240.p. 211.

A finalidade da prestação das contas é a demonstração do cumprimento do objeto pactuado, através da comprovação do alcance das metas e dos resultados previstos para o trabalho (art. 64, da Lei nº 13.019/2014 e art. 54 do Decreto nº 8726/2016). Apenas no caso de descumprimento das metas pactuadas será exigida a prestação detalhada do emprego dos recursos financeiros, relacionados unicamente à meta descumprida, com um controle mais detalhado sobre a utilização dos recursos públicos.

Contudo, a maior flexibilização das regras quanto à prestação de contas não é uma completa liberdade para a entidade realizar os seus gastos conforme melhor lhe aprouver. A relação jurídica aqui estabelecida sofre influxos de direito público, sendo certo que o representante da entidade tem o dever de empregar os recursos de maneira proba e de prestar contas, com transparência, para toda a sociedade. Assim, está passível à fiscalização e ao controle, como qualquer outra entidade que faça uso de recursos públicos.

A lei elenca, como conteúdo mínimo da prestação de contas, o plano de trabalho, o relatório de execução do objeto, o relatório de execução financeira (para o caso de frustração de algumas das metas previstas no plano de trabalho), relatório de visita técnica *in loco* e relatório de monitoramento e avaliação. Importante alertar para o fato de que, embora o relatório financeiro seja obrigatório no caso de não atingimento da meta, nos termos do art. 55, §1º, do Decreto 8.726/2016, é obrigação da entidade ter em sua guarda todos os documentos que comprovem a sua regularidade quanto à aplicação dos recursos públicos, conforme previsto no art. 55, §1º, do mesmo Decreto.

Passemos então a analisar cada um destes documentos que precisam ser apresentados pela entidade à Administração Pública.

4.2.1 Relatório de Execução do Objeto

Este relatório se presta à comprovação da execução material do que foi acordado e, especialmente, para a comprovação das metas que foram atingidas. Para tanto, qualquer meio de prova é admitido nesta fase, condicionado, evidentemente, ao juízo de valor do gestor da parceria. Contudo, o próprio edital deverá conter documentos mínimos para aferição do objeto, sendo que estes documentos serão indispensáveis para a prestação de contas.

Neste relatório também deverá ser demonstrado o grau de satisfação do público-alvo, a sustentabilidade das ações e o impacto econômico ou social que tais atividades causaram.

Estes são elementos de grande importância, sendo que a lei traz a obrigatoriedade de pesquisa de satisfação para instrumentos cuja vigência seja superior a um ano.

Este documento possui relevância na prestação de contas das Organizações da Sociedade Civil. Isto porque toda a estrutura foi elaborada tendo por base a efetividade dos programas a serem desempenhados por meio destas parcerias, sendo certo que é neste momento que se poderá aferir os resultados práticos das atividades realizadas.

Ocorre que, no relatório de prestação de contas da Lei nº 9790/99 já deveria demonstrar os resultados e, apesar dos quase vinte anos da sua existência, ainda, esta espécie de verificação não foi implementada a contento.

Cássia Vanessa Olak Alves, em pesquisa realizada juntamente a OSCIP's que firmaram parceria com a União, levantou sérios problemas com relação à dificuldade quanto ao acompanhamento e a checagem de resultados destas parcerias, por partes dos órgãos públicos. A autora verificou que, embora a Lei das OSCIP's tenha apresentado uma nova forma de avaliação, com foco no resultado, partindo de critérios objetivos de aferimento de desempenho, os instrumentos de controle utilizados pelos órgãos públicos replicavam documentos que foram elaborados segundo legislações anteriores à 1999¹¹¹.

Deste modo, apesar de se falar em controle de resultados, o que se via era uma replicação, quase automática, de documentos que muito se assemelhavam à prestação de contas da Administração para com os seus órgãos de controle, que se embasam em uma lógica funcional totalmente distinta. Em vista da inflexibilidade das normas que regem os contratos de direito administrativo, quando transpassados para a iniciativa privada, acabam por inviabilizar por completo estas parcerias.

A autora cita, como possíveis consequências desta falta de tecnicidade na verificação dos resultados, o emprego de recursos públicos em atividades ineficientes, dificuldades para as OSCIP's influenciarem ou proporem alterações nas políticas públicas e a falta de mecanismos de melhoramento com base em erros anteriores¹¹².

Com a edição da Lei nº 13.019/2014, o legislador esforçou-se para assegurar maior transparência do andamento das atividades contratadas, definiu elementos essenciais para o

¹¹¹ALVES, Cássia Vanessa Olak. Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvido com recursos governamentais no Brasil. In: CONGRESSO USP CONTROLADORIA E CONTABILIDADE, 6., 2006, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Fipecaf, 2006. p. 1-16 Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/anais/artigos62006/391.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018. p.12.

¹¹²Ibid., p.14.

plano de trabalho e estabeleceu regras mais claras para a prestação de contas. Estas previsões servirão de estímulo à profissionalização do Terceiro Setor e um controle mais efetivo sobre os resultados alcançados.

4.2.2 Relatório de Execução Financeira

Este relatório se assemelha às prestações de contas que encontramos nos demais contratos firmados com a Administração Pública. Neste documento, a Administração tem como objetivo aferir se os recursos financeiros públicos repassados à entidade foram de fato utilizados para os pagamentos dos itens descritos no plano de trabalho e se as despesas realizadas estão de acordo com o que foi inicialmente acordado.

Importante ressaltar que a aplicação correta dos recursos públicos não é suficiente para a liberação da entidade das suas obrigações e das metas assumidas. O fato da análise financeira ocorrer em etapa posterior à análise dos resultados não pressupõe a liberação da entidade quanto aos seus compromissos, mas apenas aferirá a responsabilidade pelo emprego indevido dos recursos públicos. A entidade ainda terá que justificar o descumprimento das metas, sob pena de ter julgada como irregulares as suas contas.

4.2.3 Relatório de visita técnica in loco

Trata-se de um termo circunstanciado, promovido por agente público designado para fiscalizar o andamento das atividades. Configura-se como uma forma de controle interno da Administração Pública, concomitante à execução do objeto, que possibilita um acompanhamento paralelo às atividades e abre a possibilidade de um diálogo entre a entidade e a Administração, a respeito das possíveis irregularidades ou dificuldades que o projeto esteja enfrentando.

Questão que se coloca é com relação às adversidades práticas na realização destas visitas. O legislador fez uma feliz opção ao torná-las obrigatórias. Contudo, é antiga a constatação pelo Tribunal de Contas da União que a Administração possui dificuldades para

acompanhar e fiscalizar as atividades, elencando este problema como um dos mais comuns àqueles encontrados nos convênios.¹¹³

Portanto, a previsão desta obrigatoriedade em lei é um primeiro passo, mas não trará resultados se não houver um aparelhamento estatal que, de fato, permita o acompanhamento das atividades.

A fiscalização e o acompanhamento de perto da execução dos contratos é essencial para a concretização das políticas públicas idealizadas. Apenas com um controle concreto - com envolvimento direto da Administração junto aos seus contratados - estará assegurado uma prestação de serviço com qualidade.

Este é, inclusive, o objetivo do controle interno da Administração, que admite um largo e abrangente espectro, para observar os preceitos da legalidade e da boa administração, podendo fiscalizar, suspender, alterar, confirmar, convalidar, anular ou revogar atos administrativos¹¹⁴.

Importante observar que na lógica desenvolvida pela Reforma de Estado, a Administração Pública transferiria parte dos seus serviços públicos para ao privado através da publicização, mas permaneceria responsável pelos resultados alcançados e teria a função de fiscalizar e regular as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada.

Contudo, houve uma tendência em desonerar a máquina estatal, sem se preocupar com os reflexos que causaria na comparação entre a qualidade do gasto público e do serviço prestado, gerando os diversos problemas mencionados no primeiro capítulo.

Conforme alertado por Maria Zylvia Zanella Di Pietro, a Lei nº 13.019/2014 estabeleceu importantes mecanismos de controle e de moralização das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, mas a obediência a essas normas depende da atuação dos órgãos de controle¹¹⁵.

Há que se enfatizar que este relatório não se confunde com as demais visitas de fiscalização ou auditorias promovidas pelos órgãos de controle, como no caso do Tribunal de Contas, que tem a sua competência definida pelo artigo 71 da Constituição da República.

¹¹³BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses**. 6 ed. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: < <http://portal.convencios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convencios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>> Acesso em: 06 mar. 2018. p. 52

¹¹⁴PIRES; NOGUEIRA, 2004, p. 259.

¹¹⁵DI PIETRO, 2017. p. 381

4.2.4 Relatório técnico de monitoramento

Obrigatório apenas quando há repasses de recursos públicos, ou seja, para os termos de colaboração e de fomento, o relatório de monitoramento é elaborado ou homologado pela Comissão de Monitoramento e Avaliação, com caráter preventivo e saneador, de modo a servir como respaldo para as entidades corrigirem as suas falhas, enquanto ainda existir oportunidade para tanto.

O controle preventivo vem se destacando e conquistando importância, valorizando os mecanismos de acautelamento introduzidos nos órgãos públicos. Nas palavras de Maria Coeli Simões, o controle prévio possibilita um *melhor direcionamento da aplicação dos recursos públicos, afastam os riscos do 'experimentalismo' e com isso evitam os dispendiosos processos de correção e redirecionamento de políticas públicas equivocadas*¹¹⁶.

Os requisitos impostos pela Lei nº 13.019/14 para a criação da Comissão de Acompanhamento é que ela seja composta por, ao menos, um servidor público de carreira e que seus membros não tenham relação com qualquer uma das Organizações da Sociedade Civil que tenham participado do processo de seleção.

Essa Comissão de Acompanhamento foi uma inovação da lei, com vistas a participação democrática no controle das ações sociais. Ocorre que, conforme apontado anteriormente, já foi tentada uma aproximação da sociedade com relação ao acompanhamento da execução destes ajustes, sendo que a Lei nº 9.790/99 previa o acompanhamento por meio do Conselho de Políticas Públicas. E, apesar do seu grau de importância, pouco se visualizava sobre as ações concretas do Conselho que se aperfeiçoavam com os atos de controle e fiscalização.

Desta forma, para que a previsão legal de criação de uma Comissão de Acompanhamento seja efetivada, a Administração Pública precisará incentivar o seu funcionamento, assim como os órgãos de controle deverão exigir o desempenho desta Comissão. Para isso, é importante proporcionar a necessária infraestrutura para a realização dos trabalhos e não obstaculizar o acesso a dados elementares para esta fiscalização.

¹¹⁶PIRES; NOGUEIRA, 2004, p. 274.

Ademais, é importante que os relatórios técnicos sejam elaborados por servidores públicos estáveis, tendo em vista a sua autonomia funcional que lhes assegura as condições necessárias para uma atuação isenta e impessoal em atos de fiscalização.

4.2.5 Prestação de contas anual

Para os ajustes, cujas vigências sejam superiores a um ano, a entidade fica obrigada a prestar contas anualmente. Anteriormente, a prestação de contas devia ser realizada a cada pagamento feito à Administração, independentemente do interregno existente entre eles. Com o intuito de desburocratizar o processo de prestação de contas, foram estabelecidos espaços de tempo maiores entre uma prestação e outra, imputando maior celeridade tanto para entidade quanto para a própria Administração, que muitas vezes não tinha sequer pessoal suficiente para a análise destes relatórios.

Neste contexto, serão julgadas como regulares as contas que demonstrem que as metas foram atingidas. Por outro lado, serão tidas por irregulares aquelas que demonstrem a incompletude de metas acordadas ou irregularidades durante a execução do projeto, as quais causaram prejuízos ao patrimônio público. Neste caso, o gestor terá duas alternativas: a) solicitar a correção das falhas por parte da entidade; b) determinar a extinção do vínculo, com a aplicação das penalidades cabíveis.

Nesta decisão, como em qualquer ato da Administração, o gestor deve se pautar pelo melhor atendimento ao interesse público, havendo influxos, também neste momento, do princípio da eficiência. Importante verificar que aqui não se trata apenas dos aspectos financeiros que tal ou qual medidas poderão incorrer, mas também nos impactos que poderão ocasionar ao público caso ocorra a interrupção das atividades, considerando que, por vezes, a Administração não terá condições para suprir, de imediato, a população atingida.

É importante ressaltar que, para que ocorra a extinção do contrato ou aplicação das penalidades, é necessário que a Administração conceda prazo para a entidade sanar as irregularidades. Uma vez não verificada a correção, o gestor poderá glosar os valores repassados que tenham ligação com a meta descumprida, determinando a sua devolução ou a sua retenção, conforme for o caso, sem prejuízo de eventual reparação ao dano causado. Por outro lado, se entender que a rescisão é o caminho que melhor atende ao interesse público,

deverá fazê-lo, sob pena de reponsabilidade solidária, sempre respeitando o devido processo legal, com possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Em caso de rescisão, do mesmo modo, será determinado o pagamento de indenização pelos danos causados pela inadimplência da entidade e a devolução dos valores relacionados aos itens não cumpridos. Uma vez não pagos, poderá ensejar a responsabilidade solidária do representante da entidade, conforme se explicará mais adiante.

4.2.6 Prestação de contas final

A prestação de contas final, diferentemente das prestações parciais, terá como objetivo indicar quais foram as metas cumpridas, havendo pouca margem para correção das irregularidades. Uma vez cumpridas as metas, a parceria se dá por encerrada, devendo a entidade apenas devolver, se houver, o saldo remanescente dos recursos públicos que lhe foram repassados.

A norma, genérica e abstrata, remete a critérios técnicos e para uma valoração a ser realizada pelo gestor. Se não houver garantias de que estas metas atendem ao princípio da economicidade e que a contratação se justifica pelo emprego de recursos público, de forma mais eficiente, poderá gerar um ambiente propício para a má utilização desses recursos. Metas mal elaboradas ou dúbias beneficiarão aqueles que não estão preocupados em realizar, com zelo, atividades com finalidades públicas e os livrará da apresentação do detalhamento do valor empregado. Por esta razão é tão importante que o plano de trabalho comporte um detalhamento da forma como ocorrerá o monitoramento e, especialmente, a avaliação final.

A título de exemplificação, entendemos como importantes os seguintes itens para o programa de avaliação: metodologia; frequência em que serão aferidos os resultados; identificação de pontos críticos do projeto; responsáveis pela realização da avaliação – com possibilidade de contratação de pessoal externo; estipulação de indicadores precisos e objetivos; metodologia de julgamento do resultado; recursos necessários para a realização desta análise.

Sem estes elementos, previamente estabelecidos, o gestor público não terá substrato para julgar como insatisfatório a prestação do serviço e, conseqüentemente, não poderá aplicar as penalidades e as medidas corretivas que o ordenamento jurídico prevê. A Administração Pública acabará arcando com o prejuízo financeiro do projeto e a entidade continuará apta a realizar novas parcerias com outros entes públicos.

Por outro lado, quando constatado o descumprimento das metas, a Administração deverá aplicar tantas medidas sancionadoras ou saneadoras quantas forem necessárias e possíveis para atingir-se o objetivo inicial.

O parecer técnico conclusivo - que terá por base os relatórios de acompanhamento da Comissão de Acompanhamento e Monitoramento, as prestações de contas parciais e os relatórios de visita *in loco* - orientarão a decisão do gestor público, que concluirá pela aprovação ou pela rejeição de suas contas. Neste sentido, a lei é expressa ao determinar que as decisões do gestor público deverão levar em consideração os pareceres técnicos emitidos pelos agentes incumbidos de fiscalizar a execução do objeto. Neste caso, o gestor poderá responder, quando não acolher os pareceres técnicos sem motivação suficiente ou se pautar em pareceres emitidos por aqueles que estejam ocupando cargo de livre nomeação e exoneração, conforme já mencionado no item anterior.

No caso das parcerias realizadas com a administração pública federal, por força do art. 65, do Decreto 8.726/2016, a entidade fica obrigada a apresentar o relatório final de execução financeira quando não conseguir cumprir as metas estipuladas. Neste caso, a análise das contas será feita em dois momentos distintos: o primeiro com relação às metas e resultados esperados; a segunda com relação ao emprego regular das verbas públicas, com a discriminação de cada um dos valores gastos. Com isso, a rejeição das contas não poderá ter como base, unicamente, os resultados da parceria, mas sim uma análise conjunta entre os relatórios técnico financeiros apresentados.

4.3 - Responsabilidade dos Agentes e das Organizações Da Sociedade Civil

A rejeição das contas, por parte da Administração ou do Tribunal de Contas, pode gerar uma série de repercussões, tanto na vida da entidade quanto dos seus representantes. A primeira delas se trata das sanções previstas na própria Lei nº 13.019/14, descritas no artigo 73: advertência, impossibilidade de contratação com a Administração Pública e declaração de idoneidade. Entretanto, a Lei Anticorrupção também poderá incidir sobre eventuais ilícitos que venham a ser cometidos no âmbito destas parcerias.

Em razão das repercussões que tais penalidades possam ensejar sobre as entidades, comentaremos alguns pontos de ambos os diplomas.

4.3.1 Lei nº13.019/14 – Penalidades previstas pelo Marco Regulatório do Terceiro Setor

Conforme dito anteriormente, são três as penalidades possíveis para o descumprimento das metas previstas nos termos de acordo ou de fomento: advertência, impossibilidade de contratação com a Administração e declaração de idoneidade, estando a entidade impedida de contratar com a Administração até que ocorra a sua reabilitação.

A primeira diferença que percebemos da Lei nº 13.019/14 com os demais diplomas normativos que regem as relações contratuais com a Administração Pública é a ausência da penalidade multa. No caso, o legislador entendeu que as entidades, sendo pessoas jurídicas que não tem finalidade lucrativa, seria inadequada a aplicação da pena pecuniária sem, no entanto, isentar a entidade de eventuais reparações de danos devidos.

O impedimento para novas contratações, por sua vez, ocorre apenas no âmbito do próprio ente federativo que aplicou a penalidade, não podendo ultrapassar o período de dois anos.

Já com relação à declaração de idoneidade, esta impede a contratação com todos os entes de Administração direta e indireta, em todas as esferas, cuja reabilitação ocorrerá apenas com o ressarcimento integral do dano causado e após transcorridos dois anos desde a aplicação da penalidade.

Sobre o assunto, Guillermo Gonçalves sugere que teria sido mais interessante para a Administração a previsão de uma sistemática de redução proporcional da pena quanto mais célere fosse a reparação do dano pois, da maneira como está descrita na lei, a entidade não terá interesse em realizar a reparação antes de transcorrido o período mínimo em que estará impedida de contratar com a Administração, qual seja, dois anos¹¹⁷. Este pensamento se coaduna com o fato da dificuldade que a Administração Pública possui em reaver aquilo que lhe é devido, seja em termos de medidas judiciais ou extrajudiciais.

Outra questão versada pela lei foi a proibição para a contratação por Organização da Sociedade Civil ou que seus dirigentes tenham tido as suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas, de qualquer uma das esferas de governo. Embora esta vedação já estivesse prevista na Lei de Improbidade Administrativa, é importante ressaltar que a Lei nº 8.429/1992 é aplicável

¹¹⁷GONÇALVES, Guillermo Dicesar Martins de Araújo. Sanções e atos de improbidade administrativa. In: MENDES Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 245

para as pessoas físicas que tenham agido com culpa ou dolo em conluio com agente público. A Lei nº 13.019/2014 ampliou a vedação de contratação para todas as hipóteses em que a Corte de Contas rejeitar a prestação de contas, sem a configuração, necessariamente, de ato de improbidade administrativa.

4.3.2 Lei Anticorrupção

A Lei nº 12.846/2013, além de prever responsabilização objetiva da pessoa jurídica em atos de corrupção praticados por seus empregados, inseriu medidas de prevenção, detecção e correção de condutas ilícitas praticadas no âmbito da companhia, também conhecido como *compliance*. Esta lei é aplicável ao Terceiro Setor, tendo em vista que em seu art. 1º estabelece como âmbito de abrangência todas as pessoas jurídicas, independentemente da sua formação, incidindo tanto sobre aquelas que tem finalidade lucrativa quanto sobre aquelas que não a possuem.

Desta forma, a Organização da Sociedade Civil também poderá ser beneficiada pela realização prática de combates à corrupção, assim como será possível a celebração de acordo de leniência com estas entidades.

Também está prevista a aplicação de multa, nos casos de corrupção cujos valores são definidos propriamente por esta lei. Há questionamentos a respeito da sobreposição de sanções previstas em diferentes leis que acabam por incidir sobre de um único ato, principalmente em razão da aplicação do princípio do *non bis in idem*¹¹⁸.

Concordamos com Heraldo Garcia Vitta que um mesmo comportamento poderá ensejar o descumprimento de diferentes deveres ou, ocorrendo o descumprimento de um mesmo dever, a norma impõe, explicitamente, diferentes sanções¹¹⁹. Desta forma, é possível que um mesmo comportamento se sub una a diversos tipos infracionais.

Neste sentido, Daniel Ferreira explica que o princípio do *non bis in idem* veda a manifestação da Administração Pública a respeito da mesma conduta, ou seja, uma vez definida a penalidade a competência sancionadora se exaure, sendo possível que uma mesma lei

¹¹⁸FREITAS Jr., Dorival. **A responsabilidade da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2017.p. 201

¹¹⁹VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 119.

estabeleça diferentes sanções de uma mesma natureza, como é o caso da declaração de idoneidade administrativa cumulada com multa¹²⁰.

Outra questão que tem grande repercussão quando tratamos de entidades do Terceiro Setor é com relação à publicação das decisões que penalizam as Organizações da Sociedade Civil em virtude da prática de atos corruptos.

O Terceiro Setor, ao menos em tese, deve ser custeado tanto pela Administração Pública quanto pelo setor privado. Os investidores privados se afastam de entidades que demonstrem comportamentos ímprobos, acarretando uma fuga do capital privado, o que pode levar, inclusive, ao encerramento das atividades da Organização da Sociedade Civil. Portanto, de suma importância a previsão desta penalidade na Lei Anticorrupção.

Temos ainda a possibilidade de decretação da suspensão das atividades da entidade, ou mesmo a imposição do encerramento das suas atividades, para os casos mais graves de corrupção.

¹²⁰FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 134.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou os ajustes firmados entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a prestação de serviços sociais, sob a égide de diversos diplomas normativas, mormente a Lei nº 13.019/2014.

Como vimos, a Lei nº 13.019/2014 foi elaborada com a pretensão de implementar um controle de resultados nas parcerias firmadas com o Terceiro Setor e moralizar tais ajustes. A partir dos problemas e dificuldades constatadas durante as últimas décadas, a lei aperfeiçoou os mecanismos de gestão e de prestação de contas.

Dentre as diversas melhorias inseridas por este novo diploma normativo, podemos citar a criação do *chamamento público*, espécie de método de seleção da entidade a ser contratada, padronizando os procedimentos, analisando a situação financeira da entidade e tornando impessoal a escolha daquela a quem serão destinados os recursos provisionados; estabeleceu o percurso a ser percorrido, tanto pela entidade quanto pela Administração Pública para a firmar estas parcerias, determinando a priorização de políticas públicas e mapeamento das áreas mais vulneráveis, incentivando o planejamento na gestão pública; determinou maior e melhor disponibilização de dados para a efetivação do controle social; reduziu a margem de discricionariedade do agente público quanto a elaboração das metas e sua posterior avaliação ao término da parceria; e estabeleceu novas normas sancionadoras, tanto para aqueles que descumpriram as metas estabelecidas quanto àqueles que tiveram condutas ímprobas.

Esses e outros avanços foram registrados durante o trabalho e concretizam o princípio da eficiência, com o objetivo de promover maior efetivação das políticas públicas. Estas alterações são positivas e apropriadas para um país que vive uma grave crise fiscal com um déficit na prestação de serviços públicos, tanto quantitativo quanto qualitativamente.

Contudo, ao lado desta ineficiência, é necessário reconhecer a existência de outros problemas no âmbito da Administração Pública, como a corrupção, o promíscuo relacionamento entre as ONG's e o Poder Legislativo e a utilização das entidades para beneficiar terceiros.

Portanto, em que pese a importância de um controle de resultados, não nos parece que estejamos prontos para nos libertar de controles burocráticos, que visam principalmente conter o patrimonialismo, o clientelismo e o fisiologismo.

E foi justamente neste sentido que a Lei nº 13.019/2014 retomou técnicas antigas de controle e vedações, que tem um caráter eminentemente moralizador. Os relatórios, as visitas, o monitoramento e as prestações de contas são mecanismos há muito tempo utilizados na execução dos contratos administrativos e agora também foram incorporados aos ajustes.

Outras questões ainda precisam ser encaradas, como a definição de valores máximos a serem repassados para o Terceiro Setor, a proibição à transferência integral da execução dos serviços públicos para a iniciativa privada e os limites para o pagamento de salários para os empregados destas entidades. Mas é certo que a Lei nº 13.019/2014 representou um avanço em termos de controle e profissionalização destas parcerias.

Podemos dizer que com a promulgação da Lei nº 13.019/14, reiteramos o nosso desejo por resultados práticos mais concretos do que o que observamos atualmente e acreditamos que com um rígido controle será possível dar um salto de qualidade nos serviços públicos prestados por estas entidades, em benefício de toda a sociedade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cássia Vanessa Olak. Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvido com recursos governamentais no Brasil. In: CONGRESSO USP CONTROLADORIA E CONTABILIDADE, 6., 2006, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Fipecaf, 2006. p. 1-16 Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/anais/artigos62006/391.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, p. 1-7, mar./abr./mai. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/antonio-carlos-cintra-do-amaral/o-principio-da-eficiencia-no-direito-administrativo>>. Acesso em: 03 jan 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

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: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parceiras Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 522-562.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.690/1998**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <[file:///Z:/Documentos/Cursos/P%C3%B3s%20Gradua%C3%A7%C3%A3o%20-%20Direito%20Administrativo/Monografia/Material%20de%20Pesquisa/Projeto%20de%20Lei%204690-1998%20\(Lei%209790-1990\).pdf](file:///Z:/Documentos/Cursos/P%C3%B3s%20Gradua%C3%A7%C3%A3o%20-%20Direito%20Administrativo/Monografia/Material%20de%20Pesquisa/Projeto%20de%20Lei%204690-1998%20(Lei%209790-1990).pdf)> Acesso em: 05 mar 2018.

_____. Congresso Nacional. **Relatório Final da CPI das ONGs: criada por meio do requerimento nº 201/2007**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>> Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, n. 124, 01 de jul. 1999. Seção 1, p. 1.

_____. Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011. Altera o Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, o Decreto no 3.100, de 30 de junho de 1999, que regulamenta a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial [da]**

República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, n. 181, 20 de set. 2011. Seção 1, p. 1

BRASIL. Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, n. 80, 28 de abr. 2016. Seção 1, p. 18.

_____. Lei nº 4320, de 17 de março 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 mar. 1964. Seção 1, p. 2745

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 105, 03 de jun. 1992. Seção 1, p. 6993.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 116, 22 de jun. 1993. Seção 1, p. 8269.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 92, 18 de mai. 1998. Seção 1, p. 8.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 56, 24 de mar. 1999. Seção 1, p. 1.

_____. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 148, 02 de ago. 2013. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial**

[da] **República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 146, 01 de ago. 2014. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.204/2015, de 14 de dezembro de 2015. Altera a Lei no 13.019, de 31 de julho de 2014, “que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999”; altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.790, de 23 de março de 1999, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.101, de 27 de novembro de 2009, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga a Lei no 91, de 28 de agosto de 1935. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, n. 239, 15 de dez. 2015. Seção 1, p. 2.

_____. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses**. 6 ed. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: <<http://portal.convenios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convenios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>> Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº 931/1999, Administrativo, processo nº 014.334/1999-2. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 15 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União, Plenário. Acórdão nº 1777/2005, Relatório de Auditoria, processo nº 008.011/2003-5. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União, Plenário. Acórdão nº 1235/2006, Relatório de Auditoria, processo nº 012.486/2005-0. Relator: Guilherme Palmeira. Brasília, 26 de julho de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União, Plenário. Acórdão nº 2066/2006, Relatório de Auditoria, processo nº 015.568/2005-1. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 08 de novembro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União, Primeira Câmara. Acórdão nº 2056/2016, Tomada de Contas Especial, processo nº 010.328/2013-0. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 22 de março de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>> Acesso em: 10 jan. 2018.

CAMMAROSANO, Márcio. Princípio da Moralidade Administrativa e Valores Juridicizados. In: _____. **Princípio da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.79-116

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 79, p. 15-40, mai./jun.2013.

DALARI, Adilson Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.5, p. 1-17, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=87>> Acesso em: 20 nov. 2017.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DONINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e Limites para Alterações dos Termos de Colaboração e de Fomento na Lei nº 13.019/14. In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte : Fórum, 2017 – KINDLE.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS Jr., Dorival. **A responsabilidade da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2017.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GONÇALVES, Guillermo Dicesar Martins de Araújo. Sanções e atos de improbidade administrativa. In: MENDES Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 241-247

KOGA, Natalia Massaco. **As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) e os Termos de Parceria: uma reflexão sobre a relação entre Estado e Sociedade Civil**. 2004. 179 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. Há um Direito à Privacidade e Intimidade absolutos na ordem jurídica e política democráticas contemporâneas, notadamente em face de informações de interesse público indisponível?. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 48, abr./jun. 2012. Editora Fórum.

LOPEZ, Felix; BUENO, Natália. Transferências federais a entidades privadas sem fins lucrativos (1999-2010). In: **Texto para discussão**. Rio de Janeiro: Ipea, n. 1778, out. 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent§ion=31&Itemid=351> Acesso em: 06 mar. 2018.

LOPEZ, Felix et al. A interação entre Organizações da Sociedade Civil e Governo Federal: colaboração nas políticas públicas e aperfeiçoamentos regulatórios possíveis. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Brasil em Desenvolvimento 2014: Estado, planejamento e políticas públicas**. Brasília, DF: Ipea, 2014. v. 2. p. 329-346. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&view=alphacontent&Itemid=357> Acesso em 06 mar. 2018.

MANGUEIRA, Carlos Octaviano de Mendes. Chamamento Público. In: MENDES Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 143-165.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o Terceiro Setor? In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017 – KINDLE.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à Informação e Transparência nas Parcerias Voluntárias. In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017 – KINDLE.

_____. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público**. Belo Horizonte, n. 2, jan./jun. 2017. Editora Fórum.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEGAT, Fernando. Contratação Direta na Lei 13.019/2014: dispensa e inexigibilidade de chamamento público para a celebração de termos de cooperação e de fomento In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte : Fórum, 2017 – KINDLE

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. n.2, p. 105-119, abri/jun. 2000 Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334> > Acesso em: 03 jan. 2018.

MONTE, Roberto Vilas-Boas. Prestação de Contas. In: MENDES Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 209-240.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. *Panóptica*. Vitória, n. 1, p. 46-63, set. 2006 - Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 18 set. 2017.

MURARO, Leopoldo Gomes. Termo de colaboração e termo de fomento. In: MENDES, Michelle Diniz (Coord.) **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 45-86.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. O Chamamento Público na Lei Federal nº 13.019/2014: procedimento legal, avanços e retrocessos. In: MOTTA, Fabricio; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte : Fórum, 2017 – KINDLE.

PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. O controle do terceiro setor. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 11-33, out. 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79474>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 45, p. 243-282, jul./dez. 2004 – Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/87>> Acesso em: 01 fev. 2018.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais no Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 34, n.136, p. 5-28, out./dez. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287>> Acesso em 16 jan. 2018.

SABO PAES, José Eduardo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SALINAS, 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*. 2008. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0003153970. Relator: Desembargador Ferraz de Arruda. São Paulo, SP, 04 de agosto de 2010. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 15 out. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo;.codigo=RI000FHHC0000#?cdDocumento=32>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

SCHOENMAKER, Janaina. **Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas**. 2009. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TEIXEIRA, Josenir. Oposição à afirmativa de que a lei n. 13.019/14 seria o "marco regulatório das organizações da sociedade civil. Revista Colunistas de Direito do Estado, n. 194, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/josenir-teixeira/oposicao-a-afirmativa-de-que-a-lei-n-13019-14-seria-o-marco-regulatorio-das-organizacoes-da-sociedade-civil>> Acesso em: 07 out. 2017.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.