**LEONARDO ROMANO SOARES**

# CONTROLES SOBRE AS PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: TRANSPARÊNCIA, RESULTADOS E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

**LEONARDO ROMANO SOARES**

# CONTROLES SOBRE AS PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: TRANSPARÊNCIA, RESULTADOS E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Soares, Leonardo Romano
Controles sobre as parcerias com organizações da sociedade civil: transparência, resultados e participação social / Leonardo Romano Soares ; orientador Fernando Dias Menezes de Almeida -- São Paulo, 2017.
195

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Controle. 2. Fomento. 3. Parceria. I. Almeida, Fernando Dias Menezes de, orient. II. Título.

# AGRADECIMENTOS

Ao Professor Fernando Dias Menezes de Almeida, meu sincero agradecimento por ter acolhido esse seu aluno, e pela segunda vez, já que tive o privilégio de pertencer à sua primeira turma na graduação, quando da sua recém admissão como Professor Doutor na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Lembro, com uma pitada de saudade, do dia em que a Professora Odete Medauar o trouxe pelo braço e o apresentou à nossa turma, juntamente com o estimado Professor Floriano. "Direito Administrativo, matéria difícil essa", dizia-se entre nós. Cada aula sua, porém, foi um convite amável a um novo olhar apaziguador, conciliador com o objeto, insuflando sentido àquilo que antes parecia árido, abstrato e distante. Foram necessários dez anos para que a admiração inocente de um neófito se transformasse num respeito profundo por alguém que lhe incutiu lições marcantes, não apenas pela erudição singular dos conhecimentos jurídicos – algo admirável em se tratando de um mestre tão jovem! -, mas também pela humildade, simplicidade, clareza, carinho e lhaneza com que nos brindava a todos. Minhas anotações de suas aulas, sem tirar, nem por uma vírgula, e sem qualquer outro material de subsídio para as matérias lecionadas, conduziram-me com segurança através do concurso público que me alçou ao Ministério Público. Hoje, essas lições imantam de maneira poderosa minha compreensão e minha atuação no Direito Público, revigorando e reconduzindo, a cada passo, o exercício da função ministerial para a sua finalidade de concretização da justiça e da paz. Em tempos difíceis de relativização de valores e descrença geral em relação à vida pública, urge que os profissionais do Direito tenham uma nova formação que invista na aproximação, no diálogo, na concórdia, na conciliação; nesse contexto, a norma jurídica deve ser manejada com humanidade, como instrumento de convergência e pacificação, e não para o subjugo, a imposição, a dominação. Os bons ventos da mudança já sopram forte nas velhas Arcadas, instalando aí um novo Mestre, dotado das duas virtudes imprescindíveis para a transformação que ora se reclama: sabedoria e humildade. Eterna gratidão por poder me beneficiar de ambas!

Meu agradecimento, também, aos Professores Rodrigo Pagani de Souza e Marcos Augusto Perez, que ministraram aulas fundamentais sobre controle e fomento, tão essenciais que influenciaram na reorientação do tema que escolhi para a dissertação. Em especial, ressalto a imprescindível orientação do Professor Rodrigo, tanto na qualificação, quanto na troca de ideias informais logo após. Sua alegria e descontração, aliadas a um conhecimento jovial,

revigorado, crítico e ousado, dissipam de modo benfazejo a aura excessivamente dogmática, monolítica, circunspecta e distante da realidade, que ainda paira em torno do Direito Administrativo.

Aos valorosos e combativos colegas da Promotoria de Santa Bárbara D'Oeste, que, sem pestanejar, deram seu imediato aval e respaldo para que eu me ausentasse alguns dias para ir a São Paulo estudar, meu muito obrigado!

À Tati, companheira carinhosa, e ao Gui e à Bia, meus filhos abençoados, agradeço pelos frequentes resgates das horas de trabalho e estudo excessivos, salvando-me da insanidade e das dores nas costas. Vocês são o sal da minha vida.

Aos meus pais, Alexandrino e Carmen, obrigado por tudo. Mentes brilhantes e pessoas honradas que são, espero sempre ser digno da educação e dos valores que me passaram, de respeito ao próximo, de trabalho, de honestidade e de perseverança.

Ao Rapha e Dani, irmãos queridos, amo vocês! Dedico este trabalho a vocês dois.

# RESUMO

SOARES, Leonardo Romano. **Controles sobre as parcerias com organizações da sociedade civil: transparência, resultados e participação social**. 2017. 196 p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Este trabalho defende a tese de que a Lei Federal n. 13.019/2014 inaugurou um sistema nacional de controle das relações jurídicas não econômicas de fomento e colaboração estabelecidas entre o Estado e entidades não lucrativas de interesse público, e esse sistema constitui evolução positiva do ordenamento jurídico. Essa lei estabeleceu um regime geral de parcerias de fomento e colaboração do Estado com o terceiro setor. Tal sistema de controle emerge de regras mínimas sobre os assuntos fundamentais da atividade de controle dessas parcerias, como agentes e órgãos incumbidos dessa missão, fiscalização, prestação de contas, responsabilidades e sanções por má-conduta. Diferentemente do direito anterior, essa disciplina configura um sistema, um conjunto de regras e princípios logicamente organizados. Ela está edificada, articulada e orientada por princípios próprios, em especial os da transparência, da participação social e priorização da avaliação dos resultados. O estudo principia por situar o controle dessas parcerias nos domínios do fomento social e da colaboração, onde as parcerias público-privadas de índole não econômica se desenvolvem. Em seguida, o trabalho faz a análise do elemento subjetivo dessas parcerias, constituído pelo gênero das organizações da sociedade civil (OSC), nome atribuído pela Lei n. 13.019/2014 para designar as pessoas jurídicas privadas não lucrativas que desenvolvem atividades de benefício coletivo. O capítulo 2 diz respeito à função de controle sobre as relações do Estado com o terceiro setor. A palavra controle, aqui, é empregada em sentido geral e amplo, significando verificação da correção da relação de colaboração, de aferição da sua regularidade. É realizado breve histórico e análise crítica do convênio como instituto, antecessor das parcerias. Por fim, aborda-se a Lei n. 13.019/2014, contextualizando-a no ordenamento e descrevendo o quadro dos regimes específicos de cooperação estatal com o terceiro setor que permaneceram ao lado da nova lei. O capítulo 3 examina efetivamente a disciplina de controle trazida pela Lei n. 13.019/2014. Essa função está fortemente alicerçada na transparência, bem como incorpora e dá elevada importância aos mecanismos de controle social. Aqui, também são analisados os demais princípios da função de controle, assim como agentes, instituições, instrumentos e efeitos do controle. Na conclusão, tenta-se provar que o caráter sistemático do controle sobre as parcerias decorre de quatro fatores: (1) normas essenciais, de nível legal, sobre controle; (2) princípios próprios articulando e dirigindo essas regras essenciais; (3) natureza de normas nacionais, integrando ordenamentos parciais e oferecendo subsídios para interpretação supletiva. Ao final, faz-se uma síntese crítica sobre as vantagens, virtudes e defeitos desse novo tratamento jurídico: embora as novas regras tenham aperfeiçoado as responsabilidades e reforçado a obediência ao sistema jurídico, superando grande parte da insuficiência do regime dos convênios, foram injustificadamente mantidos regimes de controle específicos concorrentes, limitando os benefícios da nova legislação no que concerne aos parâmetros gerais de controle dos recursos públicos utilizados por entidades do terceiro setor em parceria com o Estado.

**Palavras-chave**: controle, fomento, parceria, transparência, participação social.

# ABSTRACT

SOARES, Leonardo Romano. **Control over partnerships between civil societies organizations: transparency, results and social participation**. 2017. 196 p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This work argues that the Federal law n. 13.019/2014 inaugurated a national control system over stimulus and collaboration relationships between the State and non-profit organizations, with a positive impact on Brazilian legal system. That Act settled general fostering and collaborative regulation to public partnerships with the third sector. This control system arises from basic rules over fundamental issues of partnerships control activity, as agents and agencies entrusted with this mission, oversight activity, accountability, responsibilities and sanctions for misconduct. Unlike previous law regulation, this discipline configures a system, a set of rules and principles logically organized. It is built, articulated and guided by principles, in particular those of transparency, social participation and priority on results evaluation. The study begins by situating the control of these partnerships in public social fostering and collaborative domains, fields where public-private non-economic partnerships develop. Then, the paper analyzes with whom these partnerships are settled: the civil society organizations (CSOs), name given by law n. 13.019/2014 to designate non-profit entities that develop public benefit activities. Chapter 2 concerns the control function. The word control, here, is applied in a general and wide sense meaning verification of the correctness of the collaboration relationship, the admeasurement of its regularity. It is made a short historical overview and critical analysis about the institute of agreement, predecessor of social partnerships. Finally, the issue addressed is law n. 13.019/2014, contextualizing it at the legal system and describing the framework of specific legal regimes of state cooperation with nonprofit organizations that still remained. Chapter 3 effectively examines legal control discipline brought with law n. 13.019/2014. That function is strongly based on transparency, as well as incorporates and gives high importance to social control mechanisms. In the same chapter other principles of control, as well as agents, institutions, instruments and effects are analyzed. Conclusion is dedicated to proving that the systematic feature of control over partnerships arises from four factors: (1) essential legal control standards; (2) own principles articulating and guiding those essential rules; (3) national standard rules, integrating partial legal systems and offering subsidies for supplementary interpretation. At the end, it is provided a critical synthesis about the advantages, strengths and flaws of this new regulation: although the new rules have improved accountability and enhanced compliance with the legal system, overcoming most of the inadequacies of the agreements regime, specific legal regulation over public-private partnerships between the State and non-profit entities unjustifiably still remained, limiting the benefits of the new legislation concerning general standard control rules of public resources used by charities cooperating with the State.

**Key words**: control, foster, partnership, transparency, social participation

# SUMÁRIO

RESUMO ..... vi
ABSTRACT ..... vii
INTRODUÇÃO ..... 1
CAPÍTULO 1. FOMENTO E COLABORAÇÃO ..... 14
Introdução ..... 14
1. Noção genérica de fomento ..... 16
2. Conceito jurídico de norma de fomento ..... 18
3. Fomento como atividade, técnica e relação jurídica ..... 20
4. Medidas de fomento no direito positivo brasileiro ..... 27
5. Os vínculos jurídicos de veiculação do fomento ..... 34
6. Entidades sujeitas a fomento e colaboração: as OSC ..... 36
6.1. Entidades privadas sem fins lucrativos ..... 37
6.2. As sociedades cooperativas ..... 38
6.3. As organizações religiosas ..... 39
7. Fomento social e colaboração: o escopo das parcerias com OSC ..... 41
CAPÍTULO 2. HISTÓRICO E PANORAMA DOS CONTROLES DAS RELAÇÕES DE PARCERIA COM O TERCEIRO SETOR ..... 48
1. Delimitação da noção de controle ..... 48
2. O controle do convênio público-privado antes da Lei n. 13.019/2014 ..... 53
2.1. Análise crítica do controle das relações de fomento e colaboração antes da Lei n. 13.019/2014 ..... 57
2.1.1. Disciplina legal lacônica ..... 58
2.1.2. Alcance ainda restrito das inovações do final da década de 1990 ..... 61
2.1.3. Redundância perniciosa de regimes jurídicos ..... 63
2.1.4. Indefinição de foco no controle de meios ou no de resultados ..... 63
3. A Lei n. 13.019/2014 ..... 65
3.1. Histórico da lei e análise do caráter nacional das suas normas de controle ..... 65
3.2. O aperfeiçoamento do controle como decorrência da evolução das parcerias ..... 74
3.2. Âmbito de aplicação da Lei n. 13.019/2014. ..... 78
3.3. Os sistemas específicos de controle ..... 78
3.2.1. Contrato de gestão. ..... 81
3.2.2 Termo de parceria ..... 83
3.2.3. Convênios com o SUS ..... 84
3.2.4. Termo de compromisso cultural ..... 85
3.2.5. As transferências financeiras das Leis ns. 10.845/2004 e 11.947/2009 ..... 86

3.2.6 Serviços sociais autônomos ..... 87
3.4. Análise crítica dos controles especiais ..... 88
CAPÍTULO 3. O CONTROLE DAS PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL ..... 92
1. Princípios do regime jurídico de controle das parcerias ..... 92
Introdução ..... 92
1. Transparência ..... 96
2. Participação e controle social ..... 99
3. Priorização do controle dos resultados ..... 101
2. Órgãos, agentes e entidades envolvidos no controle ..... 115
2.1. Gestor público ..... 116
2.2. Administrador público ..... 117
2.3. Comissão de monitoramento e avaliação ..... 118
2.4. Ministério Público ..... 119
2.5. Tribunal de Contas ..... 123
2.6. Ministério Público de Contas ..... 129
2.7. Cidadão ..... 132
2.8. Conselho de política pública ..... 136
2.9. Conselho fiscal ..... 138
2.10. Advocacia Pública ..... 139
3. Instrumentos do controle ..... 142
3.1. Divulgação de informações ..... 142
3.2. Fiscalização ..... 145
3.3. Prestação de contas ..... 146
3.4. Auditorias ..... 152
4. Efeitos do controle ..... 154
4.1. O julgamento das contas ..... 154
4.1.1. Aprovação ..... 155
4.1.2. Reprovação ..... 158
4.2. Responsabilidades ..... 159
4.2.1. Administrativas ..... 159
4.2.2. Cíveis ..... 161
4.2.3. Penais ..... 167
CONCLUSÕES ..... 168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... 178

# INTRODUÇÃO

O contrato é o instrumento jurídico negocial mais utilizado e adequado para a transferência de riquezas[1]. A troca de utilidades o torna ferramenta essencial da economia. O contrato administrativo, que sempre tem a Administração Pública como parte, se insere nesta lógica. A divergência de interesses entre os contratantes é a nota distintiva do contrato, ainda que relativizada atualmente. Cada parte tem uma pretensão distinta e contraposta à do outro[2]. Por mais duradouro que seja, a obtenção do preço, de uma parte, e a fruição da utilidade, de outra, esgotam os interesses que justificaram o liame.

Como a subsistência individual e a vida social em quase todo o globo são sustentadas pela economia capitalista, é fácil concluir que o Estado, como agente econômico que é, se não produz diretamente bens e serviços, deve buscar no mercado aquilo que é necessário para o sustento de si próprio (do aparato estatal) e para a manutenção dos serviços que põe à disposição das pessoas. O instrumento de que se vale para isso é primordialmente o contrato, especialmente o administrativo.

Assim, o acordo de vontades entre a Administração Pública e o particular ganhou supina importância como instrumento econômico. O direito positivo tratou de estruturar robusta disciplina para viabilizar essa finalidade. Em virtude disso, a disciplina normativa do contrato administrativo foi forte e imediatamente associada à ideia de instrumento de obtenção de bens e serviços no mercado, bem como de delegação de serviços públicos. Contrato administrativo passa a ser, então, instrumento de troca econômica e delegação de atividades.

O direito positivo construído para o contrato administrativo contaminou-se com essa visão restrita que associa a figura contratual a instrumento quase que exclusivo de relações econômicas. Com isso, distanciou-se do núcleo essencial do contrato como tipo, que é o acordo de vontades para constituição de novas situações jurídicas. No seu nascedouro, o contrato admite qualquer espécie de relação, tenha ela natureza patrimonial ou não.

Existe um amplo espectro de relações público-privadas de feição contratual que não

---

[1] Enzo ROPPO, *O contrato*, p. 13.

[2] É a noção de reciprocidade de obrigações, a qual "abrange tanto obrigações voltadas a prestações convergentes, como obrigações voltadas a prestações contrapostas" (Fernando Dias Menezes de ALMEIDA, *Contrato administrativo*, p. 204).

têm escopo primordial de troca econômica ou de delegação de serviços públicos, ou, pelo menos, não se esgotam nisso. Porém, a força magnética do escopo econômico imanta e orienta de tal forma o talhe jurídico-positivo do contrato administrativo, que outros objetivos negociais não econômicos restaram desprezados no ordenamento jurídico.

As relações que não possuem conteúdo econômico, que não se esgotam na simples troca de utilidades, não receberam a mesma importância em termos de disciplina jurídica. Tanto que, no Brasil, sequer houve preocupação em conferir nomenclatura clara às figuras não contratuais que sustentam essas relações público-privadas não econômicas, quase sempre tratadas no plural, dando a entender que pertencem a um conjunto residual e de exceção: convênios, acordos, parcerias, ajustes e outros instrumentos congêneres. E mais, a regência normativa dessas figuras colaterais era retirada do portentoso edifício erigido para os contratos administrativos. Essa relação de subordinação e subalternidade normativa se tornou emblemática através da expressão "aplicam-se as disposições da Lei [de licitações], no que couber" aos referidos instrumentos negociais (conforme redação do art. 116 da Lei n. 8.666/1993).

Por mais que a doutrina se esforçasse em separá-los, nunca existiu uma fronteira jurídica nítida entre o domínio do contrato administrativo e o do convênio. E nem poderia existir, pois a realidade fática não tem recortes nítidos. Muitas atividades são desenvolvidas empresarialmente, com escopo de lucro, podendo também ser desempenhadas sem o intento primordial de acumular riqueza; ao contrário, têm em mira distribuí-la na forma de benefícios apropriáveis coletivamente. Embora seja mais comum que sociedades empresárias celebrem contratos administrativos, nada impede que associações sem fins lucrativos também o façam, às vezes autorizando-se o afastamento da licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 24, XIII, XX, XXIV, XXVII, XXX, XXXIII). Veja-se, por exemplo, que tanto entidades sem fins lucrativos quanto pessoas jurídicas empresariais podem contratar com o Estado no âmbito do SUS (CF, art. 199, §1º).

As relações público-privadas veiculadas em instrumentos negociais admitem um leque muito amplo de finalidades, que transitam do interesse econômico puro de obtenção de um bem no mercado, passando pela delegação de serviços públicos a uma sociedade empresária, chegando, na outra ponta, ao estímulo e à colaboração com a iniciativa privada não lucrativa de interesse coletivo para realização de missão social.

Para atender a esse magnífico arco de complexas possibilidades, há o contrato como categoria jurídica ampla, já que, em essência, o que existe é uma relação jurídica geradora

de direitos e obrigações recíprocos. A qualidade do objeto negociado não modifica a natureza estrutural e funcionalmente contratual da relação jurídica celebrada, tenha ela o nome que tiver. O problema, portanto, não radica no objeto, mas no rígido e distorcido regime jurídico talhado para o contrato administrativo, que praticamente só tem olhos para os objetos de escopo majoritariamente econômico (troca e delegação), desprezando solenemente aqueles de índole fomentadora e colaborativa com a iniciativa privada não lucrativa.

O subdesenvolvimento jurídico dessas figuras paralelas ao contrato administrativo começou a demonstrar sua insustentabilidade frente ao crescimento em quantidade e complexidade das relações colaborativas entre o Estado e o terceiro setor, sobretudo a partir do final da década de 1990.

Um movimento de reforma do aparelho do Estado tomou corpo em nível federal[3]. Objetivando transparência e eficiência, pôs em marcha um redimensionamento das atividades estatais. Identificou aquilo que o poder público deveria fazer como tarefas próprias e exclusivas, diferenciando daquilo que poderia e deveria ser feito por terceiros. No primeiro caso, o Estado continuava a desempenhar as ações, porque intransferíveis; no segundo caso, promoveu sua transferência temporária ou definitiva à iniciativa privada.

Nos serviços que dizem respeito à ordem social, essa transferência foi promovida principalmente por meio de contratos de gestão com organizações sociais (OS), num processo denominado "publicização". Também foi alargada a possibilidade de parcerias com pessoas jurídicas sem fins lucrativos qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), com quem é permitido firmar termo de parceria.

Subitamente, a sociedade civil foi posta em foco. O Estado passou a priorizar a sua atuação na ordem social por intermédio e com auxílio da sociedade, inclusive nas áreas em

---

[3] Com a assunção do presidente Fernando Henrique Cardoso, deu-se início a um plano de reforma gerencial da administração pública. Ela tomou corpo através de um documento denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pela Câmara de Reforma do Estado e aprovado em 21 de setembro de 1995 pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE). Buscando combater o patrimonialismo, consolidar a burocracia e implantar o gerencialismo, esse texto resume as mudanças que o Executivo federal buscou fazer no aparelho do Estado. Para isso, identificou seus setores: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado. Dentro da lógica gerencial, para os gestores do núcleo estratégico e das atividades exclusivas, criou o contrato de gestão (interno), espécie de negócio jurídico entre a Administração Central e o seu agente visando conferir-lhe maior autonomia administrativa e financeira em troca do atingimento de metas. Os serviços não exclusivos foram transferidos à iniciativa privada através de contrato de gestão (externo), num movimento denominado "publicização". Já a produção econômica estatal foi entregue à iniciativa privada por meio de instrumentos de privatização. Para aprofundamento da reforma do aparelho do Estado, ver Luiz Carlos BRESSER-PEREIRA, *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*).

que atua diretamente por dever próprio, como saúde e educação. Por causa disso, o convênio – instrumento colaborativo naturalmente vocacionado ao fomento social – retoma sua importância como objeto de estudo.

Nascem novos instrumentos negociais para fomento e transferência de serviços públicos sociais. Ao lado do convênio, o contrato de gestão e o termo de parceria fizeram reflorescer e revigorar o relacionamento estatal com entidades não lucrativas de interesse público, com quem foram firmadas parcerias de índole não econômica, destinadas a cumprir atividades da ordem social, agora sem viés de puro assistencialismo estatal[4].

Todos os setores da ordem social são de livre acesso à sociedade, que pode atuar paralelamente ao Estado. Além dessa atuação paralela, poder público e iniciativa privada podem unir esforços para atuar em conjunto, em parceria. Nesse caso, a atividade particular conta com especial incentivo do Estado, por meio de alívio de obrigações tributárias, aporte de dinheiro, permissão de uso de bens públicos, cessão de servidores. O fomento social e a mútua colaboração são os domínios jurídicos que caracterizam e regulam, com primazia, as relações articuladas entre poder público e particular para desenvolver ações de índole não econômica na ordem social.

As várias formas de fomento social sempre foram reguladas por leis esparsas, pontuais, dispersas nos ordenamentos jurídicos dos entes federativos. Voltando à questão do subdesenvolvimento dos instrumentos não contratuais de índole não econômica, o vínculo tradicionalmente empregado para suportar as parcerias de fomento social sempre foi o convênio, que é regulado de maneira pobre, em nível legal, pelo art. 116 da Lei n. 8.666/1993, ainda que essa regulamentação seja complementada por legislação infralegal.

Sob o prisma ora analisado, essa falta de robustez e sistematicidade da legislação que rege o convênio nada mais é do que reflexo de um Estado que conscientemente se furtou de interferir no domínio social ao longo do tempo, deixando livre o caminho para a iniciativa privada fazê-lo por conta própria.

Várias hipóteses podem ser levantadas para justificar a renovação da importância do fomento social e, por consequência, do regramento jurídico que o sustenta: o enaltecimento

---

[4] "No passado o fomento social era dominado pelas ideias de *unilateralidade* e *liberalidade* do Poder Público. As contrapartidas devidas pelas entidades fomentadas eram inespecíficas, consistindo o incentivo público verdadeira *doação pública* ou *favor oficial*, quase sempre sem controle posterior detalhado da aplicação efetiva dos recursos concedidos. E os vínculos de parcerias considerados acordos precários, sem consistência para criar autênticas obrigações recíprocas." (Paulo MODESTO, *Parcerias público-sociais em transformação*, p. 17).

do princípio da subsidiariedade (o Estado não deve interferir desnecessariamente na sociedade, que deve ter prioridade de ação nos domínios que naturalmente lhe digam respeito e quando esteja apta a atuar por conta própria)[5]; o amadurecimento da democracia após o regime militar aumentou a fiscalização e a cobrança sobre o Estado para que saia da inércia e promova ações efetivas de concretização dos direitos fundamentais; a busca por alternativas de ação não estatais ante a rigidez do regime jurídico de direito público (sob a crença de que a iniciativa privada é mais flexível, dinâmica, menos burocrática e mais eficiente que o Estado); a inviabilidade financeira do tesouro público arcar diretamente, e sozinho, com os custos de implementação dos direitos fundamentais; o natural protagonismo alcançado pelo terceiro setor em áreas de interesse público, a partir da década de 1980, em nível mundial[6].

A disciplina jurídica das OS e das OSCIP, embora inovadora e poderosa como ferramenta de fomento e colaboração, representou intervenção tópica, não articulada com o restante do ordenamento, causando certa dissonância com o já esquálido regime jurídico dos convênios e sem um diálogo harmônico com o próprio regime jurídico dos contratos administrativos, sempre tido como paradigma[7].

Contrato de gestão e termo de parceria, posto muito similares a convênios, não são convênios e não se regem pela Lei n. 8.666/1993, ao contrário destes. Enquanto as relações de conteúdo econômico entre Estado e particulares encontravam suporte jurídico seguro e robusto no regime jurídico do contrato administrativo, aquelas relações voltadas a suprir necessidades sociais sofriam com a dispersão de instrumentos vinculativos, cada qual com sua peculiaridade disciplinar. Faltava às relações (nomeadas imperfeitamente de) não econômicas um regime jurídico que ombreasse em importância, coerência e sistematicidade com aquele dos contratos administrativos, ante o espaço de destaque que assumiram.

Esse regime jurídico foi, finalmente, concebido. A Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, criou o chamado marco legal[8] das organizações da sociedade civil. Segundo sua

---

[5] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, p. 16.

[6] Flávia PIOVESAN e Carla Bertucci BARBIERI, *Aspectos jurídicos do terceiro setor*, p. 96.

[7] Até hoje se debate sobre a natureza jurídica do contrato de gestão e do termo de parceria. Não se sabia ao certo se precisavam ser antecedidos de licitação. A qualificação outorgada é discricionária para um, mas vinculada para o outro. Restou duvidosa a constitucionalidade da cessão de bens e servidores públicos à entidade privada.

[8] A expressão "marco legal", em voga nos últimos anos, não é técnica. Ela vale mais por seu impacto publicitário do que por algum conteúdo científico. Porém, posto de lado o seu aspecto panfletário, a

ementa, ela: “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...”.

A cooperação mútua e a reciprocidade de interesses são as duas características basilares desse vínculo jurídico denominado parceria, servindo não só para defini-lo, mas também para apartá-lo do contrato administrativo, onde não há cooperação de esforços, mas composição desses, e os interesses não são partilhados reciprocamente, sendo majoritariamente[9] divergentes. Aliás, o emprego da palavra *parceria* pela Lei n. 13.019/2014 justifica que se deixe claro tratar-se de negócio jurídico bem diferente das tradicionais parcerias público-privadas (as PPP) da Lei n. 11.079/04. Estas representam contrato administrativo típico, ao passo que aquelas estão mais próximas da figura do convênio.

Além disso, as parcerias não são suportes formais de relações de pura circulação de riqueza, de simples troca de utilidades[10]. O seu objeto até pode ter valor econômico se considerado isoladamente. Entretanto, a *causa* fundamental que dá razão de ser à parceria é a satisfação objetiva, direta e desinteressada de direitos humanos, direitos públicos primários e direitos metaindividuais, que não possuem necessariamente algum conteúdo econômico, e isso através de pessoas jurídicas não empresárias.

Dentre os inúmeros aspectos inaugurados pelo novo regime das parcerias, merece destaque a disciplina dada ao controle dessa aliança. O aspecto que se pretende ressaltar aqui é o da criação, em nível legal (lei em sentido estrito) de regras próprias para essa atividade, as quais, informadas por princípios, fundamentos e diretrizes peculiares desta nova disciplina, apontam para a existência de um *sistema normativo de controle* das relações jurídicas de colaboração estabelecidas entre o Estado e o particular.

---

expressão traduz com boa dose de fidedignidade a ideia de demarcação original, do advento de uma ordenação geral e basilar de um domínio antes pouco explorado, pouco disciplinado juridicamente de modo orgânico, sem balizas claras e firmes. É o caso da Lei n. 13.019/2014. Seu mérito está em reconhecer o grande vulto do terceiro setor no domínio público, dotando as suas relações com o Poder Público de normas mais adequadas às várias formas que essas relações podem assumir, além de moldá-las à luz da Constituição atual.

[9] Diz-se *majoritariamente* divergentes para explicar que, em última instância, o particular vê no contrato uma fonte legítima de ganhos econômicos (lucro), enquanto o Poder Público o vê como um instrumento legítimo de consecução de alguma missão pública que está em suas mãos. Fora essa polarização, natural que haja vários e intensos pontos de convergência, colaboração e cooperação. Mas é naquela distinção última que se apartam contratos e convênios (agora, parcerias).

[10] Como diz Paulo MODESTO: “Não há autêntica parceria no âmbito do direito público se o vínculo se destina a oferecer serviços, bens ou pessoal tendo como destinatário final apenas um dos sujeitos da parceria.” (Parcerias público-sociais em transformação, p. 14).

A *tese* que se pretende defender nesse trabalho é a de que a disciplina jurídica do controle das parcerias com organizações da sociedade civil, instituída pela Lei n. 13.019/2014, constitui verdadeiro *sistema*[11] cujo eixo principal está fincado no regime jurídico-positivo das parcerias. É essa sistematicidade do controle das parcerias que o presente trabalho pretende investigar e comprovar, demonstrando que ela constitui evolução positiva no ordenamento jurídico no que tange ao tratamento legal do controle dos vínculos colaborativos público-privados.

Essa evolução é real por superar deficiências há muito conhecidas e apontadas, portando soluções que levam, de fato, ao aclaramento de responsabilidades, robustecimento das instituições, melhoria no manejo de instrumentos de controle, transparência, eficiência e flexibilidade nos processos de fiscalização e prestação de contas. Também propiciam efetividade na imposição de medidas pedagógicas, corretivas, sancionadoras e reparadoras.

A *hipótese* formulada é a de que a sistematicidade atribuída à disciplina jurídica do controle das parcerias constitui avanço normativo, consagra mudança jurídico-positiva de melhor qualidade em face do direito anterior sobre o tema. Isso porque o novo regime do controle promove certa organização[12] entre regras e princípios próprios, articulando e integrando esse conjunto normativo legal no macrossistema do controle da Administração Pública, alcançando, com isso, o robustecimento do controle sobre as parcerias.

A investigação da hipótese envolve trabalho dogmático, de análise do direito positivo, e não do modo como a lei é produzida, dos seus impactos e da sua efetividade social. Enfim, não é trabalho de legística. Porém, mesmo dentro deste recorte metodológico, não se deixa de realizar, num aspecto específico, avaliação legislativa, conforme explica Paulo MODESTO:

---

[11] A palavra *sistema* evoca a noção de totalidade ou todo organizado (Nicola ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, p. 909). Em direito, ela serve para identificar seus grandes ramos e sub-ramos, como o direito público e o privado, o direito civil, o penal, o comercial etc., cada qual com suas peculiaridades. Nesse sentido: "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito." (Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 53). Dentro dessas totalidades, "...normas, figuras, institutos e instituições se ordenam em *sistemas*, obedecendo a exigências lógicas, ditadas pela correlação dos fatos e das razões de sua disciplina, segundo espécies, gêneros e classes." (Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 192).

[12] "Por isso é que o legado que se destaca da lei em discussão é a *consolidação* das normas, o que certamente facilita a visualização e a cobrança das regras aplicáveis nas parcerias em discussão de forma mais organizada e, quiçá, mais eficaz." (Josenir TEIXEIRA, *Campo de incidência da lei federal n. 13.019/2014: contrato de gestão e termo de parceria*, p. 143, grifo no original). A ideia é correta, pois muitas normas, como se verá ao longo do trabalho, não são novas, tendo sido muitas vezes simplesmente copiadas de outros textos legais, ganhando maior força por conta da sua aglutinação e organização.

> "...a avaliação da legislação não precisa ser limitada a meras *apurações empíricas*, realizadas com o instrumental da sociologia geral ou jurídica, da ciência política ou da administração, com vistas a determinar se os objetivos da norma legal foram atendidos (eficácia prática da norma), apurar qual a sua específica relação de custo-benefício (eficiência da norma) ou o grau de adesão que ela obtém do público (grau de legitimação). Faz-se também avaliação legislativa quando se apura a *compatibilidade entre os propósitos declarados na norma e o resultado normativo final*, bem como a *congruência dos objetivos normativos com as possíveis consequências da inteira aplicação do modelo legal*."[13]

Com base nessa lição, a hipótese formulada é a de que as regras de controle positivadas na Lei n. 13.019/2014 mantêm estreita compatibilidade com os princípios nela declarados, viabilizando-os. E os objetivos consagrados no diploma (transparência e efetividade das parcerias) certamente poderão ser atingidos pela plena aplicação da nova lei, promovendo evolução na qualidade do sistema de controle das parcerias. Os indícios que respaldam essa hipótese – de melhoria da qualidade normativa do controle das parcerias - são extraídos da Lei n. 13.019/2014, pois ela:

1º) fundamenta o regime jurídico das parcerias, dentre outros, nos princípios da participação social e transparência, ambos informadores da moderna concepção de controle do ente público (art. 5º, caput);

2º) logo a seguir, afirma que esse regime jurídico se destina a assegurar o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas, todos direitos instrumentais imprescindíveis para a plena verificação da correção da função pública (art. 5º, IV);

3º) estabelece como diretriz fundamental desse mesmo regime a priorização do controle de resultados e o repúdio, através de gestão adequada, à obtenção de benefícios ou vantagens indevidos, no que dialoga com os mecanismos legais de repressão às atividades ilícitas derivadas das relações com a Administração Pública (art. 6º, II e VIII);

4º) identifica vários órgãos, agentes e pessoas envolvidos na missão de controle, estabelecendo suas responsabilidades com clareza e ressaltando a necessidade de inter-

---

[13] *Reforma do marco legal do terceiro setor*, p. 140-141 (grifo no original).

relação entre eles (art. 2º, V, VI, IX, XI);

5º) traz disciplina articulada quanto aos institutos da prestação de contas, transparência, monitoramento e avaliação, responsabilidades e sanções, que compõem o núcleo objetivo do controle (arts. 2º, XIV, 8º, IV, 10 a 12, 58 a 60, 63 a 73).

Observa-se também que a temática do controle é nova no seu tratamento sistematizado e organizado numa lei nacional. Porém, os assuntos específicos não necessariamente são originais. Pelo contrário, aproveitou-se a experiência pregressa construída ao longo do tempo sobre a disciplina do controle, especialmente no que tange à prática dos convênios e do julgamento de contas pelos tribunais de contas, o que é positivo.

Por fim, o caráter de lei nacional introdutora de normas gerais no ordenamento jurídico permite concluir que esse sistema se aplica direta e imediatamente às relações de parceria abrangidas pela lei e subsidiariamente a toda sorte de parcerias, mesmo que excluídas do seu âmbito normativo, desde que a regência normativa especial não disponha de modo contrário.

Frise-se que o avanço legal observado e apontado diz respeito à matéria do controle, discutida no trabalho. A análise de outros temas do novo regime das parceiras certamente inspira críticas que não nos permitem lançar a mesma conclusão – do avanço de qualidade normativa – quanto ao restante dos assuntos fundamentais que dizem respeito ao relacionamento colaborativo Estado – OSC.

Embora o estudo tenha por eixo principal a Lei n. 13.019/2014, seu *escopo* é mais ousado nos fins. A partir do regime jurídico do controle estabelecido por essa lei, pretende-se desenhar os contornos jurídico-positivos relativos à atividade de controle sobre as parcerias - amplamente consideradas -, mapeando também os demais controles que não se submeteriam a esse sistema geral trazido pela nova lei (controles especiais). Consequência natural desse mapeamento será a avaliação crítica das mudanças por que passou o ordenamento jurídico, com eventual indicação sugestiva daquilo que merece(ria) aprimoramento.

O *foco* deste trabalho é o regime do controle das parcerias com organizações da sociedade civil. Para bem delimitar esse objeto, a palavra controle deve ser aqui compreendida como a atividade de verificação da conformidade desse relacionamento às regras que o disciplinam. Pinçou-se um dos significados possíveis, bastante comum, que o universo semântico desta palavra alberga, sem prejuízo de outros tantos que a doutrina

oferece.

A investigação, portanto, não é do regime jurídico global das parcerias, mas do regime jurídico da atividade de controle que incide sobre elas. No controle, examina-se a correção dos rumos tomados para saber se a atividade seguiu ou não a métrica aplicável.

Portanto, o controle, a um só tempo, faz parte do regime geral da parceria e utiliza esse regime geral como ferramenta de trabalho. Aqui, os esforços estão concentrados na análise particular do sistema de controle das parcerias, parte do seu regime jurídico geral.

Fez-se um recorte metodológico que tem por critério temas de reconhecida relevância, sobretudo prática. O *universo* da atividade de controle explorado nesta dissertação compreende os seguintes assuntos fundamentais: princípios jurídicos incidentes, instituições e agentes de controle, alguns instrumentos de controle, aspectos controlados, procedimentos de exercício do controle, medidas/consequências da atividade de controle.

Esse recorte temático não esgota, por óbvio, o universo abrangido pelo conceito aqui proposto de controle. As *justificativas* para eleição desses temas como relevantes são as seguintes: importância dos princípios reitores da ação de controle, pois dão a direção e o alcance da aplicação dessas normas, visando tornar essa ação eficaz; importância do agente e da instituição no exercício da função de controle das relações público-privadas, segundo a experiência cotidianamente observada no Brasil; caráter amplo e geral dos instrumentos mais utilizados como ferramenta do controle e que não estejam direta e particularmente envolvidos na seleção da entidade (daí a exclusão de medidas de controle que porventura se exerçam no procedimento de manifestação de interesse social e no chamamento público, salvo o parecer jurídico); as medidas (consequências) que podem ser aplicadas com a prestação de contas, por ser esse momento crucial e privilegiado para aferição do sucesso da parceria. Além disso, esses grandes tópicos permitem a comparação com sistemas específicos de controle.

A *importância do tema* reside no fato de a lei das parcerias ser recente (a Lei n. 13.019/2014 entrou em vigor em 23 de janeiro de 2016[14]) e, por isso, ainda foi pouco explorada. E seu impacto social é evidente. Em 2014, contabilizavam-se no país mais de 390 mil organizações da sociedade civil, que, de 2009 a 2016, receberam repasses da

[14] Para a União Federal e estados-membros; para municípios, a lei só se tornou obrigatória em 1º de janeiro de 2017, podendo ser aplicada antes por vontade do ente local (artigo 88 da Lei n. 13.019/2014, com redação dada pela Lei n. 13.204/15).

ordem de R$ 40 milhões apenas da União[15].

Aliado a isso, ela veio suprir antiga lacuna decorrente da insuficiência normativa da disciplina dos instrumentos vinculativos não contratuais. A robustez da lei, que se propõe a erigir um regime jurídico aplicável ao gênero 'convênios' (em que estão figuras agora agrupadas sob o nome de 'parcerias'), quase que ombreia em importância com o regime jurídico dos contratos administrativos, forçando a reflexão sobre o lugar ocupado por cada um deles no tratamento das múltiplas relações do Estado com a iniciativa privada.

A coexistência de dois regimes de equivalente envergadura sugere que os instrumentos de colaboração público-privados para o fomento social alçaram-se a um grau de importância jurídica que se aproxima à alcançada pelos contratos administrativos. Isso prova que a sociedade não mais tolera que o Estado se demita do papel de principal indutor de comportamentos desejáveis na ordem social, pressionando para que promova e satisfaça, de fato, os direitos sociais, ainda que não diretamente.

O *caminho* que se percorre para investigar o caráter sistemático do controle das parcerias (e de sua qualidade) inicia-se com a sua contextualização no ordenamento jurídico, buscando demonstrar que elas são instrumentos das funções de fomento social e de colaboração público-privada. Tais funções são analisadas no capítulo 1, onde são explorados a noção jurídica de fomento, as medidas de fomento social, os vínculos jurídicos que suportam o fomento, as entidades sujeitas a fomento e, por fim, o escopo das parcerias (fomento social e colaboração).

Dedicou-se o capítulo 2 ao exame do regime jurídico de controle sobre as parcerias. Por simples opção pessoal, não se dividiu a análise do controle pelos momentos em que pode atuar (prévio, concomitante e posterior), mas entre elementos subjetivos (órgãos, agentes, pessoas) e objetivos (princípios, instrumentos, efeitos, responsabilidades). Apesar disso, ao longo da exposição, não se deixa de dar a devida atenção acerca das etapas em que cada elemento atua preponderantemente, quando isso tiver relevância.

Com os subsídios da exposição feita até então, o capítulo 3 colima demonstrar o caráter sistemático do novo regime do controle sobre as parcerias. Ingressa-se na fase decisiva de demonstração da tese, fazendo convergir os esforços para concluir que essa sistematicidade está alicerçada nos princípios da transparência e participação social, e a

[15] Disponível em: https://mapaosc.ipea.gov.br. Acesso em 05.06.2017. Os dados foram coletados do Ministério do Trabalho, em 2014, cuja fonte é a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS).

atividade de controle dirige-se pela priorização de resultados.

A ‘chave’ interpretativa proposta para entender esse sistema é a seguinte: os aspectos subjetivos (pessoas, agentes e órgãos) e objetivos (prestação de contas, fiscalização, monitoramento, avaliação, responsabilidades, sanções) que compõem a atividade de controle estão aglutinados e orientados fundamentalmente pelos princípios da transparência e da participação social. O foco prioritário na obtenção de resultados é um subprincípio (ou diretriz fundamental, na dicção legal) que completa aqueles dois. Juntos, os três princípios dão a direção, o sentido e o alcance com que os trabalhos do controle devem ser desenvolvidos.

Essa interpretação tem o poder de transmudar a atividade de controle de mero instrumento burocrático, subalterno, mais vocacionado a capturar ilegalidades, desvios, irregularidades, em processo essencial e prioritário de direção e avaliação global da parceria como veículo de políticas públicas de fomento social. Assim, o controle adquire aspecto integrador, articulador, pedagógico, espaço de diálogo democrático, e não meio (unicamente) unilateral, imperativo e repressivo-sancionador.

Ao final, reserva-se espaço para um balanço crítico desse novo regime jurídico. Reflete-se sobre a *qualidade* deste sistema, indicando os impactos positivos e negativos que ele traz, seus méritos e suas falhas segundo a métrica constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O direito administrativo vem passando por grandes transformações nas duas últimas décadas, conferindo oportunidade para que várias e consagradas formulações teóricas sejam reapreciadas[16] quanto a temas sensíveis, como regime jurídico administrativo, contrato administrativo, bem público e serviço público.

Não cabe mais, diante de um panorama contemporâneo complexo, conceber o regime jurídico administrativo como ordenação total, uniforme e harmônica. Firma-se, na atualidade, a noção de que existem vários e multifacetados regimes das funções públicas.

Demonstra esgotamento a concepção de contrato administrativo como categoria jurídica em que o Poder Público sempre está dotado de prerrogativas de ação unilateral. Essas prerrogativas devem encontrar justificativa no objeto do negócio jurídico administrativo e não em um regime jurídico do contrato como instituto ou categoria.

---

[16] Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas*, p. 38.

Justifica revisão a noção de bem público, que grassou e se positivou no Brasil sob a ótica civilista oitocentista, preocupada com a titularidade do bem, com a relação dominial, num esforço para separar o público do privado, algo que, hoje, causa inúmeras perplexidades, principalmente ante a consagração do princípio da função social da propriedade e do princípio administrativo da eficiência. Isso força um reposicionamento do eixo conceitual da titularidade para a utilidade que do bem possa ser extraída.

A transferência de serviços públicos para entidades privadas sem fins lucrativos tem crescido exponencialmente, mas ainda carece de melhor compreensão à luz da Constituição, principalmente para que não configure simples burla ao regime jurídico dos concursos (terceirização de mão de obra) ou represente simples demissão do Estado do seu dever constitucional de prestar utilidades materiais à coletividade para satisfazer direitos fundamentais.

As parcerias emergem desse contexto de mudança e propiciam oportunidade para reflexão sobre cada um desses instigantes temas, o que se pretende fazer, de modo modesto, obviamente, e sob a perspectiva da análise do controle.

# CAPÍTULO 1. FOMENTO E COLABORAÇÃO

## Introdução

Ao lado do serviço público, da polícia e da regulação, o fomento compõe o feixe de funções administrativas do Estado[17]. Cada uma dessas atividades ganhou relevo em função das próprias características que o Estado assumiu ao longo da história, em cada país.

No Estado absolutista, o acento estava posto na função de polícia. Fala-se até mesmo num Estado de Polícia (ou *État gendarme*), com ampla intervenção na esfera de liberdades dos indivíduos.

A ampliação dos serviços públicos, especialmente os de caráter social, deu a nota distintiva do Estado de Bem-Estar Social (ou W*ellfare state*).

A partir da década de 1980, sob a batuta do governo conservador inglês de Margareth Thatcher, dá-se início ao processo de liberalização econômica, com largo emprego de privatizações e concessões, acompanhadas de forte regulação pelo Estado.

No Brasil, a experiência negativa da crise fiscal da década de 1980, com inflação elevada, déficit das contas públicas e baixa capacidade de investimento público, foi uma das razões que motivou o governo federal, na década de 1990, a pensar na redefinição do papel do Estado, que deveria passar necessariamente por uma reforma da sua estrutura administrativa. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado[18] corporificou essa intenção, em 1995.

Nesse redimensionamento do seu papel – segundo prega o movimento reformista -, o Estado deve cingir-se a executar atividades fundamentais suas e, por isso, indelegáveis, que constituiriam seu núcleo estratégico, além de certas atividades consideradas exclusivas. Apenas essas duas espécies de atividades deveriam ser executadas diretamente pelo Estado. Os serviços públicos não exclusivos e as atividades de produção de bens e serviços para o mercado deveriam ser transferidos para a iniciativa privada. À transferência

---

[17] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 54.

[18] BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília: MARE, 1995.

dos primeiros, chamou-se "publicização", e à transferência dos segundos, privatização.

A delegação de serviços não exclusivos justificou-se pela crença de que o setor privado possui melhor capacidade de gestão. O Estado continua a financiar a execução dos serviços, mas deixa de prestá-los diretamente ou, em certos casos, de ser titular deles. É nesse contexto que o fomento social reflorescеu.[19]

Essa preeminência dada pelo movimento de reforma do Estado à iniciativa particular de interesse coletivo fez surgir novos instrumentos de parceria. A atividade de fomento reaparece como instrumento principal de satisfação do interesse público (fomento-função), ou mesmo coadjuvando as tradicionais funções de polícia e serviço público (fomento-técnica).

O fomento, entendido como incentivo, apoio, encorajamento, responde aos reclamos por maior participação social nos negócios do Estado, servindo de ferramenta democrática para a construção de um espaço público não estatal. Muitas vezes sérias e pertinentes, as críticas que se faz ao desmonte do Estado – que representaria um retrocesso aos primórdios do liberalismo clássico, ao Estado absenteísta – não infirmam a legitimidade constitucional da atividade de fomento como instrumento propício ao fecundo desenvolvimento econômico e social do país.

No entanto, ao contrário do amadurecido estudo do seu regime jurídico em países como a Espanha, por exemplo, no Brasil há evidente carência de reflexão tendente à construção de uma teoria geral da atividade administrativa de fomento[20]. Quase sempre, o assunto é tangenciado quando da análise de outros institutos.

A par disso, a plêiade de mecanismos de fomento de que o Estado pode se valer, com consequente fragmentação das normas de regência, contribui para tornar mais árduo o trabalho de síntese dos traços comuns da atividade. Acrescente-se a esse estado de coisas

---

[19] As precisas palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sintetizam essa ideia: "O Estado continua a exercer as mesmas funções administrativas que já exercia antes: serviço público, política, intervenção e fomento. Porém, alteram-se as prioridades, muda-se a política pública, substitui-se a forma de gestão. Onde havia serviço público prestado diretamente pelo Estado, passa a haver delegação ao particular, por variadas formas; onde havia intervenção direta, pelo exercício de atividade econômica pelo Estado, devolve-se a atividade à iniciativa privada, que fica sob intervenção indireta do Estado, em seu papel regulador e fiscalizador; onde havia a prestação de serviços públicos sociais pelo Estado, passa a haver serviços sociais de interesse público prestados por particulares, com ajuda do Estado. Diminui a prestação de serviço público pelo Estado e cresce a atividade de fomento. A colaboração do particular com o poder público intensifica-se por meio de variadas formas de parceria." (*Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares*, p. 429).

[20] Nesse ponto, merece destaque a louvável e pioneira obra de Célia Cunha MELLO, *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

que o tema é de inegável transversalidade, pois seu exame força a incursão por vários ramos do direito e até de outras ciências, com as quais a ciência jurídica deve dialogar.

Existem medidas de fomento na disciplina de qualquer setor social. Como o presente trabalho enfoca apenas o controle sobre parcerias, examina-se tão somente o fomento social, que é o objeto fundamental dessas parcerias, com foco nas normas que tratam do controle deste fomento.

Ao lado do fomento, tem-se a colaboração. A distinção entre as duas figuras não é nítida e – reconheça-se – talvez sequer exista. Não parece haver tantos elementos particularizantes de um e de outro na prática. Mesmo que haja, não são num grau de importância tal que porventura justifique encará-los como conceitos distintos. Em realidade, por seu significado amplo, a palavra *colaboração* bem pode ser encarada como integrante do universo semântico do vocábulo fomento, quando muito uma subespécie deste. Porém, é fato que a Lei n. 13.019/2014, objeto de estudo neste trabalho, criou tipos contratuais cuja nomenclatura é construída com base justamente no emprego dessas duas palavras (são eles o termo de *fomento* e o termo de *colaboração*). As hipóteses de celebração de cada qual são diferentes, ainda que o escopo final seja firmar parceria de mútua cooperação para fim comum. Logo, se o direito positivo criou tais diferenças, não cabe ao hermeneuta outro caminho senão abordá-las (o que será feito brevemente no item 7 infra). Desde logo, fica firmado nosso entendimento de que a colaboração, cientificamente, pode e deve ser compreendida como modalidade de fomento, devendo ser estudada como hipótese ou espécie desta.

## 1. Noção genérica de fomento

Fomento é incentivo, apoio, suporte, encorajamento, auxílio, promoção, contribuição, facilitação, estímulo, indução. Fomentar é apoiar, incentivar, promover, auxiliar. Este é o universo semântico comum que o substantivo e o verbo apresentam. Há uma ação humana dirigida a uma outra pessoa, pressupondo, assim, a existência de uma relação. Essa ação porta, em princípio, um benefício, um proveito, uma vantagem, um privilégio. É uma ação positiva, seja no sentido de pôr em marcha alguma atividade (excluindo, com isso, a inação, a inércia, a omissão), seja no sentido de trazer um benefício (e não um malefício). Fomenta-se por se reconhecer alguma utilidade na ação potencial ou

efetivamente desenvolvida. Articulando essas noções preliminares, o fomento seria uma relação interpessoal que tem por objeto um incentivo prestado de um indivíduo ao outro, tendo em conta a utilidade em potência ou efetiva de uma atividade exercida por este último.

O incentivo prestado é sempre acessório, acidental, circunstancial, pressupondo a existência de uma ação independente, autônoma, preexistente ou futura. O fomentador acrescenta ou incrementa a atividade do fomentado. É possível que o incentivo desencadeie a atividade, faça com que se inicie. O agente fomentador será apenas o fator desencadeante e, depois, o agente catalisador, não participando diretamente da execução da ação levada a efeito pelo terceiro.

O consenso também se apresenta como nota fundamental do fomento. Não é concebível que alguém possa ser obrigado a aceitar ser auxiliado. O incentivo apela ao convite, à persuasão, ao convencimento, à indução, à propensão à adoção da conduta desejada. Nesse passo, a liberdade é, ao mesmo tempo, condição e objeto do fomento: condição por pressupor o engajamento autônomo, a aceitação independente; objeto por implicar sua ampliação, seu robustecimento pelo alargamento do leque de opções ou instrumentos de ação.

A necessidade de aceitação do auxílio, explícita ou implicitamente, é um dos elementos essenciais que distinguem o fomento de outras atividades que podem, igualmente, portar benefícios individuais. Assim, ainda que medidas de caráter benéfico possam se impor uniforme e unilateralmente a uma coletividade indistinta, não haverá fomento porque não há aceitação, mas submissão. Haverá o objetivo puro e simples de disciplinar uma dada situação sem escapatória. Entretanto, será coerente com a noção de fomento até aqui desenvolvida a medida geral que estabeleça exigências individuais para auferir o benefício, cuja satisfação dependa apenas do interesse da pessoa. Ou seja, a medida é geral, mas a aceitação é individual e voluntária.

Mesmo assim, sempre haverá situações indefinidas, dúbias, equívocas, que se subtraem obstinadamente à classificação estanque, propondo dificuldades. Em situações que tais, a razoabilidade toma a frente para discernir se a ação é substancialmente benéfica e se respeita a essência da autonomia. Se não a tolher ou amesquinhar em grau intolerável, continua preservada a essência do fomento.

## 2. Conceito jurídico de norma de fomento

Quando é o Estado o agente fomentador, o fomento transforma-se em uma função[21] sua, uma função estatal. Como o Estado está submetido ao direito, essa função é regida integralmente pelo direito, o que significa dizer que ela encontra fundamento nos princípios e normas constitucionais, legais e infralegais. Isso não significa que o fomento necessite de lei específica para existir. Deve haver respaldo normativo, no sentido de uma conformidade com o ordenamento jurídico ou, pelo menos, uma não vedação ao incentivo. Daí decorre que o fomento pode ser uma das formas válidas para satisfazer o objetivo legal, concorrendo com outras.

Sendo função pública, tem dupla natureza. É poder, outorgando prerrogativa de ação unilateral ao Estado, pondo-o em posição de supremacia em face do particular. É dever, porque instrumento de emprego delimitado, sujeitando o poder público a utilizá-lo para consecução do interesse coletivo, não podendo sacrificar as liberdades individuais.

Esse binômio liberdade-autoridade também impregna e caracteriza a função de fomento, pois é o Estado que escolhe utilizá-la ou não, quem vai ser apoiado, por que meios, em que medida e sob quais contrapartidas. Por seu turno, só poderá fazê-lo se identificar um interesse verdadeiramente coletivo e se respeitar a plêiade de balizas normativas que disciplinam o emprego dos recursos públicos e impõem respeito aos direitos individuais.

Em relação a outras funções administrativas, a função de apoio ou incentivo pressupõe o atendimento do interesse coletivo através de ação desenvolvida pelo particular e não pelo Estado (diretamente ou por delegação). A autonomia individual é enaltecida e respeitada. Alcança-se a conduta conforme pelo convencimento, não pela imposição. Não há restrição ao exercício de direitos, mas ampliação ou suporte da autonomia para exercê-los.

Essas diferenças promanam da própria estrutura das normas de índole incentivadora, especificamente do elemento ‘sanção’. Sanção é toda forma de garantia das

[21] Segundo Durkheim, no contexto da sociologia, ‘função’ é a correspondência entre uma instituição e as necessidades de um organismo social, vale dizer, como a atividade pela qual uma instituição contribui para a manutenção do organismo (Nicola ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, p. 473).

regras[22]. Embora a ideia de sanção quase sempre evoque, automaticamente, a noção de punição[23], esta não é a única – ou mesmo, a melhor – forma de garantir a obediência ao comando normativo.

Segundo Miguel REALE, "atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidativas, mas sim através de processos que possam influir no sentido da adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens"[24].

O encorajamento, o favorecimento, a facilitação, a tutela, a promoção, o incentivo são, ao lado da punição (ou promessa de punição), formas de garantia da norma. A preeminência dada à punição, ao castigo põe o acento no aspecto protetor-repressivo do ordenamento jurídico, ao passo que a ênfase dada ao encorajamento faz emergir sua função promocional[25].

Convivem, portanto, no ordenamento jurídico, as sanções negativas (punitivas) e as sanções positivas (encorajadoras). As primeiras visam manter a situação atual; as segundas, encorajar a mudança, tornando a ação desejada necessária, fácil e vantajosa[26]. Elas atingem essa finalidade empregando técnicas de encorajamento, que envolvem a atribuição de um prêmio (concessão de uma vantagem ou a supressão de uma desvantagem)[27]. A diferença entre as normas que portam sanção negativa e as que portam sanção positiva reflete-se na titularidade de direitos e obrigações numa relação:

> "Enquanto a ameaça da autoridade legítima faz surgir, para o destinatário, a obrigação de comportar-se de um certo modo, a promessa implica, por parte do promitente, a obrigação de mantê-la. Todavia, enquanto a prática de um comportamento desencorajado por uma ameaça faz surgir, para aquele que ameaça, o direito de executá-la, a realização de um comportamento encorajado por uma promessa faz surgir, para aquele que o realiza,

---

[22] Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 72.

[23] Etimologicamente, a palavra 'sanção', de fato, designa pena, castigo, constrangimento ligado à violação de uma norma, e a que pode ficar sujeito o infrator (Gofredo TELLES Jr. *Estudos*, p. 32).

[24] *Lições preliminares de direito*, p. 73.

[25] Norberto BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 13.

[26] *Ibid.*, p. 15.

[27] *Ibid.*, p. 24-25.

o direito de que a promessa seja mantida."[28]

A função promocional do direito, ancorada na sanção positiva como meio de garantia do cumprimento da norma, justifica o emprego do fomento, que é o produto desta função, o seu efeito, a sua consequência. Ele encontra aí sua justificativa, sua causa e sua razão de ser. A norma promocional garante o comportamento conforme, incentivando a sua realização pela promessa de dar ou fazer um bem, ou excluir um mal (não o impondo). O incentivo é o meio, a forma, o veículo proposto para satisfazer o comando normativo; é a promessa, a garantia mesma da norma. Se fomento é incentivo, e incentivo é a benesse entregue àquele que cumpre a norma, então o fomento é a recompensa da conduta conforme, é a própria sanção da norma premial.

Em conclusão, pode-se conceituar fomento como a sanção que garante o cumprimento de uma norma premial. Ele cumpre essa função ao encorajar a realização futura da conduta esperada ou premiar a consumação da conduta conforme. Por derivação, pode-se falar em norma fomentadora, que é aquela cuja sanção é positiva, premial.

## 3. Fomento como atividade, técnica e relação jurídica

Sob essa perspectiva de garantia não punitiva da norma, o fomento é uma categoria ampla, admitindo um leque infindável de medidas de incentivo. Como reflexo disso, é praticamente infinita a possibilidade de criação dessas normas fomentadoras. Elas estão dispersas no ordenamento jurídico, engastadas em vários de seus escalões hierárquicos. É possível que tenham por fonte tanto a lei, quanto atos administrativos, podendo, de igual modo, emergirem até mesmo de atos jurisdicionais penais[29].

Com efeito, a lei pode estabelecer um mecanismo de incentivo no seu próprio corpo, como pode deixar a decisão pela melhor forma de satisfação da norma ao critério da Administração, a qual, por sua vez, escolhe o fomento como um dentre vários possíveis instrumentos de cumprimento do comando legal. Por fim, no bojo da função jurisdicional, o fomento pode se fazer presente através do incentivo à solução do litígio por meios

---

[28] Norberto BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 18.

[29] Caso, por exemplo, da transação penal (Lei 9.099/95, art. 76), da suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89), da colaboração premiada na lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98, art. 1º, §5º) e da redução de pena para quem confessa o crime (Código Penal, art. 65, III, *d*).

alternativos, não contenciosos.

Quando o fomento promana da própria lei, é porque a criação da norma se deu pela técnica de fomento, ou seja, embasou a sanção no prêmio, e não na punição. Quando o fomento é o meio de ação principal escolhido pela Administração Pública, ele é uma atividade sua, uma função administrativa. Além disso, ele pode se fazer presente, acessoriamente, ao lado das outras funções administrativas (regulação, polícia, serviço público), agora como simples técnica acessória de ação. Por fim, quando o fomento se concretiza, estabelece-se um vínculo jurídico entre Estado e indivíduo: a relação jurídica de fomento. Todos esses planos só podem ser diferenciados pelo pensamento. Na prática, eles se apresentam amalgamados, interpenetrando-se.

A função administrativa de fomento satisfaz uma necessidade coletiva através do emprego substancial, principal e sistemático de normas de fomento, que utilizam variados mecanismos de incentivo ao particular. As políticas públicas, desde sua formulação legislativa até a sua concretização pela formação de vínculos individuais com particulares, estão organizadas, precipuamente, em torno de normas de fomento. Para que se trate verdadeiramente de uma atividade distinguível das demais funções administrativas, é preciso que as normas de fomento estejam enfeixadas e organizadas num determinado sentido para o alcance de determinados fins. É nesse sentido que a doutrina identifica a atividade administrativa de fomento, ao lado da função regulatória, do serviço público e da polícia.

Luis JORDANA DE POZAS, pioneiro no estudo teórico do fomento na Espanha, conceitua fomento como "a ação da Administração encaminhada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou possuem utilidade geral, sem usar a coação ou criar serviços públicos"[30].

Extraem-se desse conceito os seguintes elementos: (a) função estatal promocional; (b) voltada a particulares que desempenham atividade de interesse coletivo; (c) não emprego da coação; (d) não prestação de serviço público pelo Estado.

---

[30] *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*, p. 46. A doutrina espanhola atual ainda conserva a essência da definição de fomento dada por Jordana de Pozas: "El fomento es aquella modalidad de la intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general, mediante el otorgamiento de incentivos diversos (PARADA VÁZQUEZ). Así, el otorgamiento de una subvención para la instalación de una nueva industria, la concesión de una mención o de una medalla, etc." (Eduardo Gamero CASADO e Severiano Fernández RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, p. 856).

São características inerentes ao fomento a sua maleabilidade (vários instrumentos postos à disposição do Estado, intercambiáveis, para melhor atendimento da necessidade pública) e consensualidade (pressupõe aceitação, adesão por parte do indivíduo)[31].

O consenso pode não estar presente sob a forma de aceitação explícita, como nos casos em que o Estado adota medidas unilaterais benéficas esperando induzir a prática de determinada conduta. Haverá convergência de interesses, mas não necessariamente convergência de vontades. É o que se passa, por exemplo, com medidas de desoneração fiscal, que são adotadas unilateralmente pelo Poder Público.

Acrescente-se o seu caráter ampliador da esfera de direitos do particular[32]. Contudo, essa característica é problemática por duas razões. Primeiro, no que tange ao fomento negativo (desestímulo a uma atividade), que é definido como a restrição e o desincentivo. A questão, talvez, seja de perspectiva: em relação àquele que executa as atividades desincentivadas, a medida será claramente regulatória ou mesmo de polícia, ao passo que as atividades que se beneficiem desta medida serão as verdadeiramente fomentadas. Segundo, a pessoa que recebe algum auxílio, especialmente financeiro, quase sempre está atada ao cumprimento de contrapartidas, nem que sejam de natureza formal, como a prestação de contas do emprego do recurso. Logo, haveria não uma ampliação da liberdade, mas restrição desta.[33]

Em realidade, nunca existe total liberdade da parte fomentada tal como estivesse autorizada a fazer o que bem entenda com o benefício, que não é doação e muito menos é incondicional. O fomento envolve obrigações acessórias, impostas como forma de garantir o pleno atingimento do fim público colimado. Porém, elas representam garantia da efetivação da atividade desejada. Por isso, é no momento do exercício das atividades particulares encorajadas que se deve verificar um incremento na liberdade de agir, não no cumprimento das obrigações acessórias.

Ao invés de prestar determinado serviço diretamente ou por delegado seu, o

---

[31] Marcos Juruena Villela SOUTO lembra que "...sendo a liberdade de iniciativa um fundamento da República, o fomento público é de adesão facultativa pelo administrado relativamente aos objetivos de interesse público fixados em lei, em troca dos incentivos nele previstos; só a partir da adesão é que o administrado se obriga a cumprir as metas cuja implementação é incentivada." (*Estímulos positivos*, p. 17).

[32] Lucía López de Castro GARCÍA-MORATO, *El fomento*, p. 289.

[33] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO lembra, por exemplo, que o "contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão" (*Parcerias com o terceiro setor*, p. 279).

Estado identifica, reconhece, aproveita e incentiva a iniciativa privada de interesse público. Não obriga ninguém a realizar esta ou aquela ação, mas torna-a atrativa, induzindo a sua realização. Esses são os traços característicos fundamentais da atividade de fomento.

O conteúdo da norma de fomento pode ser a outorga de uma vantagem honorífica (distinções e recompensas), econômica (entrega de algum valor ou dispensa de algum pagamento) ou jurídica (outorga de uma condição privilegiada)[34]. Floriano de Azevedo MARQUES NETO prefere falar em instrumentos financeiros (empréstimos, subvenções, incentivos, garantias) e não financeiros (informações, assessoria, criação de infraestrutura)[35].

Como técnica, o fomento é uma ferramenta auxiliar, utilizada pontualmente e de modo muito disperso, que é combinada com outras funções administrativas. Aqui, o incentivo é um instrumento para garantir o cumprimento das obrigações pelos particulares. Conviveriam, então, as sanções premiais e as punitivas; as primeiras induzindo o cumprimento, e, as segundas, castigando o inadimplemento.[36]

Corroborando a ideia exposta, Floriano de Azevedo MARQUES NETO explica que "a depender da definição de serviço público adotada, é possível que serviços públicos sejam estimulados e prestados pela iniciativa privada a partir de técnicas de fomento" e acrescenta a "possibilidade de o regime jurídico de prestação de um serviço público prever regras que visem a fomentar sua prestação especialmente em relação a determinadas etapas da cadeia do serviço ou para determinados grupos de usuários"[37].

Essa lição suscita uma questão de elevada importância: principalmente no serviço público, nem todo auxílio financeiro prestado ao particular caracteriza fomento, especialmente sob a forma de subvenção. Adverte a doutrina para a necessidade de diferenciar as subvenções de fomento (ou subvenção em sentido estrito) de outras subvenções, como a subvenção-dotação (para cobrir déficits na prestação de serviços públicos concedidos, mantendo o equilíbrio financeiro) ou subvenção-consignação (fundos

---

[34] Luis JORDANA DE POZAS, *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*, p. 52-53.

[35] *Fomento*, p. 435.

[36] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO explica que "O Estado não tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, cresce a técnica do *fomento*, caracterizada pelo incentivo do Estado à iniciativa privada de interesse público, por variados meios, sejam jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público), sejam econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriação por interesse social, transferência de tecnologia etc.)." (*Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares*, p.431 – grifo no original).

[37] *Fomento*, p. 426.

econômicos para a manutenção de empresas, especialmente estatais)[38].

Toda norma jurídica busca reger algum aspecto social. Não existe norma descolada da experiência humana porque o direito é um produto cultural cujo escopo fundamental é ordenar imperativamente as relações humanas. Não poderia ser diferente, portanto, em relação às normas de fomento. Elas pressupõem, como todas as outras, o cumprimento do seu comando, para que as finalidades últimas que lhe inspiram a existência sejam alcançadas. Como já visto, a diferença essencial em relação a outras normas de conduta está na espécie de sanção que garante sua observância: o prêmio.

Nesse ponto, é importante refletir sobre a necessidade de diferenciar mais claramente o fomento de outras atuações estatais, principalmente a função regulatória e de polícia. Não é conveniente alargar em demasia o conceito de fomento, reconhecendo sua presença em toda e qualquer medida estatal que traga algum benefício à sociedade. Quando o Estado limita direitos ou regula setores econômicos, também promove o bem comum e, ainda que reflexa e involuntariamente, pode incentivar a adoção de condutas positivas pelos indivíduos.

A diferença entre o fomento e as outras funções administrativas está nos meios de que se utiliza, e não nos fins que pretende alcançar.[39] Por conta disso, seria prudente ter clareza de que a palavra "fomento" alberga várias realidades que, embora semelhantes, guardam diferenças claras. Há uma acepção mais ampla de fomento, que alcança todo instrumento geral e abstrato de incentivo à ação particular de interesse público. Abrangeria medidas como benesses fiscais, privilégios legais em contratações públicas, desregulação, desburocratização etc.

Por outro lado, haveria uma acepção mais restrita de fomento, consistente em toda medida concreta, direta e imediatamente outorgada em favor de indivíduos determinados ou determináveis. É sob esse prisma mais limitado que se compreende o conceito de fomento público apresentado, por exemplo, por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

> "a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam direta, imediata e concretamente a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para que desempenhem atividades que a lei haja enfatizado como de especial

[38] Lucía López de Castro GARCÍA-MORATO, *El fomento*, p. 301.

[39] Floriano de Azevedo MARQUES NETO explica que "todas as formas de ação estatal convergem, à medida que buscam a efetivação de fins de relevância e interesse públicos" (*Fomento*, p. 411).

interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso das pessoas em sociedade".[40]

Na acepção mais ampla, a definição de fomento perde rigor científico, equiparando-se ao sentido vulgar que a palavra porta, sendo difícil, por isso, diferenciar esse fenômeno jurídico de outras realidades do direito administrativo[41].

Em razão disso, é preferível tender para o emprego do vocábulo no seu sentido mais restrito. Isso não significa que as normas de fomento não possam ser empregadas de modo amplo e como suporte às demais funções administrativas, como visto acima. Significa apenas que o fomento, aí, será simples técnica, ao passo que, quando considerado como atividade principal e autônoma da Administração Pública, atrai para si princípios e normas próprios, tornando-o função.

Levando em conta essa diferença entre fomento em sentido amplo e em sentido estrito, haverá formação de legítimo vínculo jurídico de fomento apenas na segunda hipótese. Isso quer dizer que a escolha pelo Estado de um único indivíduo para incentivar sua atividade particular gera uma relação jurídica especial, que se pode chamar de relação jurídica de fomento.

Não há a formação desta relação especial quando o fomento funciona como técnica acessória de outra função estatal, porque, nesse caso, as regras de regência das relações que provenham dela são de outra natureza e possuem outros escopos principais. É o caso da prestação de serviço público delegada, regida por várias normas específicas (especialmente quanto à licitação e contratação), cujo escopo é a transferência do exercício de atividade material de interesse coletivo de titularidade do Estado. O fomento pode ter influência no momento do administrador escolher pela delegação da execução da atividade ao particular, privilegiando a iniciativa privada. Contudo, aí, o fomento não será mais do que um critério político de decisão, não regendo as finalidades últimas do objeto do contrato.

---

[40] *Curso de direito administrativo*, p. 579 (grifo no original).

[41] "Paralelamente às dificuldades de delimitação da atividade de fomento em razão das transformações do Estado e da atividade administrativa, a dificuldade ocorre também em razão de certa convergência de seus objetivos com outras funções estatais, na medida em que a intervenção estatal sempre visa a direcionar condutas para efetivação de fins públicos. Assim, *toda forma de intervenção estatal envolverá, em alguma medida, o desejo de promover um determinado fim público.* Mas não será qualquer ação estatal que vise a "fomentar" (em sentido amplo, significando incentivar ou efetivar) um determinado setor (na perseguição de um fim público) que poderá ser considerada como atividade estatal fomentadora." (Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *Fomento*, p. 413, grifo do autor).

A diferença entre o fomento como conjunto sistemático de normas e como simples técnica também tem que ser ressaltada porque há situações em que a relação de fomento se instrumenta por vínculos de natureza contratual, que podem ser similares em certos pontos (na forma, pelo menos) a um contrato administrativo de escopo puramente econômico, para satisfazer uma necessidade estatal. Contudo, o escopo visado num caso e noutro é distinto.[42]

O problema sobe um degrau em dificuldade quando o fomento inspira a adoção de políticas tributárias, regulatórias, serviços públicos ou medidas de polícia administrativa.

Não é sempre que medidas desta ordem vão formar vínculos jurídicos individuais, podendo permanecer amplas e gerais. O eventual benefício que delas se possa extrair afeta um setor econômico, um grupo amplo e disperso de indivíduos. Em tal situação, o fomento como vínculo jurídico especial é muito tênue, senão inexistente (embora as medidas de incentivo possam ser poderosas), não encontrando lastro normativo específico. Logo, as situações jurídicas emergentes continuam a ter disciplina nos seus campos de ação específicos, o que significa que a finalidade de fomento não justifica a atração de princípios e normas regentes desta atividade estatal particular. Com isso se quer dizer que, concretamente, um indivíduo beneficiado por uma isenção fiscal, por exemplo, não terá direito de reclamar se ela for, posteriormente, revogada, já que o regime jurídico-tributário permite isso, não tendo relevo para obstar essa revogação o argumento de que a atividade particular deve continuar a ser encorajada por responder a finalidades de interesse

[42] Um exemplo esclarece a questão: nas parcerias para o desenvolvimento produtivo de medicamentos (PDP), o Estado firma parceria com laboratório nacional para produzir medicamentos que serão adquiridos para uso no SUS. A simples aquisição não é o escopo último do contrato, cujo objeto é muito mais complexo, envolvendo a transferência de tecnologia de produção de medicamento ou fármaco estratégico do parceiro privado para o parceiro público, permitindo que este último absorva a tecnologia produtiva, tornando-o independente. Sendo assim, o preço de aquisição dos fármacos e medicamentos não pode ser fixado tal como se dá em um contrato para aquisição direta, em que se leva em conta fundamentalmente o menor preço ofertado. Na PDP, a constituição do preço de compra tem que levar em conta os custos da transferência tecnológica. Assim, mesmo que a progressiva redução de custos de medicamentos constitua diretriz de regência do SUS, ela é conseguida, quase sempre, a médio e longo prazos através das PDP, em virtude deste ajuste ter por escopo principal fomentar a iniciativa privada de interesse coletivo, e não a simples satisfação de interesse econômico do Estado. Fica claro aqui que o fomento é a *razão fundamental* que levou o particular a investir na atividade econômica, de modo que o vínculo jurídico especial não só existe com clareza, como seu rompimento unilateral por parte do Estado justifica, em tese, o dever de ressarcimento pelos investimentos feitos (Cf. Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA, Parcerias para o desenvolvimento produtivo de medicamentos: a questão do preço. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, jan./mar. 2014. Os autores ressaltam, contudo, a necessidade de que o preço de aquisição seja justificado, e alertam, igualmente, para o fato de que a parceria deve estar muito bem justificada em procedimento administrativo, sob pena de desvirtuar-se seu escopo, dando azo a abusos).

coletivo[43].

Em conclusão, o fomento-função quase sempre gera vínculos jurídicos, relações jurídicas especiais, das quais emergem direitos e obrigações e cujo escopo fundamental é incentivar, premiar, encorajar, promover a iniciativa privada de relevância coletiva; o fomento-técnica quase nunca gera tais vínculos especiais e independentes de fomento, apresentando-se como mecanismo acessório de outras funções estatais, cuja regência normativa se dá por normas próprias de cada atividade, e cujos escopos imediatos perseguidos são preponderantemente distintos da finalidade fomentadora.

Feitas essas considerações, defende-se que as relações de parceria regidas pela Lei n. 13.019/2014, adiante esmiuçadas, são veículos do fomento-função, pois são estabelecidas com o fim primordial de propiciar o estímulo público à ação privada, não tendo idoneidade para transferir serviços públicos. São instrumento de fomento e colaboração, não de delegação.

## 4. Medidas de fomento no direito positivo brasileiro

Quanto às medidas empregadas para veicular o fomento, podem ser de duas espécies: "*instrumentos financeiros* (empréstimos, subvenções, incentivos, participação direta como acionista nos investimentos, concessão de garantia ou avais etc.) ou *instrumentos não financeiros* (informações, assessoria, criação de infraestrutura requerida para o investimento etc.)"[44]

São muito vastas as formas pelas quais o poder público pode fomentar a iniciativa privada. Aqui, não cabe senão citá-las exemplificativamente, sem descer a minúcias. As medidas que merecem ser lembradas (porque muito utilizadas no fomento ao terceiro setor) são as seguintes:

1) *transferências financeiras*: envolvem a concessão de subvenções[45], auxílios e

---

[43] Não se confunda, contudo, o direito a continuar a ser fomentado (que não existe, no exemplo dado) com o direito de ver reconhecido o pagamento a menor (ou o não pagamento) do crédito tributário, quanto aos fatos geradores ocorridos na vigência da norma de isenção, em obediência ao direito adquirido.

[44] Aline Lícia KLEIN e Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *Funções administrativas do Estado*, p. 435 (grifos no original).

[45] É a "transferência de recursos do erário público, a fundo perdido, para particulares, com vistas ao fomento de atividade de interesse público por estes desenvolvidas." (Rodrigo Pagani de SOUZA, *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 68). A subvenção é, talvez, a mais poderosa

subsídios. Sua concessão é regida por normas de variada hierarquia: CF, art. 19, I, 165, §6º, 199, §1º, 217, II, 227, §3º, VI; Lei Complementar 101/00 (Lei de responsabilidade fiscal), arts. 4º, I, *f*, 26; Lei 4.320/64 (Lei do direito financeiro). A possibilidade de transferência de recursos orçamentários é prevista em leis específicas, como, por exemplo, a Lei 9.637/1998 (art. 12);

2) *transferência de bens públicos*: é autorizada, por exemplo, pela Lei n. 9.637/1998 (art. 12, caput), que trata das organizações sociais (OS), com quem o Estado firma contrato de gestão. Não havendo limitação legal, tanto bens móveis quanto imóveis podem ser entregues ao uso da organização social. O instrumento da transferência é a permissão de uso, que se opera através de cláusula adjeta do contrato de gestão (art. 12, §3º). A permissão costuma ser caracterizada como ato unilateral, discricionário, precário[46] com uso obrigatório do bem, embora esses elementos não sirvam, sempre, para divisá-la com absoluta nitidez da autorização[47]. Com a transferência da gestão de serviço público a OS, a permissão de uso dos bens afetados é negócio acessório[48], mas representa elemento indispensável do contrato de gestão, para o pleno exercício da atividade. A organização social não pode gerir um hospital público sem, de fato, receber parte ou a totalidade dos bens que corporificam esse serviço, como o imóvel que sedia o nosocômio e os móveis e equipamentos aí contidos;

3) *transferência de servidores públicos*: não apenas recursos materiais (dinheiro e bens) podem constituir objeto das ações de fomento estatal à organização social; também os recursos humanos do Estado podem ser postos à disposição da entidade. A cessão de servidor está prevista no art. 14 da Lei n. 9.637/1998. Ela é feita sempre sob a diretriz do

---

forma de fomento empregada na Espanha. Segundo a Lei Geral de Subvenções daquele país (Lei n. 38, de 17 de novembro de 2003), a subvenção é conceituada como "toda disposición dineraria realizada por cuaelesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; b) que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido; c) que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública. (art. 2, ítem 1).

[46] José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, p. 1217.

[47] Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *Regime jurídico e utilização dos bens públicos*, p. 425-426.

[48] Esse caráter auxiliar, acessório, da permissão dos bens foi bem explicado por Floriano de Azevedo MARQUES NETO: "Devemos convir que a permissão prevista na Lei das OS trata-se de uma permissão imprópria, pois a conferência desse direito de uso não é autônoma, mas ancilar à obrigação cometida a OS que demanda necessidade de provisão dos meios necessários, inclusive o uso de bens públicos afetados a essas atividades. Ademais, a permissão subjacente ao contrato de gestão só é feita no bojo da transferência do cometimento de uma função pública trespassada para a OS." (*Regime jurídico e utilização dos bens públicos*, p. 428).

interesse coletivo, que ilumina a própria razão de ser do contrato de gestão. Esse instrumento de fomento demanda muita cautela no seu emprego. A Constituição disciplina com considerável minúcia o regime jurídico do agente público, seja ele empregado público, seja servidor público. Há disciplina quanto à forma de ingresso, direitos, remuneração, previdência. Abaixo do extrato constitucional estão as leis específicas: a Consolidação das Leis do Trabalho e legislação trabalhista esparsa (empregados) e os estatutos próprios de cada ente federativo (servidores). A quase totalidade das normas são cogentes, não admitindo flexibilização e disposição pelas partes. Por causa disso, o feixe de normas que dá sustentação ao vínculo de trabalho mantido entre o agente e o Estado precisa ser preservado por ocasião da cessão[49];

4) *credenciamento*: figura ainda não muito bem explorada pela doutrina, embora empregada há bastante tempo na legislação, o credenciamento reúne atos administrativos de consentimento e aprovação para que particular execute alguma atividade, por recursos próprios, que necessite da autorização estatal[50]. Porém, é possível alargar essa compreensão para entender como credenciamento também os atos de atribuição de alguma qualificação especial dada a entidades privadas sem intuito lucrativo para que lhes seja

---

[49] O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin 1923-DF, considerou válida a possibilidade de cessão de servidor público a organização social. O acórdão, seguindo o voto condutor do Ministro Luiz Fux, assim está ementado: "Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo." Porém, o Ministro Carlos Ayres Britto, que antecipou seu voto, teve opinião distinta: "Já no tocante aos servidores públicos cedidos na forma do art. 14 da Lei n. 9.637/98, a situação é oposta. É aplicável – aqui, sim – o inciso X do art. 37 da Magna Carta, segundo o qual "*a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica*". Sendo assim, toda a retribuição pecuniária paga pelo trabalho dos servidores públicos, mesmo que cedidos, é de ser prevista em lei (ainda que o ônus desse pagamento recaia sobre o órgão ou entidade cessionários). Logo, inconstitucional é o §1º do art. 14 da Lei n. 9.637/98, atinente a cessão especial "*com ônus para a origem*", na parte em que permite a pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorize. Mais: a parte final do §2º do mesmo artigo prevê o pagamento de "*adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*" com recursos públicos, o que, além de ofender o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, vulnera o §1º de seu art. 169. Pelo que julgo inconstitucional a expressão "*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*", contida no §2º do mesmo art. 14 (inconstitucionalidade por reverberação normativa)".

[50] Adilson Abreu DALLARI explica que "Credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma situação jurídica ou uma prerrogativa que sem isso não lhe assistiria. O resultado do credenciamento é um acréscimo; o enriquecimento do patrimônio de alguém, pessoa física ou jurídica." (*Credenciamento*, p. 14). Weida ZANCANER cita, por exemplo: "(1) o ato de credenciamento de estagiários para a Procuradoria do Estado; (2) o ato de credenciamento de médicos e clínicas para atendimento na área da Saúde para os servidores do Tribunal X ou para o atendimento da população do município Y; (3) o credenciamento de tradutores públicos para a prestação de Serviços de Tradução Juramentada para o Supremo Tribunal Federal; (4) ou, ainda, o credenciamento de empresas para averiguação técnica de veículos para o DETRAN." (*O perfil jurídico do credenciamento*, p. 789).

franqueado o acesso a determinado regime jurídico especial, normalmente viabilizador de medidas de fomento social[51]. Esses atos se traduzem na concessão de títulos jurídicos especiais, seja para simples fomento honorífico, seja para instituir um regime jurídico especial mais benéfico.[52]

O fomento honorífico[53], muito antigo e empregado em outros países com sucesso[54], caracteriza-se pela simples concessão de algum título reconhecedor da importância da atividade para o corpo social[55], também pode ser considerado

---

[51] Nesse segundo aspecto que o termo pode assumir, Rodrigo Pagani de SOUZA explica que o credenciamento segrega "do amplíssimo universo das entidades privadas, aquelas que o Estado quer potencialmente fomentar e que querem ser fomentadas pelo Estado. (...). Mais à frente, diz que a disciplina jurídica do credenciamento "passa, ao menos em tese, pela definição do órgão ou entidade pública competente para a expedição do ato administrativo de outorga da credencial – também chamada "qualificação", "certificação", "declaração", "titulação" e "cadastro" – à entidade privada que a requereu. Passa, ainda, pela estipulação dos requisitos para se obtê-la, pela definição da forma de comprovação do atendimento a estes requisitos, pela disciplina do procedimento para se obtê-la, pela previsão dos efeitos jurídicos decorrentes da sua obtenção, pela estipulação da competência e dos pressupostos para se cassá-la ou suspendê-la e, finalmente, pela definição das consequências da sua perda." (*Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 88).

[52] Paulo MODESTO explica que esses títulos respondem a três propósitos: "Em primeiro lugar, *diferenciar* as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um *regime jurídico específico*. Em segundo lugar, a concessão do título permite *padronizar* o tratamento normativo de entidades que apresentem *características comuns relevantes*, evitando o *tratamento legal casuístico* dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um *mecanismo de controle* de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas concessão, mas também supressão e cancelamento." (*Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*, p. 141 – grifos no original).

[53] "[É] aquele que busca promover ou acentuar o exercício de certas atividades, de interesse público, pelos particulares, mediante outorga de títulos, distinções, condecorações que atuam sobre o conceito e o sentimento de honra..." (Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *Terceiro setor*, p. 35). Luis Jordana de POZAS diz que entre os meios de fomento honorífico compreendem-se as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público e proclamação de um ato ou de uma conduta exemplar (*Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo*, p. 52).

[54] Caso do tradicional título de utilidade pública, que, na França, é previsto desde longa data, na vetusta lei das associações (Lei de 1º de julho de 1901, artigo 10). A declaração é feita por decreto do Conselho de Estado após período probatório inicial de três anos, salvo se houver previsão, indicada pela entidade demandante, de que manterá equilíbrio financeiro num período de três anos. Sobre os requisitos para concessão: "O reconhecimento da utilidade pública é ato discricionário do Estado, entretanto a jurisprudência do Conselho de Estado fixou critérios que as entidades devem observar para receber o título: a) terem sido regularmente constituídas; existência regular de, no mínimo, três anos – no caso das associações; b) contarem com número significativo de membros ou fundadores – em torno de 150 a 200 membros; c) possuírem recursos adequados à realização de suas finalidades – no mínimo, 45.000 euros para as associações e 1 milhão de euros para as fundações; d) exercerem atividades de repercussão nacional; e) adotarem estatutos que sigam modelos fornecidos pelo Conselho de Estado; f) desenvolverem atividades de "interesse geral"." (Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos e Instituto Pro Bono. Série pensando o direito n. 16/2009: *Estatuto jurídico do terceiro setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/publicacoes>. Acesso em: 11.04.2016).

[55] Segundo Eduardo Gamero CASADO e Severiano Fernández RAMOS, "La actividad de fomento no siempre se traduce en prestaciones o auxilios económicos, sino también en otras manifestaciones. Así sucede con la técnica, cada vez más extendida, de la concesión de "distintivos" y reconocimientos de muy diverso tipo, con objeto de explotar comercialmente la imagen de las empresas y de sus productos: por ejemplo, el

credenciamento.

A Lei Federal n. 91, de 28 de agosto de 1935, exemplificava bem o fomento honorífico. Ela esteve vigente até 2015 e permitia que sociedades civis, associações e fundações pleiteassem a declaração de *utilidade pública federal*, quando tivessem por fim exclusivo servir desinteressadamente à coletividade[56]. Segundo o decreto regulamentador (Decreto n. 50.517/61), a declaração era feita por decreto presidencial e permitia o uso exclusivo de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, além da divulgação do título concedido. Com o tempo, a utilidade pública federal foi utilizada como pré-requisito para a concessão de inúmeros benefícios às entidades e terceiros que com ela mantivessem relações[57]. Ela foi revogada pela Lei n. 13.204, de 14 de dezembro de 2015 (art. 9º, I)[58]. Agora subsistem as inúmeras leis estaduais e municipais que concedem os títulos de utilidade pública dentro de seus territórios. A sua revogação foi medida salutar, pois a concessão era, na prática, arbitrária, incompatível com a nova ordem constitucional de

---

otorgamiento de una etiqueta ecológica oficial para aquellos productos que causen un menor impacto en el medio ambiente, o el reconocimiento a las empresas que realicen planes de acciones positivas en relación con las mujeres empleadas, de su condición de "Entidad Colaboradora en la Igualdad de Oportunidades", lo cual le permite el derecho a usar un logotipo oficial. También suelen concederse premios, medallas o galardones, que actúan como técnicas indirectas de fomento." (*Manual básico de derecho administrativo*, p. 856).

[56] A Lei n. 6.639/79 modificou a Lei n. 91/35 para determinar como pré-requisito para a postulação e concessão do título que os cargos de diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos, não podiam ser remunerados.

[57] Servia para obter imunidade tributária de impostos e contribuições sociais (CF, arts. 150, VI, *c*, e 197, §5º). União e suas autarquias podiam doar bens à entidade (Decreto-lei 2.300/86, artigo 15, II). Doações de particulares podiam ser deduzidas da renda bruta do doador para o efeito de cobrança do Imposto de Renda (Lei n. 3.830/60). Recebimento de receitas provenientes da arrecadação das loterias federais (Decreto-lei n. 204/67). Autorização para realizar sorteios (Portaria do Ministério da Fazenda n. 85/73). Dispensa dos depósitos mensais para o FGTS (Decreto-lei n. 194/67). Esses exemplos encontram-se em Brasil, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, *Terceiro setor: legislação*, informação técnica de autoria do consultor legislativo Emile Boudens, janeiro de 2000. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema11/estudos/estudo35.html>. Acesso em: 25.01.2016.

[58] O espaço deixado pela declaração de utilidade pública federal será preenchido pela própria Lei n. 13.019/2014. Ela será o fundamento para a extensão uniforme dos benefícios legais a que eventualmente façam jus as organizações da sociedade civil. O art. 84-B deste diploma estabelece que as organizações da sociedade civil farão jus aos seguintes benefícios, independentemente de certificação: receber doações de empresas, até o limite de 2% de sua receita bruta (ver Lei n. 9.249/95, art. 13, §2º, III, que permite às empresas abater do imposto de renda as doações feitas às OSC até o limite de 2% do lucro operacional, antes de computada sua dedução); receber bens móveis considerados irrecuperáveis, apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (a alienação de bens móveis irrecuperáveis é regida pelo Decreto n. 99.658/90, art. 15, III); distribuir ou prometer distribuir prêmios, mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas, com o intuito de arrecadar recursos adicionais destinados à sua manutenção ou custeio (hipótese até então regida pela Lei n. 5.768/71, art. 4º). Para fazer jus a esses benefícios, a OSC deve contemplar entre seus objetivos sociais ao menos uma das finalidades arroladas pela lei, conforme dita o art. 84-C[58], sendo esse rol praticamente idêntico ao definido pela Lei n. 9.790/99 para as entidades que buscam qualificar-se como OSCIP (art. 2º).

1988, que impôs impessoalidade no agir da Administração Pública.[59]

Na sua redação original, a Lei Federal n. 91/35 concebeu a declaração de utilidade pública federal como simples instrumento de fomento honorífico. Contudo, rapidamente passou a servir de título habilitador para a obtenção de vários benefícios.

Além da declaração de utilidade pública federal, surgiram vários títulos[60] e certificações[61] de igual natureza. Eles "operam como importantes instrumentos de reconhecimento das atividades das organizações da sociedade civil. Em alguns casos, podem garantir benefícios como redução ou isenção de tributos – como no caso do CEBAS que prevê isenção de contribuições para a seguridade social – ou servir como prerrogativa para determinados tipos de parceria, como é o caso das OSCIPs, que possuem um instrumento jurídico para recebimento de recursos (Termo de Parceria) acessível apenas para as organizações tituladas como tal."[62]

5) *exonerações tributárias*: poderosa forma de fomento consiste no afastamento da competência tributária (ou do seu exercício) sobre renda, patrimônio e serviços das entidades sem fins lucrativos. O afastamento previsto em norma constitucional é hipótese de imunidade (por exemplo: CF, arts. 150, VI, c, 195, §7º). A imunidade representa supressão da própria competência para tributar. A isenção é o afastamento, a exclusão do crédito tributário promovida por lei. A competência existe, mas a lei suprime a obrigação de pagar o tributo (por exemplo: Lei n. 8.313/91, art. 18, §1º, Lei n. 6.938/81, art. 17-F)[63].

A Constituição prevê duas hipóteses de imunidade *subjetiva*, ou seja, aquela que

---

[59] Paulo MODESTO chegou a falar (antes da revogação da lei) em crise do título de utilidade pública. Para o mestre baiano, "A legislação básica sobre utilidade pública no âmbito da União tem sido um dos principais problemas para o fortalecimento do Terceiro Setor no país. Não por ser detalhista ou limitadora. Mas exatamente pela razão contrária. A legislação básica na matéria, em especial no plano federal, é deficiente, *lacônica*, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discrição de autoridades administrativas. Essa *lacuna de cobertura* facilitou a ocorrência de dois fenômenos conhecidos: (a) a proliferação de entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos; (b) estímulo a processos de corrupção no setor público." (*Reforma do marco legal do terceiro setor*, p. 144 – grifos no original).

[60] São títulos (em nível federal): organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP (Lei n. 9.790/99), organização social - OS (Lei n. 9.637/98), utilidade pública federal - UPF (Lei n. 91/35, hoje revogada), organização estrangeira – OE (Código Civil, arts. 1123 a 1125), todos concedidos pelo Ministério da Justiça, e de registro no cadastro nacional de entidades ambientalistas, concedido pelo Ministério do Meio Ambiente.

[61] É certificação (em nível federal): certificado de entidades beneficentes de assistência social (CEBAS). Este certificado tem por base a Lei Federal n. 12.101/09 e isenta as entidades de educação, saúde e assistência social sem finalidade lucrativa do pagamento das contribuições para a seguridade social (art. 29).

[62] FGV Projetos e Secretaria-Geral da Presidência da República, *Organizações da sociedade civil e suas parcerias com o governo federal*, p. 24-25.

[63] A isenção é disciplinada pelo Código Tributário Nacional, nos arts. 175, I, e 176 a 179.

alcança determinadas pessoas (no caso, as pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa que desempenham certas atividades): 1º) quanto a impostos sobre patrimônio, renda e serviços das instituições[64] de educação e de assistência social[65], sem fins lucrativos (CF, art. 150, VI, c); 2º) quanto às contribuições para a seguridade social, devidas pelas entidades beneficentes de assistência social (CF, art. 195, §7º). Já a legislação infraconstitucional é bastante específica e detalhada quanto ao regime de concessão de isenções e imunidades.[66];

6) *incentivos fiscais*: os incentivos fiscais são estímulo indireto do Estado ao investimento privado. Caracterizam-se pela renúncia a tributo. Existem duas formas de incentivos fiscais no país: a dedução de doação como despesa operacional e o repasse fiscal.[67] O incentivo fiscal configura fomento indireto, ou fomento em etapas, pois o agente do fomento não é o Estado, mas um particular. O Estado estabelece, por lei, benesse tributária a um particular que fizer uma doação a ser revertida para OSC. Então, o Estado estimula o particular a fazer a doação retirando parcialmente o encargo de certo tributo, o qual, por sua vez, estimula a entidade beneficiária efetivamente fazendo a doação. Agente e beneficiário do fomento são distintos.[68]

---

[64] Por 'instituição', entende-se qualquer entidade de caráter permanente, sem fins lucrativos, pouco importando a forma jurídica (associativa ou fundacional).

[65] Eduardo SZAZI explica que a expressão "assistência social", empregada no texto constitucional, faz referência às entidades que se dedicam à saúde, educação e assistência social propriamente dita (*Terceiro setor*, p. 45).

[66] Cite-se, pela importância, os seguintes diplomas legais: Lei n. 8212/91, arts. 22 e 23 (contribuições sociais); Lei n. 9.532/97 (imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido); Medida Provisória n. 2.158-35/2001 (COFINS).

[67] "Um dos modelos é o da dedução da doação como despesa operacional. Nele, o doador realiza a doação e reduz o valor da base de cálculo do imposto ao descontar parte do valor da doação do valor a ser pago no seu imposto de renda. O outro modelo é o de repasse fiscal ou de direcionamento de parte do imposto devido. Nesse caso o recurso da doação é descontado do cálculo final do imposto, não havendo ônus adicional ao doador." (BRASIL, Secretaria-Geral da Presidência da República, *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*, p. 142). Doações feitas diretamente a OSC ou a fundos públicos que as irrigam também são medidas de fomento, pois estimulam a canalização de recursos para atividades de interesse coletivo e beneficiam o doador com redução proporcional de certo tributo por ele devido. A doação é a transferência gratuita, em caráter definitivo, de recursos financeiros, bens ou serviços. Além da doação, algumas leis autorizam o fomento através de patrocínio, caso da Lei de incentivo à cultura (Lei Rouanet, Lei n. 8.313/91), que, no seu art. 23, II, define patrocínio como "a transferência de numerário, com finalidade promocional ou a cobertura, pelo contribuinte do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, de gastos, ou a utilização de bem móvel ou imóvel do seu patrimônio, sem a transferência de domínio, para a realização, por outra pessoa física ou jurídica de atividade cultural com ou sem finalidade lucrativa prevista no artigo 3º desta Lei."

[68] Floriano de Azevedo MARQUES NETO explica que "...nem sempre aquele que recebe o incentivo estatal direto (agente) será o mesmo daquele que se visa estimular. Essa apartação existirá em políticas de fomento de estruturação complexa, que acabam por distinguir os agentes (aqueles que recebem o benefício estatal direto) e os efetivos destinatários da política de fomento (que são os beneficiados pela atividade). Seria o exemplo da política de incentivo à indústria de audiovisual (objeto do fomento), por meio de isenções tributárias a serem concedidas às empresas que doarem recursos para projetos nesse setor. Diferentemente do exemplo anterior, aqui a empresa desonerada não é a destinatária final do fomento – ela é, assim, seu agente

Tanto pessoas físicas, quanto jurídicas podem fazer doações e patrocinar projetos. Em nível federal esses aportes de recursos comportam dedução do imposto sobre a renda devido, variando a alíquota do abatimento (por exemplo, de 100% da doação a 30% do patrocínio, com impacto direto no montante do tributo devido, mas, quase sempre, com estabelecimento de um teto para as deduções: por exemplo, 15% do IR devido).[69]

Doações feitas para OSCIP podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, quando a empresa está sujeita à tributação pelo lucro real (Medida Provisória n. 2.158-35/01, art. 59). Essas doações são lançadas como despesas operacionais pela empresa. Trata-se de caso de dedução da doação da base de cálculo do tributo.[70]

## 5. Os vínculos jurídicos de veiculação do fomento

As medidas de fomento não são impositivas, mas consensuais, dependendo, quase sempre[71], da aceitação expressa por parte de quem as recebe. Essa liberdade traduz-se na autonomia conferida tanto ao ente público, que escolhe o fomento como instrumento de satisfação de um interesse, quanto ao ente do terceiro setor, que se prontifica a ser fomentado. Esse acordo de vontades se concretiza pela formação de um vínculo jurídico, onde estão contidos os elementos essenciais da relação de fomento (sujeitos envolvidos, objeto do fomento, direitos e obrigações recíprocos).

Apesar do propósito comum de formarem parcerias com o terceiro setor, esses vínculos receberam nomes e tratamento jurídico diferentes entre si. Antes da Lei n.

---

executor, que viabilizará, por meio de doação de recursos, o objeto fim do fomento: a promoção da área de audiovisual." (*Tratado de direito administrativo*, v. 4, p. 430).

[69] Exemplos desses incentivos são encontrados em várias leis federais, que se irmanam no fato de promoverem fomento indireto ao domínio social. Citem-se as doações/patrocínios ao Fundo dos direitos da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 260), ao Fundo nacional do idoso (Lei n. 12.213/10, art. 3º), de incentivo à cultura (Lei n. 8.313/91, arts. 18 e 26), de incentivo ao audiovisual (Lei n.8.685/93), de incentivo a projetos desportivos e paradesportivos (Lei n. 11.438/06), de incentivo ao Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica (PRONON) e ao Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência - PRONAS/PCD (Lei n. 12.715/12). Para visualizar detalhamento da legislação citada, ver BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*, p. 144/145 e 150/151.

[70] Andrei Pitten VELLOSO exemplifica a doação com dedução do valor do tributo: "Destinação efetiva de recursos públicos, mediante deduções tributárias, ocorre apenas quando a dedução se aplica ao valor do tributo devido, tal qual sucede com as doações realizadas pelas empresas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos do art. 260, I, da Lei n. 8.069/90." (*Financiamento e fiscalização de OSCIPs*, p. A10).

[71] Diz-se "quase sempre" porque há medidas de fomento, em sentido amplo, que, por serem veiculadas por leis, possuem caráter geral, beneficiando todos aqueles que estejam sob seu manto, como as medidas que conferem isenção tributária, por exemplo.

13.019/2014, os principais modelos de acordo eram o convênio[72], o contrato de repasse[73], o contrato de gestão[74] e o termo de parceria[75].

---

[72] É clássica a definição de Hely Lopes MEIRELLES, aceita e reproduzida com poucas alterações por grande parte da doutrina: "*Convênios administrativos* são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes" (*Direito administrativo brasileiro*, p. 458). O convênio é instrumento antigo através do qual eram firmadas parcerias entre o Estado e o terceiro setor ou a iniciativa privada lucrativa. Era previsto no Decreto-lei n. 200/67 (arts. 156, §2º, 166), no Decreto-lei n. 2.300/86 (art. 82), primeira lei sobre licitações e contratos, que foi sucedida pela Lei n. 8.666/93, atualmente em vigor, que trata do convênio no art. 116. As normas contidas nesse dispositivo são de alcance nacional, sendo completadas por legislação de cada ente da federação. No âmbito federal, merecem destaque os seguintes instrumentos normativos complementares: Decreto 5.540/05, que impõe às entidades privadas conveniadas a realização de licitação pública para aquisições com terceiros, sob a modalidade pregão (art. 1º, §1º). O Decreto n. 6.170/07, que revogou tacitamente essa norma, substituindo a exigência do pregão pela simples cotação prévia de preços no mercado (artigo 11). Também estabeleceu que os convênios ou contratos de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos devem ser precedidas de chamamento público (art. 4º). O Decreto n. 93.872 traz normas financeiras envolvendo recursos liberados por conta de contratos, convênios e outros ajustes. A Portaria interministerial n. 507/2011 regula a celebração e a fiscalização dos convênios, contratos de repasse e termos de cooperação entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal e órgãos e entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam transferência de recursos financeiros orçamentários.

[73] O contrato de repasse nada mais é do que um contrato que é firmado com agente financeiro público para transferência de recursos financeiros. No caso da União, os agentes são o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, os quais atuam representando aquela. A Lei Geral de Subvenções da Espanha fala em *entidad colaboradora*, que, "actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios…" (Lei n. 38/2003, art. 12). Foi disciplinado principalmente pela Portaria Interministerial 507/2011. Ele viabiliza a transferência de subvenções, auxílios e contribuições, recebendo esse nome quando esses recursos orçamentários são transferidos por intermédio das instituições financeiras. Fora essa diferença, não há qualquer outra em relação ao convênio, tratando-se, em realidade, de um "convênio administrado por um mandatário da União, que detém melhor [sic] condições de acompanhar a execução dos projetos especialmente em razão de sua proximidade física e capacitação técnica na área financeira" (Natasha Schmitt Caccia SALINAS, *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 99).

[74] Surgido com a Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, o contrato de gestão, pela definição legal, é o "instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º." (art. 5º). O contrato de gestão previsto na Lei n. 9.637/98 não pode ser confundido com o contrato previsto no art. 37, §8º, da Constituição Federal, introduzido pela emenda constitucional n. 19/98. Neste, há um pacto entre os administradores públicos e o poder público, por meio de seus órgãos e entidades, onde é ampliada a autonomia gerencial daqueles com vistas ao atingimento de resultados específicos previamente definidos. Trata-se de medida introduzida no contexto da reforma gerencial do Estado, do final da década de 1990, objetivando conferir maior eficiência à Administração Pública. O nome 'contrato de gestão' não consta da Constituição ou de alguma outra lei, sendo apelido conferido pela doutrina. Difere do contrato de gestão celebrado com organizações sociais porque este é celebrado com entidades do terceiro setor que recebem essa qualificação e porque seu objetivo é fomentar o particular para satisfação de direitos sociais. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO esclarece que o "contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão" (*Parcerias com o terceiro setor*, p. 279).

[75] Praticamente um ano após a edição da lei das organizações sociais, sobreveio a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, instituindo nova qualificação às organizações do terceiro setor: organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP)[75]. Essa nova qualificação, que é um mecanismo de credenciamento, autoriza o ente privado a firmar com o Estado o chamado termo de parceria. A lei, antes de defini-lo, apenas explica a sua serventia no artigo 9º: "Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade

A lei das parcerias com OSC introduziu novos módulos de colaboração: o termo de fomento, o termo de colaboração e o acordo de cooperação[76]. Diferenciam-se no seguinte: 1) o *termo de colaboração* é o nome do acordo quando as parcerias são propostas pela administração pública[77]; 2) o *termo de fomento* dá nome ao acordo em que a iniciativa do pacto parte da organização privada[78]; 3) o *acordo de cooperação* denomina a parceria que não envolva a transferência de recursos financeiros[79].

## 6. Entidades sujeitas a fomento e colaboração: as OSC

A Lei n. 13.019/2014 utilizou a expressão 'organização da sociedade civil'[80] para se referir às pessoas jurídicas com quem o poder público poderá firmar parcerias. São consideradas organizações da sociedade civil (art. 2º, I):

1) *entidade privada sem fins lucrativos* que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva

2) as *sociedades cooperativas* previstas na Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para

---

Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei."

[76] Este último introduzido pela Medida Provisória n. 684/2015, convertida na Lei n. 13.204/15.

[77] Lei n. 13.019/2014, artigo 2º, VII.

[78] Lei n. 13.019/2014, artigo 2º, VIII.

[79] Lei n. 13.019/2014, artigo 2º, VIII-A, inserido pela Lei n. 13.204/15.

[80] Essa expressão (em inglês *civil society organizations*) é atribuída ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que a cunhou para fazer referência a uma "ampla gama de organizações, associações, instituições acadêmicas, grupos sem fins lucrativos, grupos de responsabilidade social das empresas, organizações não governamentais e sem fins lucrativos, sindicatos, fundações, instituições religiosas e organizações formais e informais que pertençam ou representem os interesses de suas comunidades." (Citação extraída do *site* do BID. Disponível em: <http://www.iadb.org/pt/sociedade-civil-v3/bid,19183.html>; Acesso em: 26 out. 2016).

execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

3) as *organizações religiosas* que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

### *6.1. Entidades privadas sem fins lucrativos*

Pelo direito pátrio, a rigor, essa definição compreende apenas as fundações e as associações (Código Civil, art. 44, I e III). Incluirá também as organizações religiosas, se, na sua organização, não distribuírem recursos aos seus membros.

A finalidade não lucrativa da associação é expressamente ditada pelo art. 53 do Código Civil, que a caracteriza como união de pessoas que se organizam "para fins não econômicos".

As fundações tampouco têm escopo lucrativo. Na redação original do art. 62 do Código Civil, elas deveriam cingir-se a "fins religiosos, morais, culturais ou de assistência". Esse limitado espectro foi ampliado pela Lei n. 13.151/15, agora podendo desempenhar como escopo social as seguintes atividades: I - assistência social; II - cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - educação; IV - saúde; V - segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII - promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX - atividades religiosas.

Os partidos políticos, a rigor, também são pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa e com propósitos de interesse público[81]. Contudo, têm finalidade muito restrita, de natureza política, ou seja, de executar um plano de poder através do Estado, trabalhando para eleger seus membros para ocuparem cargos políticos superiores.

[81] Os partidos políticos estão previstos como pessoa jurídica de direito privado no art. 44, V, do Código Civil, com redação conferida pela Lei n. 10.825/03. Sua estrutura, criação e funcionamento são conferidos pela Lei n. 9.096/95, que os define no artigo 1º como "pessoa jurídica de direito privado, [que] destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal."

Diferenciam-se das três últimas pessoas jurídicas porque essas atuam fora do Estado, ainda que, eventualmente, em parceria com ele.

Além disso, como as parcerias têm por fim a "consecução de finalidades de interesse público e recíproco" (art. 1º), fica inviabilizada a parceria com os partidos políticos. Os interesses públicos à que a lei alude são os interesses primários da sociedade, que não se confundem com os interesses da Administração Pública como pessoa jurídica de direito público e tampouco com as ideologias professadas pelos políticos que, temporariamente, por seus filiados, ocupam cargos públicos eletivos ou comissionados.[82]

### *6.2. As sociedades cooperativas*

As cooperativas são sociedades (Código Civil, art. 44, II, e 1.093)[83]. Por definição legal, são sociedades simples, independentemente do objeto social (Código Civil, art. 982, parágrafo único, segunda parte). Por terem natureza de sociedade, desenvolvem atividade econômica no mercado, mas sem finalidade lucrativa[84], apartando-se, então, dos demais entes sem fins lucrativos (essencialmente, associações e fundações) porque esses não promovem atividades econômicas no mercado. Por serem do tipo simples, contrapõem-se às sociedades empresárias (onde a pessoa jurídica encarna a figura do empresário, ou seja, aquele que organiza capital e trabalho para desempenho de atividade econômica lucrativa).

Sem o intuito de aprofundar no regime jurídico das cooperativas, o que importa nelas é a pessoalidade, o elemento humano, ao contrário do acento posto no capital,

---

[82] Embora o partido político tenha por missão defender os direitos fundamentais, ele o faz no bojo do sistema representativo (art. 1º da Lei n.9.096/95). A sua finalidade é assumir o poder estatal. O seu objeto social é dado por seu programa (Lei n. 9.096/95, arts. 5º e 14), documento em que se encontra o seu plano de poder, onde estão postas as formas pelas quais as metas fundamentais da república serão satisfeitas. Essa sua finalidade é de interesse particular, individual, não se identificando com interesse público algum. A parceria tem por fim imediato satisfazer interesses públicos, ao passo que o partido político tem por fim imediato assumir o poder. Enquanto o Estado tem por dever imediato a satisfação dos direitos à saúde e educação, por exemplo, o partido político tem por missão imediata assumir o poder para depois, a seu modo, satisfazer esses direitos. Não há identidade de propósitos. Na dicção da Lei n. 13.019/2014, não há "interesses compartilhados" (art. 2º, III-A e III-B).

[83] Marcos Juruena Villela SOUTO dá a nota distintiva da cooperativa: "[na cooperativa] não há circulação de riqueza entre o cooperado e a cooperativa; esta é mero instrumento da operação comercial que se inicia com sua atuação. No mais, o incentivo às cooperativas é um mandamento constitucional (CF, art. 174, §2º) por representar um instrumento de transformação social; afinal, é por essa via que o empregado se transforma em "patrão", passando à condição de um dos donos do negócio." (*Estímulos positivos*, p. 21).

[84] A Lei n. 5.764/71, que instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, diz que a finalidade do contrato de sociedade cooperativa é o "exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro" (artigo 3º).

característico das sociedades empresárias. A cooperativa é um instrumento jurídico voltado para engrandecer o indivíduo, promovendo ganhos através da cooperação, do esforço mútuo. Elas prestam serviços ao associado (Lei n. 5.764/71, art. 4º).

O rol legal previsto no art. 2º, I, *b* é o seguinte:

a) cooperativas sociais (Lei n. 9.867/99);

b) integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social;

c) alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda;

d) voltadas para o fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural;

e) capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

A enumeração legal não segue um critério objetivo, sendo mais um apanhado que se impôs em formato de lei apenas por decisão política. Prova disso está no item 'e' supra, que serve como norma genérica, de fechamento, que abarca naturalmente as demais hipóteses, as quais praticamente ganham contorno exemplificativo. Não fosse essa norma de encerramento, haveria dúvidas quanto à constitucionalidade do dispositivo, por ofensa ao princípio da isonomia (falta de razão fática concreta para tratamento desigual entre cooperativas com outros escopos de igual interesse público e social).

### *6.3. As organizações religiosas*

As organizações religiosas foram consideradas pessoas jurídicas pela Lei n. 10.825, de 22.12.03, que acrescentou o inciso IV ao art. 44 do Código Civil. O §1º desse art. diz que "São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento." Essa liberdade não desincumbe as organizações religiosas do dever legal de registrar seus estatutos, na forma preconizada pela lei civil (Código Civil, arts. 45 a 52; Lei n. 6.015/73, art. 114, I. Esta

última lei – lei dos registros públicos – utiliza nomenclatura antiga, referindo-se às sociedades pias e religiosas).

Não há definição legal do que seja organização religiosa, ficando a sua caracterização a cargo da interpretação das palavras "organização" e "religiosa". A organização religiosa é aquela que desenvolve suas atividades de acordo com os ensinamentos de uma religião ou cuja atividade principal é a profissão desta religião. A religião é a "crença na existência de um poder ou princípio superior, sobrenatural, do qual depende o destino do ser humano e ao qual se deve respeito e obediência" e também é o "sistema de doutrinas, crenças e práticas rituais próprias de um grupo social, estabelecido segundo uma determinada concepção de divindade e da sua relação com o homem; fé, culto".[85] Por seu turno, a palavra "organização" significa simplesmente a articulação ordenada de certos elementos. Conjugando os termos no contexto do dispositivo legal, a organização religiosa é um grupo de pessoas, dotadas de personalidade jurídica, que se unem de modo estável para comungarem e professarem certa concepção particular de fé.

As organizações religiosas incluem tanto instituições complexas, como as igrejas, quanto outras mais simples, como movimentos confessionais diversos, nomeados antigamente como sociedades pias. Juridicamente, o que importa é que elas podem ser estruturadas internamente com total liberdade (Código Civil, art. 44, §1º), ou seja, possuem autonomia na auto-organização, na estruturação de seus órgãos e funções.

O art. 19, inciso I, da Constituição, veda às pessoas políticas estabelecerem cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Está na ressalva do dispositivo a autorização para o estabelecimento de parcerias entre o Estado e organizações religiosas. Para adequar-se ao preceito constitucional, a Lei n. 13.019/2014 determina que essas entidades se "dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos" (art. 2º, I, *c*). As três grandes vertentes religiosas do mundo – o islamismo, o judaísmo e o cristianismo – cultivam ensinos morais que se exteriorizam pelo auxílio desapegado ao próximo. Quando essas manifestações se traduzem em ações práticas há uma convergência salutar com os objetivos do próprio Estado. Daí a razão pela qual essas

---

[85] *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*, verbete "religião". Disponível em: <http://www.houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 05 jun. 2016.

alianças são proveitosas, pois levam ao mesmo objetivo de elevar o bem-estar das pessoas, diminuindo-lhes os sofrimentos e emancipando-as pela educação.

O que interessa ao Estado é apenas o trabalho exterior, objetivo, levado a efeito pela organização; o fato do trabalho estar alicerçado na fé particular do grupo é secundário, não podendo haver contaminação. Isso significa que o objeto da parceria tem que estar completamente desvinculado de qualquer proselitismo religioso, ou seja, a parceria não pode ser pretexto para sobrepor o interesse público à doutrina de fé professada. Ainda que atividades essencialmente religiosas sejam inseridas no bojo de atividades compreendidas no objeto da parceria, elas devem ser substancialmente acessórias, complementares, e o público atendido deve ter completa liberdade para não participar delas, resguardando sua própria crença espiritual (ou ausência dela).

Em síntese, podem caracterizar-se como OSC fundações, algumas organizações religiosas (quando se dediquem a atividades de interesse público e de cunho social), associações de qualquer espécie (de benefício mútuo e público), algumas cooperativas (as sociais e as que congreguem ou atendam a pessoas em situação de vulnerabilidade social).

Dessa enumeração, extrai-se que as OSC são destinatárias de medidas estatais de fomento social. Não se pode dizer que elas se limitem ao terceiro setor, pois acolhem entidades de benefício mútuo, organizações religiosas e cooperativas, que não costumam ser nele inseridas. Daí ser incorreto dizer que a Lei n. 13.019/2014 trata exclusivamente de parcerias com o terceiro setor, ou seja, ela não pode ser vista apenas como de estímulo ao terceiro setor, mas instrumento mais amplo de indução direta à satisfação de direitos fundamentais por colaboração com larga parcela da sociedade. Para tanto, pinçou algumas entidades da sociedade civil cujo ponto de identidade é a finalidade não lucrativa de suas atividades.

## 7. Fomento social e colaboração: o escopo das parcerias com OSC

Defende-se que as parcerias com organizações da sociedade civil, inauguradas pela Lei n. 13.019/2014, têm por escopo estribar relações jurídicas de fomento social e colaboração, não sendo meio adequado para delegação de serviços públicos. Cabe aqui indicar brevemente: (i) o que entendemos por fomento social, (ii) compreender a colaboração como uma de suas hipóteses e (iii) demonstrar a razão pela qual a referida lei

das parceiras acolhe relações de fomento social e colaboração, não estando apta a embasar concessão de serviços públicos.

*Fomento social.* Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, o "*fomento público social* tem como seu destinatário direto o *homem* e envolve a multiplicação de instrumentos de amplo alcance coletivo destinados a elevá-lo, orientá-lo, auxiliá-lo para o desfrute de uma vida condigna e produtiva em uma sociedade livre e educada."[86] Ainda que nos dê uma diretriz, essa definição parece muito genérica e, por isso, pouco útil cientificamente, necessitando ser restringida.

Não existe nitidez na diferenciação entre atividade econômica e atividade social. Algumas atividades organizam determinados elementos que permitem caracterizá-la como atividade empresarial (trabalho e capital), sobretudo pela finalidade: obtenção de lucro. Atividade social seria, por exclusão, aquela que não visa lucro, no sentido de não se objetivar a apropriação individual de resultados. No que tange à essência da atividade em si, não há diferença alguma. Significa dizer que educação, cultura, saúde, esporte, lazer, ciência (e tantas outras) podem ser desempenhadas tanto como atividade empresarial, delas extraindo-se lucro, como podem ser desenvolvidas sem esse objetivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos não estão estruturados para (ou são proibidos de) exercer atividade empresarial lucrativa, ao menos enquanto atividade principal sua (o que significa que podem exercê-la de modo auxiliar, com vistas a robustecer seu objetivo social primordial). Já as sociedades empresárias, ao reverso, estão talhadas para exercício de empresa, enquanto atividade principal viabilizadora de lucro, sendo este o objetivo final do empreendedor.

Disso decorre o seguinte: sociedades empresárias executam empresa como atividade principal e visam ao lucro como escopo principal; aquelas acima citadas desenvolvem qualquer atividade (desde que não vedada ou restrita às sociedades empresárias, como atividade bancária e securitária, por exemplo), mas sem escopo lucrativo, o que significa dizer que seus excedentes financeiros são reempregados na manutenção financeira de sua atividade, e não distribuídos entre associados, empregados, sócios, diretores, conselheiros etc.

---

[86] *Curso de direito administrativo*, p. 588.

As diferenças, então, dizem respeito fundamentalmente à natureza jurídica da pessoa jurídica (associação, fundação, organização religiosa, ou sociedade empresária) e ao destino dado aos seus excedentes financeiros (distribuição ou reaplicação do lucro). Só nisso se pode separar atividade econômica de atividade social.

À vista desta singela separação, o fomento social é aquele que se destina às associações, fundações, organizações religiosas e algumas cooperativas para robustecer sua atividade principal, enquanto que o fomento econômico é aquele destinado às pessoas jurídicas dedicadas precipuamente à atividade empresarial, dela extraindo lucro para distribuição. Apenas a interpretação do texto normativo poderá desvendar se a norma fomentadora é de índole econômica (ou seja, vai estimular diretamente os fatores de produção, os elementos em torno dos quais se forma a empresa) ou social (encorajando o escopo primordial não lucrativo de pessoa associativa, fundacional, organização religiosa ou cooperativa).

Por essa perspectiva, em princípio, não é a atividade em si sobre a qual recai o fomento que vai predicá-lo como econômico ou social[87], mas a natureza da entidade que vai recebê-lo. O texto constitucional trata do fomento em vários momentos distintos. A sua leitura revela a função fomentadora quando o texto emprega palavras como fomento[88], cooperação[89], incentivo[90], apoio[91], estímulo[92], favorecimento[93], promoção[94]. Nas várias

---

[87] Floriano de Azevedo MARQUES NETO afirma: "Ponto fundamental para a compreensão do fomento estatal é observar ser possível que fins de interesse público sejam alcançados por meio da execução de atividades econômicas, inclusive sob a incidência de um regime privado. *A configuração de uma atividade como estritamente econômica não obsta que ela tenha relevância para a sociedade e gere benefícios e desenvolvimento sociais.* Do mesmo modo e mais especificamente, a busca pelo lucro não se opõe ao alcance de fins de interesse público e não afasta, de per si, a relevância social de uma atividade econômica." (*Fomento*, p. 419). É também a opinião de Marcus Orione Gonçalves CORREIA: "A Constituição de 1988 separa, ainda que apenas na sua estruturação formal, as ordens social e econômica, reservando títulos distintos a cada uma delas. No entanto, isto não nos parece significar que, na perspectiva hermenêutica, ambas devam ser lidas de forma a se distanciarem uma da outra." (Comentário ao artigo 193, In: *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1893). Eros Roberto GRAU explica: "...a alusão a uma *ordem econômica e social* ou a uma *ordem econômica* e a uma *ordem social* reproduz o equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição..." (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 69).

[88] Art. 23, VIII; art. 165; art. 216, §6º; art. 216-A, §1º, III; art. 217; art. 218, §5º.

[89] Art. 29, XII; art. 43, §3º; art. 216-A, IV.

[90] Art. 7º, XX; art. 43, §§2º e 3º; art. 151; art. 155, XII; art. 156, §3º, III; art. 172; art. 174; art. 179; art. 180; art. 187; art. 205; art. 215, §1º; art. 216; art. 217, II, IV, §3º; art. 218, §§3º, 4º e 5º; art. 219; art. 227, §§1º, 3º, VI.

[91] Art. 174, §2º; art. 204, parágrafo único, III; artigo 213, §2º.

[92] Art. 174, §2º; art. 218, §4º; art. 227, §3º, VI.

[93] Art. 170, IX; art. 174, §3º.

[94] Art. 23, IX e X; art. 174, §3º; art. 180; art. 196.

situações em que trata do fomento, a Constituição não faz distinção entre atividade empresarial lucrativa e atividade social não lucrativa.

A diferença caracterizadora da espécie de fomento será, então, evidenciada pela própria norma de fomento, o seu caráter prestante ora ao incentivo da função produtiva, ora ao incentivo da função social (distributiva-satisfativa).

Alguns instrumentos de fomento são, de fato, restritos a atividades desenvolvidas por entidades sem finalidades lucrativas, ou seja, circunscritos às atividades sociais (não empresariais). Para listar alguns exemplos: CF, art. 150, VI, 'c' e 195, §7º (imunidades tributárias); CF, art. 199, §1º (inviabilidade de subvencionar entidades privadas de saúde com fins lucrativos); CF, art. 204, I (colaboração para execuções de ações de assistência social); CF, art. 213 (direcionamento de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas); Lei n. 4.320/64, art. 21 (inviabilidade de transferência de capital, a título de auxílio, para empresas); Lei n. 9.637/1998 (organizações sociais) e Lei n. 9.790/1999 (organizações da sociedade civil de interesse público).

Não há diferenças substanciais em termos de instrumentos e técnicas de fomento. Tanto na atividade dita econômica, quanto na social são cabíveis medidas como incentivos fiscais (imunidades, isenções), créditos, subvenções, cessão de bens, cooperação e assessoria técnica, apoio jurídico, tratamento normativo e administrativo prioritário, diferenciado, favorecido. A diferença vai ser encontrada na natureza da entidade fomentada e no escopo do fomento. No caso do fomento econômico, objetiva-se incentivar a economia, favorecer certo setor, robustecer parcela do mercado, ao passo que, no fomento social, intenta-se satisfazer direta e imediatamente certos direitos fundamentais, individuais ou sociais através de entidades sem fins lucrativos. Assim, o auxílio ora recai sobre a empresa (atividade) lucrativa, robustecendo os elementos que orbitam ao seu redor (capital de giro, produto, insumo, mão de obra etc.), ora incide sobre atividade social de associação, fundação, cooperativa e organização religiosa.

Do que se expôs, é possível sustentar que o fomento social é toda medida de apoio e incentivo do Estado às atividades sociais promovidas pelas entidades privadas sem fins lucrativos (associações e fundações, majoritariamente) que desempenham ações de interesse coletivo. Ainda que desempenhem atividade econômica de modo acessório e secundário, o encorajamento estatal é focado, dirigido e justificado por sua missão institucional principal, que satisfaz diretamente interesses sociais da coletividade. O fomento social volta-se diretamente ao bem-estar do indivíduo ou da coletividade,

satisfazendo direitos subjetivos, individuais e sociais, ao passo que o fomento econômico se volta para o robustecimento, proteção, incentivo, favorecimento dos elementos da atividade econômica.

Como visto, o fomento social está fundamentalmente atrelado às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Não se exclui a possibilidade dessas entidades serem reflexamente beneficiadas com medidas gerais e impessoais de incentivo econômico, incidentes sobre atividades dessa natureza e desempenhadas acessoriamente. Essas medidas não perdem o caráter de fomento econômico. Haverá fomento social apenas e tão somente quando a medida tiver por escopo o incremento direto e imediato das atividades principais da pessoa privada não lucrativa, aquelas que compõem o seu objetivo social, constantes do seu estatuto.

Assim como outras leis marcadamente direcionadas para o fomento social (caso das já citadas Lei das OS e Lei das OSCIP), a Lei n. 13.019/2014, que trata das parcerias com organizações da sociedade civil, também partilha dessa natureza. É diploma vocacionado a disciplinar as relações de fomento social e colaboração.

*Colaboração como espécie de fomento*. Não é nítida a diferença entre fomento e colaboração, seja na prática, seja no plano jurídico. Pode-se dizer que o fomento envolve estímulo à atividade já desempenhada ou que virá a ser desempenhada exclusivamente pela entidade, enquanto que a colaboração envolve a realização de uma atividade comum cuja criação e execução é fruto da cooperação recíproca entre Estado e particular[95]. Talvez nisso haja espaço para diferenças de tratamento jurídico, justificando também a existência do termo de fomento e do termo de colaboração[96]. Porém, a relação de colaboração não deixa de estar contida na função de fomento, já que o Estado incentiva o particular a agir conjuntamente consigo. Há nessa relação todos os requisitos da atividade promocional, pois o Poder Público não obriga ninguém a contratar consigo, mas encoraja e estimula a cooperação.

---

[95] A exposição de motivos do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e Entes de Colaboração criou a figura do *contrato público de colaboração*, cujo objeto "tanto pode ser (a) fomento de atividade de relevância pública, como (b) a atribuição, à entidade de colaboração, da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, como (c) a execução conjunta de atividade estatal" A colaboração estaria presente nas duas últimas hipóteses.

[96] Para comparar as possíveis diferenças entre fomento e colaboração, ver Laís de Figueiredo LOPES, *Novo regime jurídico da lei n. 13.019/2014 e o decreto federal n. 8.276/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do estado com organizações da sociedade civil*, p. 49-50.

Mesmo no caso da colaboração, a parceria não é instrumento idôneo para simples delegação de serviços públicos, inclusive os ditos sociais. A relação de colaboração instituída com a parceria envolve transferência, pelo Estado, de dinheiro, bens e servidores para o robustecimento de atividade já desenvolvida pela OSC ou a desenvolver conjuntamente, não sendo apta à transferência de serviços públicos.

*O escopo das parcerias é fomento e colaboração, não delegação de serviços*. A leitura da Lei n. 13.019/2014 não permite extrair qualquer possibilidade de utilização da parceria para delegação de serviços. As razões para isso são as seguintes: 1) a Lei n. 13.019/2014, no seu art. 1º, caracteriza as parcerias como instrumento de "mútua cooperação" para execução de "atividades" e "projetos". Onde há cooperação mútua não haverá transferência de serviço público; e serviço público não é sinônimo de "atividade" ou "projeto", palavras mais genéricas e amplas; 2) os três tipos de pactos que podem instrumentar a parceria denunciam não ser o caso de transferência de serviços públicos, já que, na sua denominação, empregaram-se os vocábulos fomento, colaboração e cooperação; 3) os convênios e contratos do SUS com entidades filantrópicas, onde pode haver transferência de serviços públicos, ficou de fora da Lei n. 13.019/2014 (art. 3º, IV); 4) as parcerias são as sucessoras dos convênios, sobre os quais a doutrina majoritária firmou a lição de que não são negócio apto à transferência de serviços públicos; 5) lendo a nova lei das parcerias, não se extrai uma menção sequer autorizando a delegação de serviços públicos.; 6) a lei das parcerias adotou caminho um pouco distinto do trilhado pelo Anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal, através do qual o *vínculo de colaboração* pode ter por objeto *fomento*, atribuição da *execução de ação ou programa de iniciativa estatal*, de relevância pública, e *execução conjunta* de atividade de relevância pública (art. 74, I, II e III – grifo nosso).

Em virtude do exposto nesse item, as medidas de controle previstas nesse novo diploma normativo – objeto principal deste estudo – incidem, portanto, sobre a função estatal de fomento social (e colaboração). Elas fazem parte da disciplina desta função, o que significa dizer que devem ser interpretadas de acordo com os objetivos e finalidades constitucionais dessa específica função estatal.

Como a função fomentadora-colaborativa envolve justamente apoio e cooperação recíproca, também o controle deve desempenhar papel mais pedagógico que punitivo, mais orientador que limitador, mais focado em resultados do que em processos e formalismos, e

sempre levar em consideração o fato de a organização da sociedade civil não pertencer aos quadros da Administração Pública.

# CAPÍTULO 2. HISTÓRICO E PANORAMA DOS CONTROLES DAS RELAÇÕES DE PARCERIA COM O TERCEIRO SETOR

## 1. Delimitação da noção de controle

Este trabalho examina parte do controle sobre as parcerias com OSC. Dentre várias definições possíveis, é imprescindível definir o que seja controle para os fins deste trabalho, ou seja, delimitar o alcance de significado que a palavra terá aqui. Essa delimitação não exclui outras, servindo apenas para recorte científico do objeto de análise.

Segundo José dos Santos CARVALHO FILHO:

> "O termo *controle* origina-se do latim *contra*, preposição com o mesmo sentido atual, e *rotulus*, que significa *rolo*, *escrito*, *registro*. Com a junção dos termos, a ideia consistia na ação de verificar os escritos e as contas dos registros, ou rolos. Pode observar-se que o sentido latino não se alterou muito e até hoje a noção de controle envolve a de verificação, de fiscalização, de tomada de contas."[97]

No seu sentido vulgar, controlar é submeter a exame e vigilância, fiscalizar, monitorar, exercer ação restritiva, conter, regular, exercer poder, autoridade sobre algo.[98]

Articulando essas palavras, o controle pode ser caracterizado como o exercício de um poder ou autoridade para vigiar, conter e regular alguma coisa, restringindo-a. Há um sentido negativo de tolhimento, contenção, limitação, um contraponto à liberdade.

Em direito, a palavra assume esses mesmos significados. Em direito empresarial, fala-se em poder de controle para se referir à capacidade do acionista de dirigir os negócios da sociedade anônima (Lei n. 6.404/76, art. 116). Já em direito administrativo, ela compreende a atividade de fiscalização da atuação da Administração Pública, sendo conceituada como a "verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete,

---

[97] *Controle da administração pública e responsabilidade do estado*, p. 27 (grifos no original).

[98] *Grande Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, verbete "controlar". Disponível em: <http://www.houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 05 jun. 2016.

do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente"[99].

No controle, alguém se debruça sobre um ato ou atividade da Administração Pública para comparar o que foi feito, ou o que se pretende fazer, com o que uma norma jurídica prescreve, ou seja, como *deve ser* feito. Essa avaliação da conformidade, compatibilidade, adequação, pertinência quase sempre é desenvolvida através de um caminho com etapas pré-definidas (procedimento). O poder de fiscalizar é exercido pelo manejo de determinados instrumentos outorgados para escrutinar o ato e dele extrair as informações relevantes. Por fim, o resultado dessa ação verificadora pode ser a adoção de alguma *medida* que traga consequência para o ato ou para as pessoas ligadas a ele.

Embora a doutrina se refira correntemente ao controle *da Administração Pública*, o âmbito subjetivo desta função não se limita às pessoas jurídicas de direito público interno, mas também envolve as atividades privadas que, de alguma maneira, estejam abrangidas pelos mecanismos jurídicos de controle do interesse público, normalmente por receberem recursos públicos ou estabelecerem alguma relação jurídica com o Estado.

Assim, falar em controle da Administração Pública deve significar a fiscalização dos negócios públicos, sejam eles realizados por entes reconhecidos como pertencentes à Administração Pública, sejam por particulares em colaboração com o Estado, portadores de algum título legitimador.

O controle está em função da necessidade de proteção da *res publica*. É esse aspecto objetivo que justifica sua existência e funcionamento, pouco importando a natureza subjetiva do ente. Tanto que a Constituição fala que "[p]restará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária" (art. 70, parágrafo único).

A confusão poderia instalar-se porque vem de longa data uma certa associação entre o *público* e o *estatal*. O que é do Estado seria público; o resto, seria negócio particular. Porém, a dinâmica da evolução social vem abalando constantemente essa associação. Cada vez mais o Estado, para executar missão de interesse coletivo, participa de negócios privados, cria entes privados ou se alia a estes em colaboração.

---

[99] Odete MEDAUAR, *Controle da administração pública*, p. 32. O conceito de controle da Administração Pública dado por José dos Santos CARVALHO FILHO é bastante similar: "*conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder*." (*Manual de direito administrativo*, p. 975 – grifo no original).

Tratando-se o controle de um poder jurídico, há sujeição daquele que sofre a fiscalização. Supondo pudesse repudiá-la a seu talante, não haveria verdadeiro controle. Essa sujeição pode ter várias fontes, como a lei, o ato administrativo ou o contrato.

No plano jurídico, ainda que o ordenamento não preveja a adoção de certa *medida* de controle que provoque alguma transformação *direta* no ato ou na esfera de interesses das pessoas a ele ligadas, sempre envolve alguma consequência jurídica, mesmo que indireta. Não fosse assim, não estaríamos diante de um poder jurídico, mas de um ato juridicamente irrelevante, ou mesmo de uma exortação moral dirigida ao faltoso. Assim, no controle social, por exemplo, o simples e legítimo pedido de informações ou requerimento de cópia de documentos, endereçado à Administração Pública, gera a obrigação de atendimento. O desatendimento, por si só, já torna a situação ilegal, autorizando medidas corretivas. É certo que a situação principal que se pretendia examinar não pôde ser escrutinada em razão da recusa. Contudo, a negativa do órgão público gera consequências secundárias que também estão contidas no amplo leque do controle.

Além disso, o controle pressupõe, quase sempre, alteridade, ou seja, o exame de ato alheio e não próprio. O autocontrole é possível e frequente, mas não tem importância jurídica, salvo nos casos de provocação alheia para autocorreção. O ato dolosamente equivocado não será corrigido ou denunciado, a não ser diante de uma crise de consciência. O ato negligente, imprudente ou imperito que causou lesão ao bem jurídico também tem poucas chances de ser corrigido, pois a vergonha e o orgulho o impedem. Mesmo nos casos em que há revisão, frequentes vezes não se conhecem as razões que a motivaram (especialmente nos atos discricionários). É por isso que o controle envolve pluralidade de partes: uma fiscaliza o que a outra fez (ou deixou de fazer), faz ou fará, dando azo à correção/punição.

A alteridade do controle, no seu aspecto objetivo, significa que esse trabalho é independente e autônomo em relação à atividade fiscalizada, tendo objetivos, finalidades e consequências distintas desta. Ele até pode ser incidental, acessório, pontual, atuando no bojo da ação fiscalizada. Contudo, não é elemento integrante seu, já que se exaure na avaliação de conformidade e imposição de alguma medida. Um exemplo aclara a explicação: a homologação da licitação é o ato por meio do qual a autoridade aprova o procedimento de licitação. Neste momento do procedimento, sendo verificados vícios de legalidade, a autoridade poderá anular o procedimento ou determinar seja a falha sanada (tudo a depender da gravidade da situação).

O controle de legalidade exercido pela autoridade é incidental no processo licitatório. Esse exame, conquanto essencial por sua importância, não está inserido no processo licitatório com o fim principal de eleger a pessoa com quem a Administração irá contratar; o controle auxilia neste objetivo, mas acessoriamente, pois sua missão última é examinar o processo e corrigir alguma falha nele encontrada.

Atingido esse escopo, a atividade estará exaurida. A homologação em si é que está diretamente destinada ao escopo último da licitação, quando se aprova tudo o que foi feito até então para dar continuidade ao certame (com a adjudicação do objeto e assinatura do contrato); o controle é exercido apenas *no momento* da edição deste ato. Poderia ser exercido antes dele (durante o julgamento de recurso) ou mesmo depois (quando se constata falha insanável).

Prova última desse caráter incidental e acessório do juízo de conformidade é que, muitas vezes, na prática, ele é implícito, pois a homologação é ato que se materializa, corriqueiramente, por fórmula padrão ("homologo a licitação tal e, por consequência, adjudico o objeto..."), de sorte que a lisura do certame é pressuposta.

Em síntese, o controle é atividade que, embora possa se desenvolver muito próxima da ação controlada, é distinta desta, tendo autonomia nos meios e nas finalidades.

Esse aspecto objetivo da alteridade do controle deve ser enfatizado para se ter clareza na identificação do que é e do que não é atividade de controle. É a finalidade última do ato que vai definir a natureza da atividade como de controle ou não. As normas legais que disciplinam os requisitos de aferição da capacidade econômico-financeira e técnica dos licitantes têm por finalidade última examinar quem tem condições de se habilitar à futura celebração do contrato. São normas que servem a essa finalidade específica e principal da licitação (contratação com terceiros). Ainda que elas sirvam para 'controlar' ou 'examinar' a regularidade de certos aspectos relevantes dos licitantes, não são regras de controle senão num sentido muito amplo da palavra, significando disciplina normativa do assunto. Haverá verdadeiro controle quando alguém se debruçar, em caráter autônomo e independente, sobre esse momento da licitação para investigar se tais regras foram efetivamente aplicadas tal qual determina a lei.

De fato, tanto a norma aplicável a determinada função da Administração Pública, quanto a norma que respalda o controle sobre o exercício desta mesma função podem convergir para o atendimento de um mesmo conjunto de princípios e valores superiores,

como o respeito à moralidade, à isonomia, à eficiência. Entretanto, na sua aplicação, elas seguem caminhos separados: a função executiva, na sua acepção clássica, é compreendida como a concretização da norma para satisfação dos interesses coletivos, ou seja, a norma prescreve como essa atividade vai ocorrer; a função de controle, por seu turno, tem por objeto essa própria atividade, aferindo se ela realmente seguiu as prescrições da lei.

A métrica de ambas as atividades é a mesma. Ambas seguem a legalidade. Contudo, a métrica do administrador é empregada como paradigma para a execução correta da sua atividade de satisfação do interesse público, enquanto essa métrica, para o controlador, é utilizada como instrumento para aferir a correção daquela atividade realizada pelo administrador. A finalidade do administrador é concretizar a vontade da lei, ao passo que a finalidade do controlador é indagar da lisura e correção dessa ação executiva.

Como consequência dessa distinção, não tem natureza de controle – ao menos na acepção que se adota neste trabalho - toda sorte de normas voltadas ao regramento direto e imediato de parcerias do terceiro setor com o poder público, ainda que tenham por finalidade última garantir objetividade, isonomia, probidade nesse relacionamento. Não são de controle, portanto – para os fins deste trabalho -, as regras que tratam do planejamento prévio à celebração dessas parcerias, do processo de credenciamento de entidades, do seu processo de seleção, dos requisitos para celebração da parceria, da forma de execução do seu objeto e como será encerrada.

O controle, aqui, não reside na disciplina jurídica específica de certo objeto a ser tutelado pelo administrador, mas nos mecanismos previstos, instrumentos utilizados, órgãos envolvidos e medidas impostas para investigar como esse objeto é, foi ou será tutelado pelo administrador.

Não se pode, então, confundir o regime jurídico de certa atividade com o regime jurídico do controle exercido sobre essa atividade. É até possível e aceitável conceber a existência de relação de continência entre um regime e outro, ou seja, que o regime de controle seja uma parte do regime geral da atividade, assim disciplinada no bojo de um mesmo diploma legal ou de um mesmo sistema normativo. Entretanto, as normas de controle pertencentes ao subconjunto mantêm sua autonomia em virtude de sua peculiar natureza e distinta finalidade, não podendo ser confundidas com as normas destinadas à disciplina geral da atividade controlada, que, no presente estudo, é o vínculo de colaboração denominado parceria.

Essa diferença não significa que os dois regimes sejam incomunicáveis. A disciplina do controle pertence ao sistema normativo de regência das parcerias, articulando-se com as demais normas. Além disso, mesmo que o controle se debruce sobre a ação examinada, mantendo certa distância dela, servindo como instrumento para sua análise, o produto desta atividade em algum momento vai se integrar àquela. Isso ocorre por ocasião da imposição ou acolhimento da medida que surge como consequência do controle: a implantação do que foi sugerido, a acolhida da recomendação, a revogação do ato, a sua anulação, a sua convalidação, o saneamento de certa falha, a imposição de alguma punição ou mesmo o reconhecimento da correção da ação. É aí que está a utilidade da função de controle.

Chegando a esse ponto, fixa-se como objeto de análise desta dissertação apenas o *regime jurídico de controle das parcerias*, assim entendido o conjunto de normas, princípios e diretrizes da atividade de fiscalização e imposição de medidas sobre esse particular domínio da atividade da Administração Pública, que é o das relações de parceria firmadas com as OSC para finalidades comuns de interesse público. A análise do regime jurídico geral das parcerias é verificado para contextualizar a disciplina do controle, extraindo as normas que a comandam e conformam.

Esse regime jurídico do controle que se pretende identificar, descrever e analisar pode ser bipartido (apenas para fins metodológicos) em subjetivo e objetivo. No seu aspecto subjetivo, envolve as pessoas, dentro e fora da Administração Pública, que têm por dever ou a faculdade de colocá-lo em marcha, ou que estão submetidas a ele. No aspecto objetivo, ele se concretiza por intermédio de procedimentos e métodos próprios, os quais indicam os poderes do controlador, os instrumentos de que pode se valer, o momento do seu emprego, a forma ritual de sua execução, os resultados que podem ser alcançados e as consequências daí resultantes (medidas).

## 2. O controle do convênio público-privado antes da Lei n. 13.019/2014

O convênio público-privado é o antecessor imediato das parcerias de que trata a Lei n. 13.019/2014 (se não considerarmos o contrato de gestão da Lei n. 9.637/1998 e o termo de parceria da Lei n. 9.790/1999). Logo, é útil conhecer minimamente as regras de

controle nele previstas para fins de comparação com aquelas criadas pela Lei n. 13.019/2014.

A Constituição de 1988 já explicitava o controle de recursos públicos transferidos a particular por convênio. Segundo o texto constitucional, tem o dever de prestar contas toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o ente público responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária (CF, art. 70, parágrafo único c.c. o art. 75). O particular que receba recursos públicos para alguma das finalidades acima mencionadas está submetido ao sistema geral de controle instituído pela Constituição, podendo ser chamado a prestar contas do seu emprego.

No plano do controle externo, os tribunais e cortes de contas têm atribuição constitucional para apurar o emprego dos recursos públicos por particulares quando estes derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (CF, art. 71, II, c.c. o art. 75). Pouco importa a razão pela qual tais recursos chegam às mãos do particular, a natureza pública do recurso atrai a incidência da norma.

Já o sistema de controle interno de cada ente federativo tem por missão, dentre outras, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração de cada ente, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, art. 74, II, c.c. o art. 75).[100]

O convênio sempre foi o instrumento comumente utilizado para embasar parcerias de finalidade colaborativa com particulares. O art. 82 do Decreto-lei n. 2300/86 (com a redação dada pelo Decreto n. 2.348/87) mandava aplicar aos convênios e outros atos congêneres o tratamento que dava aos contratos por ele disciplinados, no que fosse cabível. Estabelecia-se o mero controle de despesas feito pelo Tribunal de Contas da União, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução do objeto, nos termos do controle interno (art. 79,

[100] Em nível federal, o sistema de controle interno do poder executivo federal é previsto na Lei n. 10.180/01. Esse sistema tem como uma de suas finalidades comprovar a legalidade a avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 20, II). Para isso, aos órgãos e unidades do sistema de controle compete realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados (art. 24, VI) e apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais e, quando for o caso, comunicar à unidade responsável pela contabilidade para as providências cabíveis (art. 24, VII). O Poder Executivo Federal conta com o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (Lei n. 10.683/03, art. 25, X).

caput).

Além disso, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica podia representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação do decreto-lei (art. 79, §1º). A regulamentação quanto à prestação de contas ficava a cargo de normas inferiores, no plano do controle interno, e através de instruções expedidas pelo próprio Tribunal de Contas da União (art. 79, §2º).

A Lei n. 8.666/1993 sucedeu o Decreto-lei n. 2.300/86 e dispôs, tal como o diploma anterior, que aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres aplicam-se as disposições da lei no que couber. Apesar dessa remissão genérica, a lei de licitações inovou ao trazer normas mínimas sobre a celebração e execução dos convênios (art. 116). As causas para suspensão dos repasses de parcelas dos recursos financeiros estão previstos no art. 116, §3º. Do que se depreende, é a autoridade do órgão repassador dos recursos, responsável pelo convênio, que adota a medida de controle, seja de ofício, seja acionada por algum integrante do sistema de controle interno.

Verdadeira norma de controle está prevista no art. 116, §6º, que diz: "Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de *tomada de contas especial* do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos" (grifo nosso).

Além das normas citadas, nenhuma outra de estatura legal foi produzida para reger o controle dos convênios, apenas normas infralegais. Dentre essas, ressalta-se o Decreto n. 6.170, de 25 de junho de 2007, que dispõe sobre normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse[101]. Nele, previu-se o seguinte: a indicação da forma pela qual a execução do objeto será acompanhada pelo concedente (art. 6º, I); a responsabilidade da autoridade administrativa máxima pela aprovação de contas (art. 6º-A, §2º, I); regras sobre procedimento da prestação de contas (art. 10, §§6º a 12); exigência de transparência quanto ao emprego de recursos públicos (art. 11-B, §3º) e execução da parceria (art. 13); previsão de tomada de contas especial caso não haja devolução de saldos de recursos não utilizados (art. 11-B,

[101] E antes deste Decreto, essa disciplina era dada pelo Decreto n. 93.872/86, arts. 48 a 57, que dispõe sobre a unificação de recursos de caixa do Tesouro Nacional. Ele ainda está em vigor.

parágrafo único).

Por fim, o art. 18 atribui aos ministros da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão a incumbência de editar ato conjunto para execução do decreto. Esse ato foi editado: trata-se, atualmente, da Portaria Interministerial n. 507/2011, que sucedeu a Portaria Interministerial n. 127/2008. Ele traz normas mais específicas e concretas para a plena execução dos convênios no plano federal.

No que tange ao controle, a Portaria Interministerial n. 507/2011 prevê as seguintes normas principais:

*Publicidade*: atos e procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial serão realizados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, aberto à consulta pública (arts. 3º e 4º);

*Acompanhamento e fiscalização*: cabe ao órgão concedente acompanhar e fiscalizar a execução do objeto, atividade que consiste na verificação do cumprimento das disposições contratuais (art. 5º, II, *f* e §2º; 6º, §§4º e 5º); livre acesso dos servidores ou entidades concedentes e do controle interno a documentos, processos e informações referentes aos instrumentos de transferência (art. 43, XVI e XX); a execução será acompanhada e fiscalizada de forma a garantir a regularidade dos atos praticados e a plena execução do objeto, respondendo o convenente pelos danos causados a terceiros, decorrentes de culpa ou dolo na execução do convênio (art. 65).

*Controle externo*: o órgão concedente deverá acionar os órgãos de controle ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade e, havendo fundada suspeita de crime ou de improbidade administrativa, deverá cientificar o Ministério Público (art. 6º, §3º); livre acesso dos servidores do Tribunal de Contas a processos, documentos e informações referentes aos instrumentos de transferência, bem como documentos e registros contábeis das contratadas (art. 43, XVI e XX).

*Prestação de contas*: a entidade que receber recursos está sujeita à prestação de contas; a ausência de prestação implica registro da inadimplência no SICONV; a prestação de contas se compõe do relatório de cumprimento do objeto, notas e comprovantes fiscais, relatório de prestação de contas aprovado e registrado no SICONV, declaração de realização dos objetivos a que se propunha o instrumento; relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos; relação dos serviços prestados; comprovante do recolhimento

do saldo de recursos; termo de compromisso para manutenção de documentação relativos ao convênio (arts. 73 e 74). A autoridade competente vai avaliar a prestação de contas em 90 dias com base nos pareceres técnico e financeiro expedidos pelas áreas competentes (art. 76). Não havendo aprovação, a autoridade competente deverá adotar as providências cabíveis para a regularização da pendência ou reparação do dano, com instauração de tomada de contas especial (art. 76, §2º). A tomada de contas demanda notificação prévia da entidade sobre as irregularidades (art. 82, §4º). Não aprovadas as contas, será feito o registro da inadimplência no SICONV (art. 82, §3º, I).

*Controle social*: os convenentes deverão dar ciência da celebração ao conselho local ou instância de controle social da área vinculada ao programa de governo que originou a transferência; as entidades privadas sem fins lucrativos deverão notificar o conselho municipal ou estadual responsável pela respectiva política pública onde será executada a ação (art. 49).

### *2.1. Análise crítica do controle das relações de fomento e colaboração antes da Lei n. 13.019/2014*

Observando globalmente o conjunto de normas acima citadas, tudo levaria a crer que as relações de fomento e colaboração suportadas por convênios se submetem a controle amplo, minucioso e rigoroso. A Constituição determina submissão dos particulares que recebem recursos públicos aos mecanismos de controle por ela preconizados. Depois, vários são os ‘olhos’ a acompanhar as atividades de fomento, dentro e fora do Estado. Por fim, inúmeras são as espécies de instrumentos de verificação e outras tantas são as medidas possíveis de serem impostas à vista de situações não conformes (inscrição da entidade inadimplente no SICONV, ação de ressarcimento de danos ao erário, responsabilidade civil do agente público por ato de improbidade, juntamente com o gestor da entidade, eventual responsabilização criminal).

Contudo, esse controle não funciona bem na experiência concreta. Essa é a conclusão de análises feitas tanto pela doutrina, quanto pelo próprio governo. Esses diagnósticos fornecem material rico para identificar falhas na própria estrutura jurídica do controle, permitindo, a partir daí, aperfeiçoar a legislação. Por isso, nesse espaço, são apresentados alguns desses diagnósticos, os quais servem, principalmente, como ponto de

referência para a investigação de respostas defensáveis que confirmem ou infirmem a hipótese central do trabalho: o controle das parcerias com organizações da sociedade civil sistematizou-se e, com isso, aperfeiçoou-se.

Rodrigo Pagani de SOUZA, em sua tese de doutorado, que é referência no assunto, aponta quatro problemas fundamentais das normas de controle de repasses ao terceiro setor (não só por convênios, portanto): " a *lacônica disciplina legal da matéria* e a *instabilidade jurídica* ocasionada pela disciplina infralegal que lhe tem sido conferida; o *alcance ainda restrito das inovações importantes do final da década de 1990*; a *redundância perniciosa de regimes jurídicos*; e a *indefinição de foco no controle de meios ou no de resultados*."[102] Cada um desses quatro problemas são discutidos nos tópicos abaixo.

### *2.1.1. Disciplina legal lacônica*

Rodrigo Pagani de SOUZA chamou de 'regime das entidades conveniadas' um dos regimes de controle das transferências de recursos estatais ao terceiro setor (regime incidente sobre os convênios). Sobre esse regime, sua crítica é a de que:

> "... o seu principal sustentáculo ainda reside no art. 116 da Lei n. 8.666/1993, cuja cláusula estipuladora da aplicabilidade "no que couber" das disposições daquela lei aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres tem gerado, como se sabe, mais dúvidas do que soluções nos seus pouco mais de quinze anos de vigência. Sendo um regime jurídico firmado sobremaneira em âmbito infralegal, ele tem se mostrado bastante vulnerável – e, por isso mesmo, instável – diante das sucessivas alterações que sofre por iniciativa dos órgãos da administração pública que exercem poder normativo sobre a matéria (antes, a STN [Secretaria do Tesouro Nacional] por meio de instruções normativas; atualmente, três Ministérios em conjunto por meio de portarias

[102] *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 498.

interministeriais).”[103]

Os convênios sempre foram o instrumento majoritariamente empregado para ações de colaboração com particulares. Mais de 60% das transferências de recursos da União para particulares, entre 2009 e 2014, foi feita por intermédio de convênios.[104] Não há dúvidas de que as normas de controle contidas no art. 116 da Lei n. 8.666/1993 são insuficientes para reger a integralidade dos convênios, o que justificou a edição de outras normas, agora em nível infralegal. São elas, especialmente e na ordem: Instrução Normativa STN n. 1/1997, Decreto n. 6.170/2007, Portaria Interministerial n. 127/2008 e Portaria Interministerial n. 507/2011. Antes da própria lei de licitações, tratando mais dos impactos financeiros do convênio, havia o Decreto n. 93.872/86, ainda em vigor. São essas normas infralegais que, de fato, desenharam o sistema de controle dos convênios.

No mesmo sentido é a crítica de Natasha Schmitt Caccia SALINAS quanto aos termos de parceria com OSCIP:

> “Verifica-se, na seara de acompanhamento e avaliação de ações e projetos desenvolvidos por termos de parceria, a inexistência de um detalhamento normativo para operacionalizar o controle concomitante. Essas lacunas normativas provocam insegurança no setor público, que tende a se pautar pelos critérios estabelecidos na legislação que disciplina os convênios.”[105]

Discorda-se parcialmente dessas críticas. O fato de se tratar de normas que não foram postas no ordenamento jurídico através de lei em sentido estrito não lhes retira a autoridade normativa e não torna o sistema jurídico mais inseguro. Elas estão integradas à lei, respeitando-a e completando-a. Assim, não há razões concretas para crer que uma norma de hierarquia legal seria mais respeitada que estas inferiores. Ora, tratando-se de normas de controle, que têm por destinatários quase sempre o agente público e a entidade particular conveniada, pouco importa a sua hierarquia, desde que sejam normas que encontrem seu fundamento de validade naquelas que se põem acima delas no sistema normativo.

---

[103] *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 233.

[104] Secretaria-Geral da Presidência da República, *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*, p. 93.

[105] *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 165.

Também não parece que o caráter subalterno dos diplomas discutidos seja um ponto vulnerável pela suscetibilidade a sucessivas alterações. Veja-se que também as leis estão sujeitas a modificações constantes. Até a Constituição é objeto de seguidas emendas. E a mudança em si não é algo ruim; é desejável se atender a reclamos por seu aperfeiçoamento; não o é se atender a interesses outros que não os da coletividade. Talvez, o problema maior não seja a mudança em si, mas o caráter unilateral, pouco transparente e de certo modo autoritário com que essas normas habitualmente são produzidas, o que lhes retira a legitimidade, e justamente no campo das parcerias, em que seria de todo desejável o diálogo, já que regido pela noção fundamental do consenso. Porém, sob prisma estritamente dogmático, a forma atual de produção desta legislação está em consonância com o direito.

Observando as sucessivas modificações na IN n. 1/997, percebem-se duas coisas: 1º) elas aparentemente trouxeram aprimoramentos; 2º) a essência do regime de controle nela contido não foi tocada, sendo, inclusive transportada quase sem alterações substanciais para as Portarias Interministeriais ns. 127/2008 e 507/2011, que a sucederam.

Coisa diferente da qualidade do tratamento jurídico fornecido pelo sistema jurídico-positivo são as interpretações ao texto legal, ou seja, a compreensão da forma pela qual a lei deva ser aplicada, problema esse cujas soluções transbordam os limites da dogmática jurídica[106]. Como são vários os agentes de controle, externos e internos, uns tendo atribuição legal para escrutinar o trabalho dos outros, é natural que surjam dissonâncias e conflitos no diálogo institucional. Mas isso é algo normal e não deve causar estranheza aos profissionais do direito, habituados que estão com divergências no entendimento pretoriano dado às demandas. Entretanto, um mínimo de consenso é necessário para conferir segurança jurídica às relações de parceria. Essa segurança tem que partir de um conjunto uniforme de regras básicas, algo que, ao menos quanto aos convênios, não existe, já que a disciplina mais minuciosa do controle se dá, no plano federal, no nível infralegal, sem aplicação aos demais entes federativos.

---

[106] O problema da divergência de interpretações é grave e de consequências sérias na prática. Natasha Schmitt Caccia SALINAS, ao realizar sua dissertação de mestrado, entrevistou entidades do terceiro setor. Um dos graves problemas relatados por seus gestores foi justamente a divergência de entendimentos dos responsáveis pela análise de contas quanto à legitimidade de certas despesas. Um determinado órgão chegou, inclusive, a aceitar certo tipo de gasto como válido por ocasião da aprovação do plano de trabalho, para glosá-lo depois, quando da prestação de contas. A insegurança é evidente (*Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 218).

Nessa linha, os pontos realmente críticos são a aplicação do art. 116 da Lei n. 8.666/1993 apenas na esfera federal, e não nacionalmente, e o seu laconismo, não trazendo balizas mínimas quanto a procedimentos, conteúdo da prestação de contas, responsabilidades, agentes e consequências, matérias que deveriam ser tratadas na lei.

### *2.1.2. Alcance ainda restrito das inovações do final da década de 1990*

As inovações a que se refere Pagani são as introduzidas pelas Leis ns. 9.637/1998 e 9.790/1999, que trouxeram as figuras da organização social e da organização da sociedade civil de interesse público, respectivamente.

Segundo dados da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com base em dados de 2014 do SICONV, entre 2009 e 2013 foram celebrados 110 termos de parceria contra 8808 convênios[107]. A tabela abaixo detalha os dados:

| **ANO** | **CONTRATO DE REPASSE** | **CONVÊNIO** | **TERMO DE PARCERIA** | **TOTAL** |
|---|---|---|---|---|
| **2009** | 256 | 2445 | 39 | 2740 |
| **2010** | 379 | 2871 | 35 | 3285 |
| **2011** | 179 | 1356 | 9 | 1544 |
| **2012** | 108 | 1134 | 16 | 1258 |
| **2013** | 63 | 1002 | 11 | 1076 |
| **TOTAL** | 985 | 8808 | 110 | 9903 |

Como se vê, o número de termos de parceira celebrados no período representa pouco mais de 1% do volume de convênios firmados.[108]

As razões para o modelo das OSCIP não encontrar o sucesso almejado talvez sejam (1) o rigor maior da Lei n. 9.790/1999 no que tange a medidas de transparência e controle social (basta ver que, ao contrário do convênio, para a escolha da OSCIP, exige-se

---

[107] Secretaria-Geral da Presidência da República, *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*, p. 93.

[108] Natasha Schmitt Caccia SALINAS dá um retrato acurado dessa situação: "O número de termos de parceria celebrados com a União, no entanto, é inexpressivo se comparado com o de convênios, razão pela qual os atos administrativos emanados do poder executivo assumem papel principal na presente análise, pois são eles que "de fato" instrumentalizam a maior parte dos ajustes entre governo federal e terceiro setor no Brasil. Além disso, é possível observar que em não raras situações a União repassa recursos para uma OSCIP por meio da celebração de um convênio, e não um termo de parceria, não sendo aplicável, para aquele ajuste, os dispositivos normativos da Lei que instituiu as OSCIP, e sim os referidos atos normativos que tratam de convênios."

a realização de concurso de projetos); (2) a persistência do costume da Administração Pública de utilizar o vetusto regime dos convênios (já que pode optar por um ou outro) que, apesar das suas deficiências de tratamento jurídico-positivo, é de uso bem mais antigo e consagrado, trazendo maior segurança.

De fato, não se tratando de veículos de fomento obrigatórios, não houve real renovação do ordenamento jurídico, de modo que o "novo direito não quis se substituir ao velho"[109].

Quanto às organizações sociais, até dezembro de 2014, havia apenas 10 entidades privadas com essa qualificação em nível federal[110].

O modelo federal das OS provavelmente não emplacou porque (a) previa forte interferência na livre iniciativa do particular, através da previsão de conselho de administração obrigatoriamente composto por pessoas indicadas pelo poder público[111]; (b) competia com o modelo jurídico do convênio que, apesar das deficiências, era mais conhecido e mais simples; (c) foi inicialmente utilizado como instrumento da 'publicização', onde pessoas jurídicas da Administração Indireta foram extintas e, logo em seguida, recriadas já no âmbito privado, como organizações sociais. Logo, serviu mais como ferramenta de reconfiguração do poder público para satisfação do Plano Nacional de Reforma do Aparelho do Estado do que como efetiva lei de incentivo às atividades da ordem social; (d) a lei das OS sofreu contestação judicial no Supremo Tribunal Federal logo após sua edição, em 1998, mas a ação só foi efetivamente julgada em 2015, com acórdão publicado em 17 de dezembro de 2015.

Entretanto, ele acabou sendo replicado com razoável sucesso nos Estados e municípios, principalmente na saúde, para transferir unidades desse serviço a organizações sociais, como hospitais e unidades básicas de atendimento. Talvez o sucesso se deva ao

---

[109] Rodrigo Pagani de SOUZA, *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 239.

[110] *Ibid*., p. 79. São elas: Instituto de desenvolvimento Sustentável Mamirauá (IDSM), Centro de Gestão e Estudos Estratégicos CGEE), Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada (Impa), Associação Brasileira de Tecnologia Luz Síncrotron (ABTLuS), Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto (Acerp), Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (Bioamazônia), Instituto de Ensino e Pesquisa Alberto Santos Dumont e Centro Brasileiro de Pesquisa e Inovação Industrial (Embrapii).

[111] Razão pela qual, para alguns, as OS sequer fariam parte do terceiro setor. Sobre essa discussão, ver Janaína SCHOENMAKER, *Controle das parcerias entre o estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas*, p. 55-56.

fato de essas leis não exigirem a presença do poder público no órgão diretivo superior, resguardando a autonomia privada da entidade.[112]

### *2.1.3. Redundância perniciosa de regimes jurídicos*

O regime dos convênios convivia com os do contrato de gestão e do termo de parceria. Além deles, havia os chamados regimes especiais de credenciamento (lei da utilidade pública, lei das entidades beneficentes de assistência social). Todos esses regimes caminhavam paralelamente, com suas regras próprias, tornando o sistema de fomento social complexo. As três primeiras figuras (convênio, contrato de gestão e termo de parceria) nunca tiveram seus espaços delimitados, de modo que não há clareza acerca da finalidade de cada uma. Além disso, o tratamento normativo diferente para situações iguais ofende o princípio da isonomia.[113]

Não há o que acrescentar. A crítica é integralmente procedente. Talvez por conta dessa fragmentação normativa é que se tenha justamente convergido para um modelo nacional uniforme, que almeja corrigir esse problema, conferindo tratamento verdadeiramente uniforme para relações essencialmente iguais.

### *2.1.4. Indefinição de foco no controle de meios ou no de resultados*

O controle de meios é o controle *do* e *pelo* procedimento, avaliando fundamentalmente o gasto pela via contábil, enquanto que o controle de resultados é o controle do produto final da parceria.

Falar em indefinição do foco do controle pressupõe que deva existir uma hierarquia entre eles, onde um seja prioritário ou preponderante. Sob um ponto de vista exclusivamente teórico, os dois controles se complementam harmonicamente. Tanto que a

---

[112] É o caso da Lei Complementar n. 846/98, que cria a figura da organização social no Estado de São Paulo e não prevê que o conselho de administração seja formado por representantes do poder público.

[113] Rodrigo Pagani de SOUZA defende que "a legislação deveria cuidar para que situações iguais mereçam o mesmo tratamento, sob pena de a disparidade de tratamentos, sem fundamento razoável, agredir os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*) e da impessoalidade na administração pública (art. 37, *caput*)." (*Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 249).

Constituição fala em comprovar a legalidade e avaliar os resultados na aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II), sem preocupação com o foco.

A escorreita observância dos procedimentos naturalmente leva a bons resultados, porque o bom planejamento e a regularidade no emprego dos recursos são quase sempre suficientes para a conquista de efeitos positivos.

Assim, não parece problemático – repita-se, sob o ponto de vista da análise dogmática do direito posto anterior à Lei n. 13.019/2014 – que inexista uma preferência no aspecto a ser controlado. Essa falta de definição indica, antes de tudo, harmonia.

Os resultados parecem fazer parte natural do controle, sem que se sobressaiam ou sejam postos em segundo plano na legislação anterior à lei das parcerias. Há, por isso, uma diretriz implícita no ordenamento no sentido do equilíbrio entre procedimentos e resultado.

Quanto aos convênios, as metas a serem atingidas representam apenas uma das partes integrantes do plano de trabalho (art. 116, II, da Lei n. 8.666/1993).

No contrato de gestão e no termo de parceria, os resultados atingidos são avaliados por comissão de avaliação (Lei n. 9.637/1998, art. 8º, §2º, e Lei n. 9.790/1999, art. 11, §1º).

A Lei n. 4.320/64 fala que o valor das subvenções sociais "será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os *padrões mínimos de eficiência previamente fixados*" (art. 16, parágrafo único – grifo nosso).

A própria Constituição, através da Emenda n. 19/98, acrescentou o princípio da eficiência ao rol de diretrizes reitoras da Administração Pública, o que, obviamente, se aplica às relações de colaboração.

Em síntese, existe um equilíbrio entre aferição de meios e resultados no direito posto. O que se poderia perguntar é se esse equilíbrio é bom para o atendimento do interesse coletivo ou se deveria haver preponderância de um controle sobre o outro.

A despeito da ênfase que se dê ao aspecto controlado, os problemas fundamentais do controle não estão relacionados tanto a possíveis deficiências jurídicas das normas que dão sustentação a essa atividade, mas sim à ineficiência e até mesmo descaso da Administração em relação ao seu dever de fiscalizar e analisar contas. Falta estrutura

humana e material para o correto desempenho da função de controle. Os agentes envolvidos no controle também carecem de treinamento para otimizar as análises de documentos, o que os torna inseguros e, por consequência, apegados ferrenhamente a formalismos despiciendos, já que temerosos de responsabilização pessoal.

Essas deficiências observadas na experiência cotidiana da atividade de controle provavelmente impeliram o legislador a decidir pela priorização do controle do resultado nas novas parcerias. Já adiantamos aqui que a positivação desta diretriz é boa por ter o condão de reequilibrar a função de controle, que fortemente pendeu para o exame apenas do gasto puro e simples, do procedimento, sem a mínima preocupação com as consequências sociais da relação de colaboração.

## 3. A Lei n. 13.019/2014

### *3.1. Histórico da lei e análise do caráter nacional das suas normas de controle*

A Lei n. 13.019/2014 parece ter sido impulsionada, de um lado, pelas deficiências do regime dos convênios e, de outro, por falhas graves de controle das parcerias com o terceiro setor, apontadas por duas Comissões Parlamentares de Inquérito.[114] O relatório da primeira enumera problemas gravíssimos observados durante a investigação e que demonstraram, à época, necessidade de modificações substanciais no controle das ONGs[115]. O documento alerta: "...observa-se, por conseguinte, que o crescimento de

[114] Fatos graves de corrupção envolvendo desvio de recursos públicos, praticados através de entidades do terceiro setor, justificaram a instalação de duas comissões parlamentares de inquérito no Senado Federal, denominadas CPI das ONGs. A primeira funcionou de fevereiro de 2001 a dezembro de 2002 e teve por objeto a apuração de denúncias da imprensa relativas à atuação irregular de ONGs em território nacional, bem como investigar a possível interferência delas em assuntos indígenas, ambientais e de segurança nacional, sobretudo daquelas que atuam na região amazônica. A segunda funcionou de 2007 a 2010 e teve como objeto a apuração da regularidade da transferência de recursos públicos para organizações não governamentais – ONGs – e para organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do exterior, a partir do ano de 1999 até a data de 8 de novembro de 2007. No relatório da primeira, ficou assentado: "Faz-se necessário construir um novo arcabouço legal que reconheça o caráter público de um conjunto estimado de 250.000 organizações da sociedade civil, para facilitar e multiplicar parcerias entre tais organizações e o Estado" (BRASIL, Senado Federal, *Relatório final da CPI 2001/2002*, p. 18).

[115] Tenta-se resumir aqui alguns desses problemas: entidades que não possuem certificado de entidade beneficente de assistência social ou que não são qualificadas como OSCIP e, mesmo assim, recebem recursos públicos; ONGs que, na verdade, são INGs (indivíduos não governamentais), pois representam simples expediente para que indivíduos garantam algum sustento pessoal; entidades que não possuem sede e associados; ONGs que se utilizam de violência para impedir o desenvolvimento nacional; ONGs que prestam

importância das ONGs não foi acompanhado dos imprescindíveis mecanismos de controle estatal, como demonstrado, quiçá devido à velocidade com que se deu a recente multiplicação desse fenômeno da pós-modernidade".[116]

Já no relatório da segunda (confeccionado, mas não aprovado), consta o seguinte diagnóstico dos principais problemas:

"a) ausência de critérios para escolha de entidades. Disso resulta o favorecimento de certas organizações, em prejuízo do princípio da impessoalidade e da moralidade da Administração, bem como a escolha de entidades sem preparo técnico ou estrutura para fiel cumprimento do convênio;

b) desvio de finalidade do objeto [do] contrato;

c) insuficiência dos mecanismos de controles interno e externo, capazes de prevenir, corrigir e reprimir os problemas oriundos da relação de parceria entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos".[117]

Conclui o relatório que o "problema recorrente da falta de regulação, fiscalização e controle precisa ser tratado urgentemente..." e a "solução para esses problemas passa pela edição de uma lei, em sentido estrito, disciplinando as parcerias firmadas entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos".[118]

Os extensos trabalhos da comissão (o relatório possui 1478 páginas) redundaram na elaboração de um projeto de lei que "Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público."

Os problemas apontados nas duas CPIs levaram à conclusão de que a legislação de regência das parcerias era insuficiente e precisava ser aperfeiçoada. Nesse sentido, surgiram no Senado Federal dois projetos de lei com esse objetivo: o PL n. 3877/2004 e o PL n. 649/2011. Eles foram amplamente debatidos com a sociedade. Na Câmara, o PL n. 649/2011 recebeu o número 7168/2014 e foi apensado ao PL n. 3877/2004. Após parecer

---

serviços piores que os anteriormente prestados por órgãos públicos; ONGs evitam qualificar-se como OSCIP para não terem que se submeter às medidas de transparência e controle social impostas pela lei; ausência de efetivo controle pelo poder público; indícios de fraudes, falta de responsabilidade e duvidosa eficácia dos gastos públicos; pulverização desordenada de projetos de ONGs; investida antidemocrática das ONGs para influenciar políticas públicas.

[116] BRASIL, Senado Federal, *Relatório final da CPI 2001/2002*, p. 33.

[117] *Ibid.*, p. 7/8.

[118] *Ibid.*, p. 8

favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, foi votado em plenário no dia 2 de julho de 2014, sendo sancionado pela presidente em 31 de julho de 2014, sob o número 13.019.

Inicialmente, o art. 88 da Lei n. 13.019/2014 previa vigência a partir de 90 dias de sua publicação. O prazo foi prorrogado para 360 dias pela Medida Provisória n. 658/2014 (convertida na Lei n. 13.102/2015) e, depois, para 540 dias pela Medida Provisória n. 684/2015.

Esta última MP foi convertida na Lei n. 13.204/2015, que promoveu sensíveis alterações no texto original, inclusive no que tange às medidas de controle, bem como estabeleceu sua aplicação obrigatória aos municípios a partir de 1º de janeiro de 2017 (art. 88, §1º).

Não parece haver dúvidas de que o novo estatuto é aplicável a todos os entes da federação. O seu art. 1º diz que a lei "institui *normas gerais* para as parcerias entre administração pública e organizações da sociedade civil..." (grifo nosso).

Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA defende que a União não poderia elaborar tal lei com aplicação nacional. Explica:

> "...não vislumbramos, em análise preliminar, autorização constitucional para a União elaborar normas gerais sobre parcerias entre as Administrações Públicas direta e indireta com entidades privadas sem fins lucrativos. Isto porque as referidas parcerias são instrumentalizadas por convênios (termo de colaboração ou termo de fomento) e não por contratos propriamente ditos.
>
> Não obstante a relativização ou a erosão da distinção entre os referidos instrumentos jurídicos, especialmente a partir da Lei n. 11.107/2005, que contratualizou o consórcio público formado entre entes federados, a doutrina, de forma geral, permanece firme na distinção entre os contratos e os convênios."[119]

A melhor interpretação do texto constitucional não dá respaldo a esse entendimento, pois é competência privativa da União editar "normas gerais de licitação e *contratação*, em *todas as modalidades*..." (art. 22, XXVII, grifo nosso). A utilização da

[119] *O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as Organizações da Sociedade Civil: aspectos relevantes da Lei n. nº 13.019/2014*, p. 395-396.

palavra ‘contratação’, ao invés de contrato evoca o ato amplo de celebrar negócios jurídicos administrativos geneticamente bilaterais, gênero que inclui o contrato administrativo e o convênio. Robustecendo essa conclusão, a expressão “todas as modalidades” refere-se tanto a licitação quanto a contratação, de modo que toda e qualquer forma de contratação pode ser objeto de normas de índole geral, aí incluídos os convênios[120]. Por último, ainda que a Constituição não deva ser interpretada segundo a lei (pois é esta que deve curvar-se aos ditames daquela), o convênio é modalidade de negócio jurídico que já tem tratamento por normas de índole nacional, que estão inseridas no art. 116 da Lei de Licitações, diploma que possui essa natureza.

A natureza de lei nacional da Lei n. 13.019/2014 é positiva. Num regime federativo, cabe à União disciplinar assuntos nacionais. E a Constituição optou por inserir a matéria das contratações públicas no plexo de competências legislativas do legislador nacional (art. 22, XXVII). As parcerias público-privadas de índole colaborativa para colaboração e fomento social ao terceiro setor são, inegavelmente, tema de interesse nacional. Tanto que a sociedade sempre se ressentiu da ausência de disciplina mais detalhada para os convênios, além de criticar a fragmentação legal do direito aplicável às organizações da sociedade civil.

Já a questão da intensidade desta disciplina geral frequentemente gera maiores controvérsias. No caso da Lei n. 8.666/1993, critica-se a sua invasão à esfera disciplinar de estados e municípios, padecendo de detalhamento incompatível com o escopo de uma lei geral.[121] À parte excessos pontuais flagrantemente violadores da harmonia federativa, não existem parâmetros normativos para se dosar a intensidade da regulação. Tanto é possível uma que defina apenas as diretrizes e princípios que vão orientar a produção de outras normas (‘lei-quadro’), quanto é viável uma normatização mais minuciosa quanto a prazos,

---

[120] Nesse sentido, Thiago MARRARA e Natália de Aquino CESÁRIO afirmam que “...a Constituição emprega a palavra “contratação”, o [sic] qual abarca desde a figura do contrato propriamente dito até os procedimentos que o circundam.” (*O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor?* p. 100). No mesmo sentido, ver Thiago Lopes Ferraz DONNINI, *Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na lei n. 13.019/2014*, p. 193, nota de rodapé 3.

[121] Segundo Marçal JUSTEN FILHO, a “interpretação da fórmula “normas gerais” tem de considerar, em primeiro lugar, a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. A competência legislativa sobre o tema não é *privativa* da União.” Mais adiante, acrescenta: “*norma geral* não é instrumento de restrição da autonomia federativa.” (*Curso de direito administrativo*, p. 338-339 – grifos no original). Ver ADI 927-3, em que o Supremo Tribunal Federal suspendeu a aplicação de parte do artigo 17 da Lei n. 8.666/93 por reputar ausente o caráter geral na norma contida no dispositivo, mantendo-a aplicável apenas à União Federal.

procedimentos, competências, responsabilidades etc., desde que não avance sobre a competência dos demais entes da federação.

Representativa de uma regulação mínima, mas universal, do primeiro tipo, seria aquela contida no Anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal. Rodrigo Pagani de SOUZA exalta esse modelo normativo em função da sua flexibilidade:

> "Note-se que uma característica marcante do regime proposto é a flexibilidade – flexibilidade quanto ao tipo de colaboração a ser estabelecido e às regras que regularão o processo de "chamamento público". Este processo, desde que norteado pelos ditames da publicidade, da motivação e do tratamento isonômico das entidades pretendentes à colaboração, poderá ter diversas conformações – podendo variar, entre outros aspectos, o número de parcerias que dele resultarão e os critérios a serem adotados para seleção de projetos. O objetivo de tal flexibilidade é permitir à entidade estatal a realização do processo de seleção que se afigura mais condizente com os objetivos almejados. Afasta-se o Anteprojeto de Lei, desta forma, da característica marcante da Lei n. 8.666/1993 que é a de fixar *a priori* – ou seja, independentemente do caso concreto – um cardápio rígido de procedimentos (modalidades de licitação), os quais devem ser adotados em função dos valores envolvidos em cada contratação e não podem ser flexibilizados em função das particularidades de cada caso concreto."[122]

Sem dúvida alguma, esse modelo mais aberto de legislação encarece a produção normativa de estados e municípios, embora seja rara no país. O que se constata na experiência pátria é que o federalismo construído historicamente entre nós culminou numa forte centralização de poder (material e legislativo) nas mãos da União, ao contrário do que ocorreu no paradigmático federalismo norte-americano. Ainda assim, ao menos em matéria de controle, é salutar que exista um corpo de normas mais detalhadas e uniformes quanto a temas como fiscalização e prestação de contas, pois existe um regramento do controle externo da União (pelo Tribunal de Contas da União e pelo Poder Legislativo) que deve ser reproduzido nos estados e municípios, e que, além disso, deve dialogar com o sistema de

[122] *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do estado na área da saúde*, p. 129.

controle interno de cada poder (CF, art. 70). Isso exige um mínimo de compatibilidade para que o intercâmbio ocorra sem discrepâncias.

O caminho trilhado pela lei das parcerias é similar àquele adotado pela lei geral de subvenções espanhola no que tange à intensidade (profundidade) e abrangência (amplitude) da disciplina, o que é bom, ante a larga experiência da Espanha em fomento estatal[123]. A exposição de motivos da lei espanhola explica:

> "De acuerdo con lo señalado, constituye legislación básica la definición del ámbito de aplicación de la ley, las disposiciones comunes que definen los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídica subvencional, el régimen de coordinación de la actuación de las diferentes Administraciones públicas, determinadas normas de gestión y justificación de las subvenciones, la invalidez de la resolución de concesión, las causas y obligados al reintegro de las subvenciones, el régimen material de infracciones y las reglas básicas reguladoras de las sanciones administrativas en el orden subvencional."

Mesmo nos Estados Unidos, onde o modelo federativo atribui grande parcela de competências aos estados, existe a preocupação com certa uniformidade na disciplina das entidades não lucrativas (*nonprofit organizations*). Lá, em 1952, a ordem dos advogados (*American Bar Association*) criou um modelo de legislação para as entidades do terceiro setor que é acolhido total ou parcialmente pelos estados (*model nonprofit corporation act*). Trata-se de um anteprojeto de lei com normas padronizadas. Com base nele, vários Estados formularam suas leis. Desde então, esse modelo é revisto, incorporando aperfeiçoamentos necessários aos desafios do desenvolvimento do terceiro setor.[124]

Fora isso, comparando a criticada lei das licitações com a lei das parcerias, vê-se

---

[123] Rodrigo Pagani de SOUZA sustenta que "... a *Lei Geral de Subvenções* espanhola é um exemplo inspirador na medida em que institui sólidas *bases legais* para um sistema até certo ponto análogo ao que, no Brasil, via Decreto n. 6.170/07 e disposições complementares, começa a ser erguido sobre frágeis bases regulamentares." (*Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 440).

[124] Marion R. FREEMONT-SMITH dá o panorama do âmbito de aplicação deste modelo: "As of January 1, 2003, forty-eight states and the District of Columbia had enacted nonprofit corporation acts, with twenty-three of these being in the form of the Revised Model Act or a modified version of it, and seven others adopting the terms of the original Model Act. Delaware and Kansas do not have a nonprofit corporation act. In these states charitable corporations are formed under de provisions of the business corporation act, but the articles of organization of a nonprofit organization must contain a recitation affirming that the corporation is not created for private profit and prohibiting the distribution of dividends to shareholders." (*Governing nonprofit organizations*: *federal and state law and regulation*, p. 152).

claramente que esta última deixa maior margem de manobra a estados e municípios em questões essenciais, não impondo "regras acerca de organização, funcionamento e competência dos organismos administrativos"[125]. O legislador nacional, na Lei n. 13.019/2014, teve o bom senso de respeitar o direito regional, distrital ou local. De modo geral, os verbos em torno dos quais gravitam as normas apenas dão a ordem para que certo tópico seja disciplinado com mais minudência, quando muito estatuindo o conteúdo mínimo desta disciplina[126]. Significa dizer que, em poucas ocasiões, a regência nacional esgota o assunto.

Sem prejuízo disso, foi salutar a implantação de regulação em pontos cruciais como a definição do objeto das parcerias, instrumentos para sua celebração, processo seletivo, gestão dos recursos repassados, prestação de contas, fiscalização, órgão e agentes envolvidos, e responsabilidades.

Ao menos em matéria de controle, não houve descontinuidade em relação ao direito anterior, o que é bom. Normas básicas até então contidas em decretos e portarias foram elevadas à hierarquia de lei ordinária nacional ao serem inseridas na lei nova. Criou-se um regime jurídico para regrar por completo a existência das parcerias, tratando dos pré-requisitos que a OSC deve possuir para estar apta a celebrar o vínculo de colaboração; do processo seletivo; do conteúdo do instrumento da parceria; da execução do objeto; da sua fiscalização e monitoramento; da prestação de contas.

Quanto às normas de controle, foram estabelecidos os princípios que a respaldam (transparência, participação social e foco em resultados), os órgãos e pessoas dela incumbidos, os mecanismos e instrumentos de fiscalização, monitoramento e avaliação, os procedimentos de prestação de contas e as medidas aplicáveis. No que tange ao tratamento

---

[125] Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 339.

[126] Atentar, por exemplo, para as seguintes expressões nas normas citadas: "as informações de que tratam este artigo e o art. 10 deverão incluir, *no mínimo*" (art. 11, parágrafo único – grifo nosso); "o edital do chamamento público especificará, *no mínimo*" (art. 24, §1º - grifo nosso); "O edital deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da administração pública na internet, com *antecedência mínima* de 30 dias." (art. 26); "Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão (...) possuir: *no mínimo*, um, dois ou três anos de existência (...) *admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente* na hipótese de nenhuma organização atingi-los." (art. 33, V – grifos nossos); "As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas: (...) a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de *prazo mínimo* de antecedência para a publicidade dessa intenção, que *não poderá ser inferior* a 60 (sessenta) dias" (art. 42, XVVI – grifos nossos); "A vigência da parceria poderá ser alterada mediante solicitação da organização da sociedade civil, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada à administração pública em, *no mínimo*, trinta dias antes do termo inicialmente previsto" (art. 55 – grifo nosso).

do controle, três aspectos merecem destaque:

1º) não houve simples evocação de *princípios*, mas criação de *normas que lhes dão concretude*, como se verá quando abordados os princípios do regime jurídico do controle;

2º) o conjunto de normas de controle *não é excessivo na sua quantidade e intensidade*. A lei congregou normas básicas e gerais, necessárias e suficientes para o pleno exercício do controle. Não é concebível uma regência geral sobre o tema sem identificar minimamente as diretrizes para transparência (divulgação dos atos), os órgãos incumbidos (comissão de monitoramento e avaliação, conselho de política pública, administrador público, gestor), instrumentos de controle concomitante (monitoramento e avaliação), instrumento de controle posterior (prestação de contas), medidas aplicáveis (sanções). Além disso, muitas das normas portam postulados universais, consagrados e disseminados na teoria e na prática não só jurídica, mas de outros domínios do conhecimento, não se concebendo tratamentos diferentes. É o caso da escrituração contábil de acordo com os princípios fundamentais da contabilidade (art. 33, IV), a necessidade de livre acesso dos agentes de controle a documentos e informações, bem como a locais de prestação dos serviços (art. 42, XV), a necessidade da prestação de contas considerar a verdade real e os resultados alcançados (art. 64, §3º), o dever da autoridade de adotar medidas para responsabilização em caso de irregularidades ou omissão da OSC (art. 70, §2º), as formas de julgamento das contas (regulares, regulares com ressalvas e irregulares – art. 72, I, II e III);

3º) várias normas foram construídas como tipos *abertos* e *flexíveis*. Com isso se quer dizer que nenhuma norma esgota o assunto do controle, necessitando inexoravelmente da complementação das normas regionais e locais (por exemplo, a comissão de monitoramento e avaliação deve ser criada, mas seu formato, funcionamento e atribuições ficam a cargo da lei específica – 2º, XI). Várias normas envolvem faculdades, autorizando a adoção da medida ou não, a depender do crivo discricionário do ente federativo (caso da faculdade outorgada à Administração Pública de valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias para realizar o monitoramento e a avaliação – art. 58, §1º). Com isso, respeita-se a competência de estados e municípios, que podem adaptar seus ordenamentos segundo as suas necessidades e peculiaridades.

Essas características permitem concluir que houve equilíbrio na dosagem do regime jurídico geral do controle, não se deixando, de um lado, de tratar de assuntos

cruciais sobre o tema e, de outro lado, convidando à complementação pelos entes federativos, sem avançar indevidamente sobre as suas competências (ao menos quanto ao controle).

A primeira percepção é a de que foi superada a precariedade de tratamento dada ao convênio, figura até então utilizada para respaldar as parcerias com as associações e fundações. Rompeu-se a subserviência genérica que o convênio mantinha em relação ao regime jurídico do contrato administrativo.

Agora, o regime das parcerias seguramente ombreia em importância – em termos de tratamento disciplinar – com a Lei n. 8.666/1993. Esta lei está estruturada em duas partes: licitação e contrato. Naquela estão previstos os procedimentos prévios pelos quais a Administração Pública deve passar antes de celebrar o contrato. Nesta, o Poder Público encontra a regência do conteúdo mínimo do contrato, sua forma, sua duração, a fiscalização, as hipóteses de alteração e as causas de extinção.

De igual modo, a Lei n. 13.019/2014 estabelece um processo seletivo (chamamento público), que pode ser dispensado ou declarado inexigível; prevê os instrumentos da parceria (termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação) e indica seu conteúdo fundamental; autoriza alteração no objeto; estabelece mecanismos de fiscalização e prestação de contas; estatui sobre as medidas a serem impostas em caso de irregularidades, prevê responsabilidades e estabelece sanções.

Além de se abeberar no direito pátrio anterior, percebe-se certa influência do direito espanhol, mais precisamente da Lei Geral de Subvenções – LGS (Lei n. 38, de 17 de novembro de 2003), o que é salutar. O direito espanhol é excelente paradigma por sua tradicional e bem-sucedida experiência na função estatal de fomento. A LGS é uma lei relativamente jovem, preocupada com a estabilidade e o crescimento econômico, com a austeridade do gasto público, com a melhor seleção, controle e avaliação das políticas públicas, estribando o fomento justamente na transparência, no controle de objetivos, na eficácia e eficiência (art. 8).

Nesse sentido, a similitude de tratamento encontrada nos dois diplomas quanto a temas essenciais representa indiscutível avanço do direito brasileiro ao implementar lei de mesma envergadura que a daquele país europeu.

### *3.2. O aperfeiçoamento do controle como decorrência da evolução das parcerias*

Em certa medida, as deficiências no regramento jurídico e na aplicação das normas de controle sobre convênios derivavam do papel menos importante deste ajuste em face do contrato administrativo. Nesse ponto, a lei das parcerias está a demonstrar que não é mais possível conceber e aplicar controles frouxos para ajustes colaborativos como se fossem veiculadores de meras benesses desinteressadas, simples doações incondicionais do Estado à iniciativa privada.

A lei nova não pode ser interpretada sob a ótica do passado. De certo modo, o direito positivo modificado com a Lei n. 13.019/2014 vai demandar um avanço doutrinário na compreensão da teoria do contrato administrativo e do convênio, ressaltando o caráter comum de ambos como negócios jurídicos administrativos e a evolução deste último (agora parceria) como instrumento eleito prioritariamente para implementar políticas públicas (especialmente sociais) pela via da colaboração e do fomento.

É célebre a lição de Hely Lopes Meirelles: "[c]*onvênio* é acordo, mas não é contrato".[127] Essa frase pavimentou o caminho para que a doutrina jurídica e o direito positivo (por aquela influenciado) caminhassem rumo a uma profunda e injustificada cisão entre as duas figuras, às vezes desconsiderando até mesmo o fato de ambas radicarem no terreno dos negócios jurídicos administrativos. A dominância das relações econômicas como veículo primordial de satisfação dos interesses coletivos tratou de aprofundar essa diferença, construindo sólida e pujante disciplina positiva para o contrato administrativo, à sombra e à margem da qual se (sub)desenvolveu o convênio.

O impulso vigoroso e até agora duradouro de reaproximação entre Estado e iniciativa privada não lucrativa de interesse coletivo chegou ao ápice de tornar insuportável a deficiente disciplina jurídico-positiva dos convênios, causando perplexidades e desvirtuamentos que exigiram respostas que o ordenamento não estava preparado para dar satisfatoriamente, gerando diversos questionamentos sobre problemas práticos[128].

O advento da Lei n. 13.019/2014, fruto de grande participação social e debate no

---

[127] *Direito administrativo brasileiro*, p. 438.

[128] Tais como: emprego do convênio travestido de contrato de objeto econômico; fragilidade e insegurança da possibilidade de denúncia a qualquer tempo; insegurança quanto à possibilidade de aplicação dos poderes extroversos por parte do Estado; dúvida quanto ao dever de licitar; dúvida quanto à suficiência de um regime de prestação de contas erigido em nível infralegal; dúvida quanto ao próprio regime geral do convênio no que tange ao *quanto* da lei de licitações, na regência dos contratos, a ele seria aplicável.

Congresso, traz respostas sólidas às dúvidas que até então pairavam sobre a figura do convênio. Por meio deste novo diploma, o regime das parcerias com organizações sociais substitui quase que completamente o convênio público-privado como veículo de parceria com entidades sem fins lucrativos. Ao fazê-lo, não só deu autonomia aos antigos convênios em relação à sua subordinação ao regime dos contratos administrativos da Lei n. 8.666/1993, como também lhe dedicou um regime jurídico, ou seja, um conjunto ordenado e sistematizado de regras com a pretensão de conferir ao tema uma disciplina geral praticamente exaustiva. Isso mostra que os vínculos de colaboração de objeto não econômico passaram a ter papel central (e não mais circunstancial) como instrumento de realização de atividades de interesse coletivo, merecendo tratamento minimamente condizente com as complexidades e peculiaridades que apresenta na atualidade, sobretudo na questão do controle.

Ora, se a própria lei reconheceu que o convênio não podia ser tratado, sequer subsidiariamente, como contrato, estaria nisso a demonstração cabal da clássica afirmação de que 'convênio não é contrato'?

Antes de responder à indagação, importa notar que o direito não é puro exercício do pensamento. A norma nasce do fato e se destina ao fato. Daí o porquê de se dizer que o direito é experiência concreta. As experiências concretas de um dado período histórico condicionam a aplicação da norma neste período; a evolução dos tempos confere o maravilhoso espetáculo da plasticidade normativa, em que são possíveis novos contornos à sua incidência sem necessariamente mudança do texto legal. Com isso, a afirmação de Hely Lopes Meirelles fazia sentido à época em que foi divulgada, pois o convênio foi concebido fundamentalmente para parcerias entre entes públicos, sendo suas normas estendidas às parcerias com entes privados à falta de opção melhor. E, além disso, esses últimos convênios eram mais simples, de objetos mais singelos, de vulto financeiro mais módico, enxergados na prática mais como instrumento de credenciamento a viabilizar o fomento estatal, atividade na qual os recursos públicos eram vistos como fonte virtualmente inesgotável. Isso talvez explique a despreocupação - por falta de necessidade - com a construção de um regime jurídico dos convênios do mesmo quilate daquele concebido para os contratos administrativos, bastando, então, submeter o regime daquele ao deste "no que couber".

Dito isso, a resposta à pergunta, sob uma concepção mais tradicional do conceito de contrato administrativo, não é completa e satisfatória para explicar os fenômenos

negociais atuais que envolvem o Estado. Um exame despretensioso de algumas definições de contrato administrativo como categoria fundamental do direito administrativo revela como elemento essencial seu e nota distintiva sua - em relação a outros fenômenos - a presença de cláusulas exorbitantes (do direito contratual comum). Elas põem a Administração Pública em situação de predominância em face do contratado, pois lhe conferem poderes de impor sua vontade sem que instrumentos equivalentes existam ou sejam corriqueiros nas relações contratuais exclusivamente privadas.[129] Como os convênios sempre foram compreendidos como a antítese dos contratos, natural entendê-los como negócio administrativo mais próximo de uma relação contratual privada, caracterizada pela 'horizontalidade' do relacionamento[130], em que, justamente por isso, a Administração Pública se apresenta desvestida das tais prerrogativas de ação unilateral.

Porém, qual não é a surpresa ao se perceber que a Lei n. 13.019/2014 outorgou ao Estado, quando celebra parceria, praticamente os mesmos poderes exorbitantes que lhe confere quando celebra contrato administrativo, previstos na Lei n. 8.666/1993[131]. E se as parcerias são as herdeiras, na substância, dos antigos convênios, como explicar essa situação pela teoria do contrato até pouco tempo consagrada entre nós?

Eis aí a prova de que as prerrogativas conferidas pelas cláusulas exorbitantes não servem para adjetivar o contrato como administrativo, pois podem ser aplicados a contratos da Administração de um modo geral, aí incluídas as novas parcerias. A maior ou menor incidência dessas prerrogativas está em função do objeto do vínculo. É em função dele que certo plexo de normas legais, regulamentares e puramente contratuais vão ter sua aplicação justificada, e não a figura negocial em si (tenha o rótulo que for), utilizada para viabilizar esse objeto.

---

[129] Nesse sentido, confira-se a tradicional definição dada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO a contrato administrativo: "os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo *regime jurídico de direito público*" (*Direito administrativo*, p.237).

[130] Hely Lopes MEIRELLES diz: "...no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos." (*Direito administrativo brasileiro*, p. 458).

[131] São elas: a prerrogativa atribuída à administração pública para assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade (art. 42, XII); o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto (art. 42, XV); possibilidade de suspensão da liberação de parcelas de recursos quando constatada irregularidades (art. 48); poder para exigir a prestação de contas (art. 49); alteração de metas e valores (art. 57); retomada de bens e encampação da atividade objeto da parceria em caso de inadimplemento culposo por parte da organização (art. 62); imposição de sanções por descumprimento do plano de trabalho e da lei (art. 73).

Disso decorrem duas coisas: 1) é a maior ou menor presença do interesse público envolvido na parceria que vai justificar a intensidade do regime derrogatório do direito comum; 2) nas parcerias (assim como nos contratos) não incide em bloco, de modo uniforme, o regime jurídico de direito administrativo, com normas públicas e imperativas; o regime jurídico é composto por normas de várias origens, é plural. Assim, a tutela do interesse público põe a Administração Pública em situação de supremacia apenas quando isso for essencial, algo que será avaliado à vista do caso concreto.

A parceria é negócio jurídico muito próximo do contrato, tanto quanto o era o convênio. Todos partilhavam da condição de espécies do gênero negócio administrativo. A diferença entre essas figuras não está tanto no regime jurídico peculiar das prerrogativas de ação unilateral que tradicionalmente estigmatiza fortemente os contratos, mas no objeto que cada um esteve ou está vocacionado a suportar (pura comutação de utilidades econômicas ou colaboração e fomento sociais). Agora, apartam-se mais as espécies parceria e contrato administrativo, pois ambas contam com leis gerais, nacionais, reguladoras de aspectos estruturais e funcionais de cada qual. O convênio restou consideravelmente limitado no seu âmbito de aplicação, servindo apenas aos laços colaborativos entre pessoas públicas e, residualmente (e inadequadamente), também aos laços com entidades sem fins lucrativos que se agreguem ao SUS.

A Lei n. 13.019/2014 levou o convênio público-privado a um ponto culminante de importância em função do desenvolvimento das relações de fomento e colaboração com o terceiro setor, agora vocacionadas prioritariamente à satisfação de interesses sociais em certos domínios. A convergência entre parceria e contrato administrativo não deve ocorrer apenas na intensidade dos regimes jurídicos talhados pelo direito positivo, mas também no papel que se deve conferir à interpretação e aplicação do controle. Fomento e colaboração não são veículos de caridade estatal, são funções públicas destinadas a satisfazer interesses coletivos. Todo recurso público atribuído ao particular precisa ter seu emprego escrutinado sob o viés da transparência e da eficiência. Concebida sob essa diretriz, a lei das parcerias cumprirá plenamente seu papel no plano do controle se for interpretada à luz deste novo panorama das relações de fomento e colaboração público-privadas, e não com os olhos voltados para os antigos e maltratados convênios.

### *3.2.Âmbito de aplicação da Lei n. 13.019/2014.*

A nova lei pretende apanhar todo e qualquer acordo entre poder público e particular que envolva mútua cooperação para consecução de finalidades de interesse recíproco (art. 1º da Lei n. 13.019/2014). Na prática, são apanhados os antigos convênios com a iniciativa privada não lucrativa e todos os outros ajustes similares, mesmo que tenham nome próprio, conforme consta da redação atual do art. 116 da Lei n. 8.666/1993, inclusive as relações com as chamadas entidades de apoio[132]. Com isso, a ereção de um regime jurídico próprio para as parcerias busca apartá-las, de um lado, dos contratos administrativos, com finalidade econômica e celebrados majoritariamente com sociedades empresárias ou com empresários individuais e, de outro, dos convênios entre pessoas públicas. Num esforço de síntese, o que antes era tido e compreendido como convênio, hoje se aplica à parceria. Esse recorte seria muito bem-sucedido não fossem as inexplicáveis exceções estabelecidas pela lei, as quais acabam por prejudicar a sistematicidade do controle sobre os negócios jurídico-administrativos de índole colaborativa. No item seguinte são apontados e discutidos esses sistemas especiais de controle que a lei excepcionou da sua incidência.

### *3.3.Os sistemas específicos de controle*

A própria Lei n. 13.019/2014 estabeleceu o domínio de relações de cooperação sobre o qual ela não incide. Diz a lei:

---

[132] As entidades de apoio são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (fundação, associação ou cooperativa) que prestam serviços idênticos àqueles prestados pelo Estado. Em virtude dessa identidade de escopos, a entidade de apoio se alia ao ente público, habitualmente por convênio, para executar a atividade em regime de colaboração, beneficiando-se de medidas de fomento. Tais entidades sujeitam-se a críticas porque mantêm relação tão estreita e simbiótica com o poder público que não há clareza quanto às divisas entre um e outro. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO resume o problema central das entidades de apoio: "Embora haja diferenças entre umas e outras entidades de apoio, elas obedecem, em regra, a determinado padrão. Com efeito, a cooperação com a Administração se dá, em regra, por meio de convênios, pelos quais se verifica que praticamente se confundem em uma só as atividades que as partes conveniadas exercem; o ente de apoio exerce atividades próprias da entidade com a qual celebra o convênio, tendo inseridas tais atividades no respectivo estatuto, entre os seus objetivos institucionais. A própria sede das duas partes também, por vezes, se confunde, pois o ente de apoio nem sempre tem sede própria. Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio são servidores dos quadros da entidade pública com que cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua." (*Parcerias na administração pública*, p. 316).

“Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;

II - *(Revogado pela Lei n. 13.204, de 14/12/2015)*

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei n. 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999;

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei n. 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII - *(VETADO na Lei n. 13.204, de 14/12/2015)*

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.”

Na redação original da Lei n. 13.019/2014 (art. 3º), seu regime jurídico não se aplicava a três hipóteses: 1) transferências de recursos oriundas de financiamentos externos, homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal, naquilo que houvesse disposição diversa em norma internacional; transferências voluntárias regidas por lei específica; contratos de gestão. A aplicação seria subsidiária (“no que couber”) ao termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse

público (art. 4º).

A alteração promovida pela Lei n. 13.204/2015 – modificando a redação do art. 3º e revogando o art. 4º - foi desastrosa. Foram excluídos por completo do novo sistema o termo de parceria e os convênios de integração de entidades sem fins lucrativos ao SUS; em substituição à fórmula vaga do respeito a leis específicas, optou-se pelo casuísmo, excluindo do sistema os termos de compromisso cultural e certas hipóteses de repasses de recursos federais (transferências feitas com base no programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 10.845/2004) e as transferências do "programa dinheiro direto na escola" (Lei n. 11.947/2009)); a exclusão relativa a pagamentos feitos a organismos internacionais e entidades de classe constituídas por certas carreiras de estado não se inserem sequer no conceito de parceria, ficando regidas exclusivamente pelo direito privado ou por legislação própria acerca de ajustes entre pessoas jurídicas de direito público interno (como consórcios); nada impediria que as parcerias com os serviços sociais autônomos fossem submetidas à Lei n. 13.019/2014, sendo o caso, por exemplo, de dispensar o chamamento público.

Do conjunto de exceções, são pinçadas as seguintes para análise específica[133]: contrato de gestão, termo de parceria, convênio com o SUS, termo de compromisso cultural, as transferências financeiras das Leis ns. 10.845/2004 e 11.947/2009 e repasses a serviços sociais autônomos. Conhecendo minimamente esses sistemas "concorrentes" é possível cumprir um dos escopos deste trabalho, que é o de mapear o estado atual do direito positivo (ao menos em nível federal) acerca do controle sobre instrumentos negociais de parcerias (*lato sensu*) de fomento social e colaboração público-privada.

Interpretando o art. 3º da Lei n. 13.019/2014, os tipos de regimes jurídicos de controle do fomento social e da colaboração podem ser classificados segundo a existência ou não de vínculos jurídicos que embasem a relação jurídica:

1) regimes *com* vínculos negociais formais:
    a. regime geral das parcerias: Lei n. 13.019/2014;

[133] As transferências do inciso I justificam-se por envolver repasses de recursos regidas diretamente pela Constituição, com anuência do Congresso, feitas com organismos internacionais, sob leis internacionais. Os pagamentos mencionados no inciso IX, da mesma forma que os do inciso I, envolvem relacionamento do Estado com organismos internacionais, celebrados sob leis internacionais. Já os pagamentos de anuidades, contribuições e taxas associativas vertidas por agentes públicos a entidades de classe sequer se caracterizam como parceria, não se sabendo a razão de terem sido incluídas como exceção.

b. b) regimes especiais: contrato de gestão com OS (Lei 9.637/1998), termos de parceria com Oscip (Lei n. 9.790/1999), convênios de integração ao SUS (Lei n. 8.666/1993) e termo de compromisso cultural com pontos e pontões de cultura (Lei n. 13.018/2014).

2) regimes *sem* vínculos negociais formais:

a. repasses do programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas portadores de deficiência (Lei n. 10.845/2004);

b. b) repasses do programa dinheiro direto na escola (Lei n. 11.947/2004).

A tabela abaixo permite visualizar melhor essa classificação.

| Regimes de controle *com* vínculos negociais | | | | | Regimes de controle *sem* vínculos negociais | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Regime geral das parcerias | Regime das organizações sociais | Regime das Oscip | Regime residual dos convênios | Regime dos termos de compromisso cultural | Repasses do programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência | Repasses do programa dinheiro direito na escola |
| Lei n. 13.019/2014 | Lei n. 9.637/1998 | Lei n. 9.790/1999 Decreto 3.100/1999 | Lei 8.666/1993 Decreto n. 6.170/2007 Decreto n. 93.872/1986 Portaria interministerial n. 507/2011 | Lei n.13.018/2014 Instrução normativa Ministério da Cultura n. 1/2015 | Lei n. 10.845/2004 | Lei n.11.947/2004 |

Abaixo, são descritos brevemente os regimes de controle incidentes sobre cada espécie de parceria específica.

### *3.2.1. Contrato de gestão.*

O modelo federal[134] de contrato de gestão com organizações sociais ficou expressamente fora da incidência da Lei n. 13.019/2014 (art. 3º, III). Toda matéria de

[134] É certo que várias unidades da federação replicaram o modelo federal das OS. Pela leitura estrita da lei, apenas os contratos de gestão firmados com entidades qualificadas como OS em nível federal escapariam da regência da Lei n. 13.019/2014. Porém, a doutrina vem reconhecendo que, em se tratando de lei nacional, ela

controle diretamente relacionada à referida parceria concentra-se apenas em dispositivos da Lei n. 9.637/1998, não tendo sido editado decreto regulamentador sobre o tema e tampouco sendo aplicável a Portaria Interministerial n. 507/2011 (art. 2º, III). A disciplina legal cinge-se a três artigos (8º, 9º e 10) agrupados na seção IV – Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão. Em síntese, diz-se que o contrato de gestão será fiscalizado por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, que exigirá relatórios periódicos com avaliação de resultados por comissão de especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, que emitirá relatório conclusivo. Os responsáveis pela fiscalização deverão comunicar irregularidades ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. Em virtude da gravidade dos fatos, se houver malversação de recursos públicos, o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União deverão ser acionados.[135]

Esse controle é evidentemente pobre, porque lacunoso e genérico. Nada se diz sobre o foco do controle, procedimentos, tipologia das irregularidades e medidas que possam ser impostas; nada se fala sobre parâmetros de aferição dos resultados ou sobre quem poderá impor eventuais sanções; menção alguma há sobre quem são os agentes incumbidos do controle e seus poderes; por fim, não existem princípios específicos para nortear a atividade de controle, restando o socorro direto aos princípios constitucionais da Administração Pública.

A primeira – e mais grave – consequência é que cada unidade administrativa ("órgão ou entidade supervisora", na dicção da lei) vai disciplinar como quiser a atividade de controle e o fará por atos administrativos internos, muito distantes da norma legal *stricto sensu*, gerando déficits de transparência (se mal conhecemos as leis editadas no

---

não poderia tratar desigualmente os entes federados em matérias que exigem uniformidade, caso das exceções à incidência normativa do regime geral. Assim, também as leis estaduais, distritais e municipais criadoras dessa qualificação estariam fora do âmbito de aplicação da lei das parcerias. Nesse sentido, conferir Fabrício MOTTA, *Organizações sociais e a lei n. 13.019/2014*, p. 175-177; Thiago MARRARA e Natália de Aquino CESÁRIO, *O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor?*, p. 103.

[135] De modo mais evidente que o disposto no art. 116 da Lei n. 8.666/1993, a Lei das Organizações Sociais destacou em vários momentos a atividade de controle sobre os contratos de gestão, a saber: 1) órgãos: conselho de administração com atribuição para fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade (art. 4º, X); fiscalização do contrato por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º, caput); 2) medidas: os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização social, darão ciência ao Tribunal de Contas da União (art. 9º); previsão de decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, quando haja indícios de enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público (art. 10).

país, que dizer de atos internos de cada ministério!), terreno fértil para a ineficiência e a corrupção. De se ver que os contratos de gestão sequer constam do SICONV (sistema de gestão de convênios e contratos de repasse), havendo apenas a obrigação de dar publicidade, através do diário oficial da União, aos relatórios financeiros e de execução (Lei n. 9.637/1998, art. 2º, I, *f*).

Tanto é deficitário o modelo de controle sobre as organizações sociais que o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a 'relembrar' o Executivo da necessidade de observar fielmente os princípios do art. 37, caput, da Constituição no que tange a essas parcerias, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 1923-DF, reforçando, em especial, a autoridade fiscalizadora do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Na prática, a Lei n. 9.637/1998 teve alcance restrito, pois foi empregada como instrumento de transferência de alguns restritos serviços públicos à iniciativa privada. Até 2014, havia apenas 10 entidades qualificadas como organizações sociais.[136]

A natureza de vínculo de colaboração com a iniciativa privada não lucrativa faz do contrato de gestão, na essência, uma parceria. Logo, não há justificativa para a sua insubmissão ao regime de controle das parcerias. Comparando um regime e outro, vê-se que o do contrato de gestão é flagrantemente deficitário, não produzindo o efeito desejado de dar cabal proteção aos recursos públicos e garantir contratações eficientes.

### *3.2.2 Termo de parceria*

Com algumas ressalvas, a Lei n. 9.790/1999, que trata dos termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), prevê normas de controle muito similares àquelas contidas na Lei n. 9.637/1998: o estatuto da Oscip deve ter um conselho fiscal ou órgão equivalente (art. 4º, III) e prever normas de prestação de contas, às quais se deve dar publicidade (art. 4º, VII); qualquer cidadão ou o Ministério Público pode pleitear a desqualificação da entidade, administrativa ou judicialmente (arts. 7º e 8º); o termo de fomento deve prever a publicação, em imprensa oficial, de extrato[137] do instrumento e de demonstrativo da sua execução física e financeira (art. 10, VI); a

[136] BRASIL, Secretaria-Geral da Presidência da República, *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*, p. 79.

[137] A palavra correta é 'extrato', que significa resumo, síntese, e não 'estrato', como consta da lei.

execução da parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do poder público da área correspondente à atividade fomentada, com análise dos resultados por comissão de avaliação de composição negociada entre a entidade e o poder público (art. 11, caput, e §1º); fica resguardado o controle social (art. 11, §3º); os responsáveis pela fiscalização deverão acionar o Ministério Público e o Tribunal de Contas, caso haja irregularidades, inclusive para decretação de indisponibilidade de bens, quando houver indícios de malversação de recursos públicos (arts. 12 e 13).

Ao contrário do contrato de gestão, o termo de parceria submete-se ao Decreto n. 3.100/99 e à Portaria Interministerial n. 507/2011, o que garante maior publicidade (já que a publicidade é melhor garantida através do SICONV), exigência de processo seletivo na modalidade concurso de projetos para escolha da Oscip, previsão de uma comissão de avaliação para monitorar a execução da parceria, previsão de medidas específicas de acompanhamento e fiscalização, bem como conteúdo mínimo e procedimento para prestação e tomada de contas, embora não haja parâmetros para julgá-las aprovadas, aprovadas com ressalva ou reprovadas. Em virtude disso, a disciplina normativa do controle é sensivelmente mais rigorosa que aquela sobre o contrato de gestão, aproximando-se muito do regime de controle das parcerias com OSC.

Logo, embora tampouco houvesse razão para afastamento dos termos de parceria da regência normativa da Lei n. 13.019/2014, não se pode negar que esse regime específico de controle é de boa qualidade, já que traz normas razoavelmente claras sobre órgãos, responsabilidades, instrumentos e procedimento de prestação de contas.

### *3.2.3. Convênios com o SUS*

Agiu mal a Lei n. 13.019/2014 ao apartar do seu espectro disciplinar os convênios de integração de entidades privadas ao SUS[138]. Com isso, eles continuam a ser regidos pelo

[138] À mesma conclusão chegou Thiago Lopes Ferraz DONNINI: "A nosso ver, é uma solução equivocada, pois preserva a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 – ao menos até que surja uma lei específica – a um universo de parcerias muito expressivo na União, nos Estados e nos Municípios (considerando o volume de recursos mobilizados no SUS em relações subvencionais com entidades assistenciais), deixando de utilizar o potencial da Lei n. 13.019/2014. Espera-se que a motivação da iniciativa não tenha sido calcada na literalidade do art. 199, §1º, que alude aos "convênios com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos", na suposição de que a linguagem, e não a essência do dispositivo, tenha de ser preservada. Até porque, não se trata de norma constitucional marcada pela precisão de linguagem. Alude-se, no dispositivo em questão, aos "convênios" e aos "contratos de direito público", ou seja, categorias apresentadas de forma muito aberta, que

art. 116 da Lei n. 8.666/1993 - com todos os vícios daí decorrentes, já abordados -, pelo Decreto n. 6.170/2007, pela Instrução Normativa n. 507/2011, além das normas específicas editadas pelos entes federativos, todos componentes do SUS, com especial destaque para as normas gerais do Ministério da Saúde. Fundamentalmente, a lei de licitações deixa a cargo de outras leis a matéria atinente ao controle. Ela será extraída do sistema de controle interno de cada ente convenente e do sistema de controle externo (basicamente, Ministério Público e Tribunal de Contas). No âmbito do controle interno, merecem destaque o decreto e a portaria acima mencionados, ambos instrumentos voltados a disciplinar o controle dos convênios celebrados com a União. Os convênios com as demais entidades federativas vão ser regidos por normas próprias. Como visto, essa legislação infralegal apresenta um conjunto de normas de razoável qualidade e abrangência em matéria de controle, tratando de aspectos fundamentais dessa atividade, como publicidade, responsabilidade, fiscalização e prestação de contas, não havendo diferenças muito sensíveis em relação à disciplina da Lei n. 13.019/2014, salvo no que tange à especificação de órgãos e agentes diretamente responsáveis, parâmetros para julgamento das contas, medidas a serem impostas em caso de responsabilidade.

### *3.2.4. Termo de compromisso cultural*

A Lei n. 13.018/2014, que trata da Política Nacional de Cultura viva, permite que a União, por meio do Ministério da Cultura, firme parcerias com entidades culturais, formalizadas através de termo de compromisso cultural. Ela apenas mencionou que esses instrumentos ficam sujeitos a controle externo e interno, e relegou toda matéria de controle a ato a ser editado pelo Ministro da Cultura. Este editou a Instrução Normativa 1, de 7 de abril de 2015.

Este ato infralegal foi concebido com influência direta da Lei n. 13.019/2014, de modo tal que praticamente copia o seu texto legal, formatando um regime jurídico de controle quase idêntico ao daquela lei federal na sua redação anterior à Lei n. 13.204/2015. Em razão disso, ela previu em minúcias os mesmos princípios da priorização de resultados,

---

podem ser disciplinadas com boa margem de liberdade pela legislação infraconstitucional, inclusive quanto à sua nomenclatura. Aliás, basta verificar que a Lei nº 9.637/1998, que rege os contratos de gestão com organizações sociais, admite sua utilização na área da saúde. A Lei, inclusive, teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF (Adin nº 1.923/DF).” (*Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na lei n. 13.019/2014*, p. 194, nota de rodapé 5).

transparência e controle social, regras específicas de publicidade, formas de exercício da fiscalização ou acompanhamento, conteúdo mínimo, prazos, procedimento e critérios de análise das prestações de contas, identificação de órgãos responsáveis, medidas a impor em caso de irregularidades. Esse ato foi quase que integralmente revisado pela Instrução Normativa n. 8, de 11 de maio de 2016, sem, contudo, alterar substancialmente a matéria do controle.[139]

Eis aí, uma vez mais, a prova de que não tem sentido criar um regime de controle apartado onde não existe alguma peculiaridade que justifique isso. A razão para essa ressalva é meramente política, pois, juridicamente, nada justifica preservar o tratamento administrativo do controle de uma específica parceria de fomento social em detrimento de uma lei nacional. Quando muito, o Ministério da Cultura poderia ter editado instrução normativa para reger aspectos específicos do controle, como permite o art. 2º-A da Lei n. 13.019/2014.

Em virtude desse panorama excêntrico, o ordenamento jurídico perde em segurança e coerência, porque a sensível temática do controle da Administração Pública, no caso do termo de compromisso cultural, é disciplinada por ato administrativo, mutável ao sabor do agente político de ocasião, com evidente menoscabo do princípio democrático, criando-se, desnecessariamente, um regime particular concorrente e redundante em relação ao regime geral.

### *3.2.5. As transferências financeiras das Leis ns. 10.845/2004 e 11.947/2009*

As transferências de recursos previstas nas Leis ns. 10.845/2004 (Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência – PAED e 11.947/2009 (Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE) também não justificam regime específico de controle, no caso, exercido pelo Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Aliás, as duas leis têm discrepâncias graves em termos de disciplina do controle. A Lei n. 11.947/2009 estatui que "os entes responsáveis pelos sistemas de ensino e os órgãos de controle externo

[139] Princípios da transparência, participação e controle social (art. 12, caput, e incisos I e IV; art. 43); priorização do controle de resultados (art. 13, II); publicidade e transparência (arts. 16 a 19; art. 32, §1º); formas de fiscalização e acompanhamento (art. 28, VIII e XV); acompanhamento e monitoramento (arts. 41 e 42); prestação de contas (arts. 24, VIII, 28, VII, 44 e ss.), responsabilidades e sanções (arts. 60 a 63).

e interno federal, estadual e municipal criarão, segundo suas competências próprias ou na forma de rede integrada, mecanismos adequados à fiscalização e ao monitoramento da execução do PNAE" (art. 9º). Nem isso a Lei n. 10.845/2004 prevê, de sorte que o tratamento do controle interno fica a cargo de normas exclusivas editadas pelo conselho deliberativo do FNDE, com algumas poucas normas sobre prazo para análise final da contas e possibilidade de suspensão de repasses (art. 6º).

Esses repasses feitos a entidades sem fins lucrativos poderiam e deveriam ser feitos por instrumento colaborativo (antes, convênios; hoje, parcerias), não se justificando sejam feitos diretamente. Bastaria, se houvesse alguma especificidade, adaptá-los às normas gerais das parcerias. Com isso, houve fratura séria no sistema geral de controle das parcerias, justificável apenas por vontade política. Tanto é assim que o Congresso Nacional, ao analisar a Medida Provisória n. 684/15 (convertida na Lei n. 13.204/2015) não se preocupou em pesquisar a existência de inúmeras outras leis que promovem repasses financeiros a entidades particulares de finalidade não lucrativa e que possuem a mesma natureza de normas de fomento e colaboração.[140] Enfim, o casuísmo do legislador nacional novamente apequenou injustificadamente o alcance do controle sobre as parcerias com organizações da sociedade civil.

### *3.2.6 Serviços sociais autônomos*

Parte significativa da doutrina administrativista[141] considera os serviços sociais autônomos como entidades privadas, embora mantenham laços mais estreitos com o poder público, a ponto de serem denominadas *paraestatais*[142]. Nada impediria que fossem consideradas, para os fins da Lei n. 13.019/2014, entidade privada sem fins lucrativos (art.

---

[140] Algumas estão listadas no art. 2º, II e IV, da Portaria Interministerial n. 507/2011, a saber: Lei n. 9.807/1999 (Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas); Lei n. 10.880/2004 (Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar, Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para atendimento de Jovens e Adultos e Programa Brasil Alfabetizado); Lei n. 11.692/2008 (Programa Nacional de Inclusão de Jovens); Lei n. 10.973/2004 (Lei de Inovação Tecnológica). Em todos esses casos, onde houver acordo público-privado, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros do Estado ao particular, aí deverá incidir integralmente a Lei n. 13.019/2014.

[141] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 466; José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, p. 555; Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 430-431; Diógenes GASPARINI, *Direito administrativo*, p. 463; Odete MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, p. 115.

[142] Nesse rol estão, por exemplo entidades conhecidas pelas siglas SESC, SENAC, SESI, SENAI, SEST, SENAT, SEBRAE, SENAR.

2º, I, *a*), pois realmente possuem essa característica. Contudo, o legislador nacional sempre houve por bem dar tratamento jurídico apartado a essas entidades, como que a ressaltar as características que a tornam mais estatal do que particular. Nada obstaria a inserção das parcerias com as paraestatais no âmbito disciplinar da Lei n. 13.019/2014. Dadas as peculiaridades dessas entidades, o legislador poderia simplesmente tê-las dispensado do chamamento público e determinado que fossem aplicadas as demais normas – especialmente quanto ao controle – no que coubesse.

### *3.4.Análise crítica dos controles especiais*

A opção pela manutenção desses regimes especiais de parceria (com ou sem vínculo jurídico) fragiliza o próprio escopo primordial da criação de um regime jurídico geral, que é a disciplina unitária, global, sistêmica de todos os vínculos público-privados identificados até então pela doutrina como 'convênios'. Por longo tempo, eles foram tratados de modo secundário, mendigando normas da robusta e minuciosa disciplina dada ao contrato administrativo pela Lei n. 8.666/1993. O que a Lei n. 13.019/2014 pretendeu fazer foi destacá-los desta situação de subalternidade, conferindo-lhes tratamento autônomo, uniforme e digno, ombreando em importância com a lei de licitações e contratos. Entretanto, as exceções à sua aplicação mutilaram-na profundamente.

O que deveria ser um portentoso sistema geral unificado de regência das parcerias poderá tornar-se, em tese, uma referência normativa subsidiária, genérica, um edifício vazio.

É que os regimes de fomento estribados em vínculos negociais – especialmente os das OS, OSCIP – são alternativos e intercambiáveis. Por sua amplitude, permitem que o administrador público escolha qualquer um deles como veículo de fomento, preterindo, com isso, o emprego do regime geral da lei das OSC. Além disso, sendo amplamente discricionária a escolha do veículo do fomento, o administrador poderá ficar tentado a escolher aquele mais maleável, de disciplina mais simples, com menores entraves ao atingimento do resultado pretendido, o que pode significar déficit de transparência e controle.

Na prática, contudo, vislumbra-se alvissareira a aplicação da nova lei, especialmente a robusta matéria atinente ao controle, por várias razões:

1º) ela afastou em definitivo a aplicação da Lei n. 8.666/1993 ao limitar os convênios às parcerias entre entes públicos. Como os convênios, até hoje, representam a esmagadora maioria dos vínculos de parceria com OSC[143], fica obstada a preferência da Administração Pública por esse instrumento, de modo que, obrigatoriamente, os novos ajustes colaborativos serão instrumentalizados por termo de fomento, termo de colaboração, acordo de cooperação (esses três submetidos à Lei n. 13.019/2014), termo de parceria (Lei n. 9.790/1999), contrato de gestão (Lei n. 9.637/1998) ou termo de compromisso cultural (Lei n. 13.018/2014);

2º) Os termos de parceria com Oscip e os contratos de gestão com Os já eram francamente minoritários em relação aos convênios, mesmo quando os primeiros surgiram com o objetivo específico de dar respaldo às parcerias com o terceiro setor. Logo, não será a substituição do convênio pelas parcerias da Lei n. 13.019/2014 que vai tornar, de súbito, atraentes os regimes das Oscip e das Os, promovendo uma 'fuga' do novo regime das parcerias;

3º) As regras para qualificação como Oscip, celebração do termo de parceria e controle da execução do objeto, tal qual previstas na Lei n. 9.790/1999 já são mais completas e adequadas em relação àquelas previstas para os convênios. Muitas foram incorporadas e aperfeiçoadas pela Lei n. 13.019/2014. Em razão disso, ao menos quanto às normas que disciplinam o controle, não haverá substanciais diferenças que justifiquem a predileção por um dos regimes em detrimento do outro.

Outra questão grave que deverá ser objeto de meditação doutrinária e posicionamento judicial diz respeito ao alcance das exceções à aplicação da nova lei aos contratos de gestão e termos de parceria disciplinados por leis dos estados e municípios, onde existirem[144]. A lei das OSC resguardou expressamente a aplicação das Leis ns. 9.637/1998 (Lei das OS) e 9.790/1999 (Lei das Oscip), que não são leis nacionais, mas apenas federais. A interpretação literal leva à incidência plena da nova lei aos termos de parceria e contratos de gestão firmados com base nas leis regionais e locais. Porém, essa interpretação quebra o equilíbrio entre as pessoas políticas, pois o legislador nacional, que deveria limitar-se a produzir normas gerais de contratação, foi além e interferiu na legislação federal, impactando reflexamente na legislação dos demais entes, violando

---

[143] Vide tabela do item 3.5.2.

[144] Após a promulgação dessas leis, muitos entes federativos seguiram o exemplo da União e criaram os seus diplomas legais. São exemplos: São Paulo, Minas Gerais, Bahia,

competência destes.[145]

Não há motivo para subtrair da aplicação da lei das OSC um contrato de gestão firmado pela União Federal e uma organização social qualificada em nível federal, mas não fazer o mesmo em relação ao mesmo tipo de avença celebrado entre um município e a entidade. A norma geral deve aplicar-se a todos os entes federativos uniformemente, respeitando o princípio federativo. Por isso, a lei teria caminhado melhor se tanto os contratos de gestão e termos de parceria federais, como os estaduais e municipais estivessem explicitamente fora da incidência da Lei n. 13.019/2014.

Como não houve essa clareza, é possível a interpretação segundo a qual as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público criadas e regidas por legislação regional ou local são abrangidas integralmente pela disciplina da Lei n. 13.019/2014. Em primeiro lugar, a lei fez menção expressa a dois diplomas legais de âmbito federal apenas, não se podendo estender o alcance da norma restritiva a outras leis, apenas porque deram o mesmo nome ao vínculo colaborativo. A exceção interpreta-se restritivamente. Em segundo lugar, a redação anterior da lei subtraía a incidência do novo regime das parcerias onde houvesse lei específica disciplinando transferências voluntárias, pouco importando de que ente federativo (art. 3º, II). Essa norma foi revogada pela Lei n. 13.204/2015, que deixou explícita a não incidência do novo diploma aos contratos de gestão e termos de parceria firmados com base nas leis federais respectivas, utilizando a fórmula "desde que cumpridos os requisitos previstos" nas Leis ns. 9.637/1998 e 9.790/1999 (art. 3º, III e VI). Ora, os contratos de gestão e termos de parceria firmados com estados e municípios seguem leis próprias desses entes, não sendo viável dizer que cumpram os requisitos previstos nas leis federais, ainda que de redação idêntica. O fato de se ter estabelecido um regime jurídico nacional e geral de parcerias leva ao entendimento tranquilo de que toda e qualquer aliança de mútua cooperação para atingimento de finalidades de interesse público e recíproco precisa estar submetida ao novel regramento. E essa aliança deve estar materializada em termo de fomento, termo de colaboração ou acordo de cooperação. É inexoravelmente por intermédio desses instrumentos que se

[145] É a opinião de Thiago MARRARA e Natália de Aquino CESÁRIO: "Nesse sentido, afigura-se adequado excluir do âmbito da Lei os contratos de gestão e termos de parceria estaduais e municipais regidos por lei própria, dando à Lei n. 13.019 um caráter mais subsidiário. Afinal, seria inaceitável supor que o Congresso edit[e] uma norma geral que é mais interventiva sobre a Administração estadual e local, que sobre a Administração federal, já que a norma geral deve ser por essência uma norma básica, vedando-se-lhe aniquilar a flexibilidade federativa ou gerar privilégios indevidos à União." (*O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor?*, p. 49).

veiculam as medidas específicas de fomento estatal, especialmente as transferências de recursos financeiros, as subvenções. Também parece razoável a incidência completa do novo regime das parcerias às OS e OSCIP estaduais e municipais, sob pena de esvaziamento completo do regramento nacional geral, pois esses entes federativos poderiam simplesmente criar novas leis específicas e submeter todas as suas parcerias aos seus ditames, contornando por completo a lei nacional.

Em princípio, considerada a sua redação, firmamos posição no sentido de que a Lei n. 13.019/2014 excluiu da sua incidência apenas as organizações sociais assim qualificadas no âmbito da Lei n. 9.637/1998 e para a finalidade de celebração de contratos de gestão apenas com a União Federal. No mais, as qualificações de OS e OSCIP criadas em outros níveis federativos, bem assim os vínculos aí estabelecidos com tais unidades políticas (contratos de gestão e termos de parceiras) estão em tudo abrangidos pela Lei n. 13.019/2014, devendo os conflitos normativos que porventura ocorram ser resolvidos em favor da norma prevista na lei nacional.

# CAPÍTULO 3. O CONTROLE DAS PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

## 1. Princípios do regime jurídico de controle das parcerias

### Introdução

O regime jurídico das parcerias com as OSC está estruturado em *fundamentos* (constituídos por *princípios* e *finalidades*) e em *diretrizes fundamentais*, conforme arts. 5º e 6º da Lei n. 13.019/2014.

*Fundamento* é o conjunto de princípios e regras sobre os quais se edifica o regime jurídico.

*Diretriz*[146] é o esboço geral de um plano, de um projeto, uma norma de procedimento ou conduta, ou uma diretiva. A diretriz traça as direções e os sentidos que a ação deve tomar. Ao fazer isso, ela dirige as condutas, dá orientação. Ela integra o planejamento, conferindo seus eixos reitores.

Os *fundamentos* daquele regime são a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos, e os princípios da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, eficiência e eficácia (art. 5º, caput, da Lei n. 13.019/2014). (art. 5º, caput, da Lei n. 13.019/2014).

Já as suas *diretrizes* são: I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público; II - a priorização do controle de resultados; III - o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação; IV - o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da

[146] A palavra não é de emprego novo na legislação. A Constituição de 1988 a utiliza para se referir aos eixos orientadores essenciais, traçados para a organização de um setor ou atividade (exemplos: diretrizes para o desenvolvimento urbano, diretrizes para o sistema nacional de viação, diretrizes da política nacional de transportes, diretrizes e bases da educação nacional, diretrizes orçamentárias, diretrizes e base do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, diretrizes da política nacional de cultura etc.). A Lei n. 6.938/81 (política nacional do meio ambiente) afirma que "As diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente serão formuladas em normas e planos, destinados a orientar a ação dos Governos..." (art. 5º).

sociedade civil; V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade; VI - a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil; VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos; IX - a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social (art. 6º da Lei n. 13.019/2014).

Esse regime jurídico tem por *finalidades*: I - o reconhecimento da participação social como direito do cidadão; II - a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; III - a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; IV - o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas; V - a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social; VI - a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa; VII - a promoção e a defesa dos direitos humanos; VIII - a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente; IX - a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais; X - a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial (art. 5º, incisos I a X).

Fundamentos, finalidades e diretrizes apresentam-se juridicamente como normas que contêm princípios, entendida essa palavra tanto como núcleo valorativo essencial quanto mandado de otimização. A diferença está no momento em que cada um atua no regime jurídico da parceria.

Os fundamentos contêm os princípios basilares onde está alicerçada a construção jurídica do instituto da parceria. Indicam os valores principais que a relação de parceria deve promover.

A gestão pública democrática é o primeiro desses valores. Revela a faceta participativa da democracia, em que os destinos do Estado não devem ser isoladamente

decididos pelos representantes do povo. Mais e mais, objetiva-se a participação direta da sociedade na gestão da coisa pública.

O regime jurídico está fundamentado nos princípios reitores da Administração Pública, porque esta é parte no ajuste. Entretanto, melhor que estivessem inseridos dentre as diretrizes desse regime, pois são princípios instrumentais, relativos às diretivas por meio das quais a parceria se desenvolve, não tendo ligação direta com os valores que ela colima atingir.

A participação social indica o caráter de colaboração público-privada, alinhando-se com o fundamento da gestão pública democrática.

O fortalecimento da sociedade civil é o vetor axiológico que aponta, a um só tempo, para a subsidiariedade da atuação estatal frente à sociedade, e para o objetivo de erradicar os fatores de vulnerabilidade do indivíduo, para que ganhe autonomia.

A transparência na aplicação de recursos seria melhor caracterizada como uma diretriz, pois diz respeito à maneira pela qual a parceria vai se desenvolver e não a um valor material que ela deva promover. Além disso, a transparência é consequência do princípio da publicidade, embora a sua menção específica dê ênfase à necessidade de ampla divulgação de todos os aspectos da relação jurídica de parceria.

As diretrizes legais podem ser concentradas e compreendidas em cinco eixos, vetores ou categorias:

a) *fomento*. Na parceria não há intervenção direta do Estado sobre a sociedade, mas incentivo, apoio, promoção das ações privadas de interesse coletivo. Daí a lei falar em promoção, fortalecimento, capacitação, incentivo;

b) *subsidiariedade*. Como consequência do fomento, prioriza-se a ação particular em detrimento da ação estatal. Não ocorre transferência de serviços públicos, mas robustecimento e encorajamento das atividades particulares, que não integram objetiva ou subjetivamente a Administração Pública;

c) *consenso*. Todo regime de parceria pressupõe o consenso, o que coloca Estado e particular em relação de horizontalidade, ainda que aquele não se desvista de prerrogativas legais pontuais de imposição do seu poder, o que ocorre não pela natureza jurídica do vínculo de colaboração, mas pelo próprio regime jurídico estatal de tutela do

interesse público, que é indelegável e inafastável por convenção. A consensualidade deflui da menção explícita à cooperação, à ação integrada;

d) *transparência*. Esta é uma preocupação fundamental do legislador, que a emprega juntamente com a palavra 'publicidade', emitindo ordem para que os momentos mais importantes das parcerias sejam amplamente divulgados, como se verá logo abaixo;

e) *eficiência*. Está estampada na exigência de controle prioritário de resultados, na utilização de boas práticas de governança, no incentivo ao emprego da tecnologia, principalmente na gestão das informações e comunicação, aperfeiçoamento dos gestores públicos.

Em síntese, as diretrizes do regime jurídico das parcerias, tanto no plano interpretativo quanto no operacional, exigem que elas sejam instrumentos consensuais, veiculadores de fomento social, priorizando soluções nascidas e desenvolvidas no seio da sociedade, tendendo à obtenção de resultados ótimos e com total transparência na relação.

As finalidades do regime das parcerias deveriam ser apenas os objetivos que se pretende alcançar com elas. Contudo, a lei mistura finalidades com diretrizes. São diretrizes (arroladas como se finalidades fossem): o reconhecimento da participação social como direito do cidadão; direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas; integração e transversalidade de procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social; valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa.

Por seu turno, são (verdadeiras) finalidades a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa; promoção e a defesa dos direitos humanos; preservação, conservação e proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente; valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais; preservação e valorização do patrimônio cultural. É para satisfazer essas finalidades que o regime jurídico foi concebido.

Essas finalidades traçam o conteúdo e os limites do próprio objeto da parceria. Algumas referem-se com clareza a certas áreas e direitos da ordem social, como cultura, meio ambiente, direitos dos índios. Outras evocam noções muito amplas, como cidadania ativa, inclusão social, desenvolvimento, direitos humanos, onde cabe qualquer espécie de objeto.

É evidente que o controle traçado pela lei abebera-se nessa plêiade de princípios, objetivos e diretrizes, que servem a um só tempo de métrica para a avaliação da conformidade das atividades fiscalizadas e régua do próprio exercício do controle. Porém, defende-se que três princípios específicos sobressaem em importância para desenhar o sistema de controle das parcerias: transparência, participação e controle social e priorização do controle de resultados. É esse tripé valorativo, extraído diretamente da lei, que dá sentido e alcance ao corpo de normas de controle, sendo objeto de estudo nos próximos itens.

### 1. *Transparência*

Transparência e publicidade não são substantivos sinônimos. A publicidade é a qualidade do que é público. Transparência é a qualidade do que é transparente. E transparente, num sentido figurado, é claro, evidente. Dar publicidade é tornar público, trazer para o domínio público. Nem sempre o que é ou está no espaço público é transparente. Assim, tornar público é divulgar, enquanto dar transparência é divulgar de modo claro. A transparência pressupõe a divulgação, pois o que não é divulgado é oculto, impedindo venha à luz.

Embora a Constituição faça menção ao princípio da publicidade (e não ao princípio da transparência), esta é o caminho através do qual se chega à transparência. O que a Constituição quer é um *estado de transparência* quanto aos assuntos públicos. Por isso, não basta que a Administração Pública divulgue; deve fazê-lo de modo claro, compreensível, simples. O dado, a informação, o documento devem ser acessíveis para que sejam consultados, analisados, registrados, divulgados.

A transparência está intimamente ligada à efetividade dos direitos. Sua existência abstrata na lei só se torna pretensão concreta na vida se a faculdade neles contida for plenamente conhecida e compreendida por seu titular. O conhecimento sobre algo dá o poder que permite transformar a faculdade abstrata em exigência concreta. Significa dizer que o efeito da divulgação transparente é o de dar poder àquele que obtém a informação, permitindo-lhe exercitar as próprias faculdades. A divulgação transparente dos negócios do Estado, portanto, é o pressuposto incontornável do exercício das liberdades fundamentais.

A garantia de igualdade perante a lei e o direito à liberdade deixam de ser simples retórica se cada um conhece intimamente a sua singularidade e os limites concretos impostos à sua liberdade por sua condição socioeconômica, assenhoreando-se do seu destino pela exigência de respeito e satisfação de seus direitos. Quem não conhece, não é livre; quem conhece, é. E a liberdade propiciada pelo conhecimento traduz-se em participação ativa da pessoa na vida pública. Logo, o combate à marginalização – objetivo da República – passa inexoravelmente pela construção de um espaço público transparente.

A publicidade sem a transparência ressente-se de um viés passivo: oferta-se qualquer informação, informação parcial, ou toda a informação, mas sem coerência, sem explicação, sem articulação, confundindo mais do que esclarecendo. Já a publicidade que leva à transparência obriga a uma postura ativa no tratamento da informação, contextualizando-a e explicando-a para que se torne compreensível[147]. A informação que tenha essa qualidade é verdadeiro instrumento para o exercício das faculdades legais, principalmente nas situações em que a ação administrativa pode atingir direitos individuais[148].

A Lei n. 13.019/2014 indica como um dos fundamentos do regime jurídico da parceria a transparência na aplicação dos recursos públicos (art. 5º, caput). A ideia de recursos públicos é a mais ampla possível, referindo-se a toda sorte de prestação que o poder público se compromete a dar na parceria, e não apenas aos recursos financeiros (até porque o acordo de cooperação não envolve transferência destes, como explica o art. 2º, VIII-A, da lei).

---

[147] Agustín GORDILO leciona: "Del mismo modo, lo que fue en el pasado sólo exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una "motivación" o explicitación de sus fundamentos, es hoy *también* una exigencia política; ahora hay un deber jurídico y político, social y cultural, de *explicar* al ciudadano o habitante por qué se le impone una norma y hay que *convencerlo* con la explicación; pues si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder y de la eficacia en el cumplimiento de la decisión. Y a la democracia es no sólo un modo de alcanzar el poder, sino también un modo de *ejercicio* de él." (*Tratado de derecho administrativo*, p. II-15, grifo no original).

[148] Jacqueline MORAND-DEVILLER explica que a "nova concepção do direito à informação é muito mais abrangente: ela refere-se ao conjunto dos atos administrativos e frequentemente o administrado não precisa pedir a informação, a qual lhe deve ser fornecida em nome da transparência" (*Droit administratif*, p. 328. No original o texto é o seguinte: "La nouvelle conception du droit à l'information est beaucoup plus large: elle concerne l'ensemble des actes administratif et très souvent l'administré n'a pas à réclamer l'information, celle-ci doit lui être donné au nom de la transparence."). Importante destacar que, na França, não existe um conjunto de princípios aplicáveis à Administração Pública, em nível constitucional. Existem normas de nível legal que garantem a divulgação dos atos do Estado, por vezes alçadas à condição de princípios pela jurisdição contenciosa administrativa. Com o advento de uma lei de 17 de julho de 1978 (que trata da comunicação ao público de documentos administrativos), a publicidade dos atos e normas passou a ser a regra, acabando com o período do "segredo administrativo", que se tornou a exceção.

Além de fundamento do regime das parcerias, a transparência também é direito subjetivo, ao lado do direito à informação e do direito ao controle social (art. 5º, IV). Essa tríade não é casual: num ambiente de transparência, o direito à informação é o meio para o exercício do controle social.

A transparência é diretriz fundamental desse regime, já que um dos seus eixos é justamente o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade (art. 6º, V). Isso quer dizer que o poder público e o particular devem desenvolver progressivamente ferramentas que facilitem não só o acesso à informação, mas também a sua compreensão, contextualizando-a no processo da parceria.

Para garantir um mínimo de efetividade ao princípio, foram estabelecidas regras para divulgação de informações essenciais sobre as parcerias celebradas. Tanto o poder público quanto a OSC devem divulgar a relação de parcerias mantidas e as informações essenciais sobre elas (arts. 10 e 11). Além disso, a "administração pública deverá divulgar pela internet os meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria." (art. 12).

O Decreto n. 6.170/2007[149], que trata da transferência de recursos da União por convênios e outros ajustes, já instituía o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal - SICONV (art. 13). Essa plataforma eletrônica registra todos os dados relevantes sobre os ajustes firmados com a União: a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas. O seu maior mérito é ser aberto ao público, via internet (Portal dos Convênios - https://portal.convenios.gov.br), possibilitando o controle social.[150]

A transparência é garantia do exercício do controle em suas múltiplas facetas. Portanto, fica demonstrada a relação umbilical entre um e outro, onde toda norma diretamente voltada à divulgação é norma de apoio à atividade de controle.

A submissão da organização da sociedade civil aos mesmos princípios da Administração Pública, dentre eles o da publicidade, não a equipara ao poder público. Divulgáveis são todos os assuntos pertinentes à parceria e não à entidade em si.

---

[149] Detalhado pela Portaria Interministerial n. 507/2011 (MPOG/CGU/MF).

[150] Porém, o SICONV não permite conhecer a natureza da entidade que celebra o convênio. Assim, o banco de dados abrange tanto entidades de benefício mútuo como de benefício público. Também não é possível separar os convênios diretos Administração-entidade e aqueles intermediados por instituições financeiras (contratos de repasse). Por fim, tampouco é possível saber, através do SICONV, quais entidades possuem qualificações específicas (OS, Oscip, UPF).

Diferentemente da Administração Pública, o princípio se justifica em razão do objeto celebrado e não da pessoa celebrante. A entidade tem o dever de divulgar apenas aquilo que a lei determina. Quanto ao restante de suas atividades particulares, não subsiste esse dever.[151] Isso se deve ao fato de que não incide o regime jurídico de direito administrativo às OSC porque elas são pessoas jurídicas de direito privado e não integram a Administração Indireta.

É evidente que o respeito à esfera de assuntos particulares da entidade não vai ao ponto de impedir a sua investigação se houver fundadas suspeitas de que tenham servido para encobrir ilegalidades cometidas com recursos públicos. Entretanto, apenas a demonstração da existência de indícios de malversação desses recursos é que autoriza o manejo de instrumentos de apuração mais contundentes e invasivos, garantindo-se, inexoravelmente, a possibilidade de defesa e reação por parte da entidade.

## 2. *Participação e controle social*

O verbo participar porta tanto significado de comunicar, de informar, quanto o de partilhar, compartilhar, associar. Aplicada essa noção às funções públicas, pode-se dizer que a participação administrativa implica identificação e satisfação compartilhada do interesse público[152].

A Lei n. 13.019/2014, por tratar de parceiras com entidades não lucrativas, é uma lei de participação num sentido amplo, pois estabelece um canal em que o Estado

---

[151] A Lei n. 13.019/2014, na sua redação original, estabelecia "a obrigação de a organização da sociedade civil inserir cláusula, no contrato que celebrar com fornecedor de bens ou serviços com a finalidade de executar o objeto da parceria, que permita o livre acesso dos servidores ou empregados dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos públicos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada, nos termos desta Lei, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante." (art. 42, XVIII). Essa obrigação foi corretamente suprimida pela Lei n. 13.204/2015, já que significava abusiva intromissão na liberdade de ação privada da entidade, inclusive com potencial para prejudicar a própria parceria, afastando eventuais interessados em manter relações com a OSC.

[152] Gustavo Justino de OLIVEIRA conceitua participação administrativa como "intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas." (*Participação administrativa*, p. 412). Odete MEDAUAR explica que a "participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se, também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses." (*O direito administrativo em evolução*, p. 230).

conclama a sociedade a decidir e a tomar parte na execução da decisão sobre os assuntos de interesse geral.

A participação social é *fundamento* do regime jurídico das parcerias (art. 5º, caput) e, ao mesmo tempo, *direito público* que este regime visa assegurar (art. 5º, II).

Enquanto fundamento do próprio regime jurídico geral das parcerias, a participação social compreende dois sentidos na lei: a participação social *pela* parceria e a participação *sobre* a parceria. No primeiro caso, a OSC que celebra a parceria se associa ao Estado na finalidade de prover uma necessidade coletiva. A parceria é a própria materialização da participação social do cidadão nas atividades públicas, já que sua atividade privada possui relevância coletiva e, ao contar com o apoio estatal, deve ser compreendida como atividade pública (embora, não necessariamente como serviço público). No segundo caso, o corpo social é exortado a exercer seu direito de fiscalizar e controlar essa ação pública, materializada na parceira. São duas formas distintas de concretizar a democracia, ambas caracterizando espécie de participação administrativa. Estando sob estudo a função de controle sobre a parceria, interessa investigar apenas a participação social como princípio reitor da função de controle, que predica o controle social.

O direito público subjetivo à participação social é a ferramenta fundamental sobre a qual estriba-se o controle social.

A primeira pretensão que ele acolhe é a de conhecer, a de ser cientificado daquilo que é de relevo. Essa norma vai mais além daquela prevista no art. 4º, caput, da Lei n. 8.666/1993, que estabelece o direito de qualquer cidadão de acompanhar o desenvolvimento do procedimento licitatório, desde que não perturbe os trabalhos. Na lei de licitações, faculta-se a vigilância distante. O diploma é algo refratário ao controle social, reputando a licitação, primeiro, como assunto interno da Administração Pública. Não se colhe desta lei uma preocupação com a transparência ativa, ou seja, uma tendência à abertura, um convite ao escrutínio pelo cidadão.

Já a lei das parcerias segue o caminho inverso: não só defere o direito à participação, como torna essa participação uma das condições essenciais para o pleno desenvolvimento da parceria. Assim, o controle social não é exercido à margem, paralelamente à ação estatal, mas é elemento intrínseco do processo de formação e execução da parceria. Como prova disso, vê-se que a lei pretende tornar a Administração

Pública mais porosa, mais acessível ao cidadão, viabilizando a pretensão de se informar. A essa pretensão corresponde o dever legal de tornar públicos alguns aspectos essenciais da parceria - em situação de transparência ativa - pela publicação na internet: da intenção de realizar o chamamento público, das propostas apresentadas, da relação de parcerias celebradas, do estado da prestação de contas, das punições impostas.

Isso vai ao encontro do que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO vaticina:

> "é preciso conscientizar a sociedade de que ela tem o direito de participar desse controle; é preciso criar instrumentos de participação, amplamente divulgados e postos ao alcance de todos. Enquanto o controle social não fizer parte da cultura do povo, ele não pode substituir os controles formais hoje existentes."[153]

O controle social é peça fundamental porque é espontâneo (fiscaliza quem quer), virtualmente barato (cada pessoa é uma controladora em potencial), altamente capilarizado (sempre haverá pessoas interessadas em obter informações ou prestá-las), independente (o cidadão não se submete senão à sua consciência) e efetivo (um pedido de informação ou uma denúncia aos órgãos oficiais, bem formulados, conseguem até mesmo embaraçar, coibir ou desfazer malfeitos com sucesso). Daí o papel central que merecidamente foi dado a essa espécie de controle pela nova lei das organizações da sociedade civil.[154]

### 3. *Priorização do controle dos resultados*

Sustenta-se neste trabalho que a priorização do controle de resultados, prevista no art. 6, II, da Lei n. 13.019/2014, é um dos princípios fundamentais que alicerçam ao sistema de controle sobre as parcerias com OSC. A confirmação dessa hipótese deve partir de perguntas simples: o que é controle de resultados? O que é controle de meios? Qual o

---

[153] *Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares*, p. 438.

[154] Maria Tereza Fonseca DIAS também ressalta o relevante papel do controle social: "O controle social tem um papel preponderante e de centralidade em relação aos mecanismos institucionais de controle, por ser difuso e por provocar os demais instrumentos [de] controle." (*Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 405). Paulo MODESTO vai mais longe: "O Poder Público é péssimo controlador e seus cartórios de títulos são pouco mais do que inúteis. Ele precisa da sociedade civil para controlar a si próprio e a suas parcerias sociais, o que se viabiliza apenas com vínculos estruturados, estáveis e detalhadamente planejados e divulgados." (*Parcerias público-sociais em transformação*, p. 21).

sentido e o alcance da diretriz legal de *priorização* daquele controle?

A partir dessas indagações preliminares, outras mais sofisticadas e críticas podem ser formuladas em seguida: a nova lei das parcerias realmente traz normas que dão concretude àquele princípio? Em caso positivo, é boa a disciplina legal sobre o tema à luz do direito até então vigente, constituindo evolução? Considerando a qualidade desta disciplina, quais os possíveis desafios jurídicos à sua efetivação?

*O que é controle de resultados? O que é controle de meios?* De modo sintético, controle, como já visto, é atividade de verificação da conformidade de uma ação a certo parâmetro. Quanto mais abrangentes e diversificados sejam os parâmetros, mais aspectos ou perspectivas da ação são passíveis de verificação. Esses diferentes aspectos aferidos é que predicam o tipo de controle. Logo, um controle de resultados tem por foco os efeitos produzidos pela ação verificada. Esses efeitos constituem justamente o aspecto enfocado pelo denominado controle de resultados. Em contraposição, o controle de meios volta os olhos para os elementos que funcionam como "ingredientes" (condições prévias, pré-requisitos) para o desenvolvimento da ação.[155]

Sob a perspectiva dos modos de exercício do controle, ele pode ser classificado sob o aspecto da atividade que é controlada em: controle da legalidade, de mérito[156] e da *boa administração*. O controle de resultados insere-se nesta última espécie, englobando os aspectos da eficiência e da gestão[157]. Essa espécie de controle se debruça sobre as consequências concretas, os efeitos práticos da atividade, verificando se ela atingiu as metas, os objetivos, os resultados esperados.

Como a presente investigação é de caráter dogmático jurídico, o que importa é

---

[155] A separação *controle de meios* e *controle de resultados* é artifício lógico que tem utilidade para compreender uma realidade complexa, dividindo-a em elementos menores mais simples e fáceis de investigar e explicar. Como se verá, a lei se vale dessa divisão para pôr ênfase no aspecto controlado, extraindo daí consequências jurídicas específicas. Contudo, as categorizações do direito não podem se impor artificialmente àquilo que é ontologicamente unitário para chegar a resultados normativos absurdos, incompatíveis com a experiência concreta. Dizendo isso, pretende-se esclarecer que, muitas vezes, não será possível separar com a nitidez desejada o que é causa do que é efeito, o que é meio do que é resultado. Tal situação não é empecilho para a aplicação das normas, sendo apenas circunstância a reclamar juízos mais elaborados do intérprete e aplicador, que levem em conta a organicidade do direito, a prudência, a razoabilidade, o bom-senso, as finalidades.

[156] Embora de uso corrente pelos operadores do Direito, na área do direito administrativo, a palavra "mérito" não é técnica, pois é empregada de modo muito impreciso, principalmente para circunscrever o campo de atuação discricionária do administrador, prescindindo, contudo, de elementos concretos que identifiquem quando uma decisão é, de fato, discricionária ou não. Para se evitar confusões, ela se refere, neste trabalho, ao vasto campo das decisões editadas preponderantemente sob critérios de conveniência e oportunidade, nas hipóteses em que a lei confere ao administrador o poder de empregar tais juízos.

[157] Odete MEDAUAR, *Controle da administração pública*, p. 46.

saber se o ordenamento jurídico comporta essa divisão de controles, a despeito de outros sentidos que as palavras "meios" e "resultados" possam assumir em outras áreas do conhecimento das ciências humanas[158]. Assim, cabe aqui localizar de que forma emerge do direito posto essa separação.

Numa abordagem inicial, pode-se dizer que é condição para o início e desenvolvimento de qualquer ação a sua *legalidade*, ou seja, a sua conformidade ao Direito (amplamente considerado). A ação, desde a sua fase de programação pelo poder público, passando pela fase de seleção da entidade, execução do objeto da parceira e finalização natural dos trabalhos deve se dirigir conforme as regras jurídicas a ela aplicáveis. Sob essa perspectiva, é equivocado atrelar o controle de meios a esta ou aquela etapa da parceria.

Controle de meio não é sinônimo de controle prévio ou concomitante, assim como controle de resultados não é sinônimo de controle posterior. O aspecto que os diferencia não é temporal, mas de natureza da atividade aferida. Medidas de controle de resultados podem e devem ser adotadas ou previstas antes mesmo da celebração da parceria, enquanto que medidas típicas do controle de meios podem ser aplicadas muito depois do encerramento formal da parceria. Aliás, o controle de resultados pressupõe atuação estruturada, clara e precisa justamente nas fases iniciais, quando do planejamento da relação de parceria[159].

Avançando no raciocínio, o controle de meios se ocupa de saber se em cada etapa relevante da parceria foram observadas as condições legais fundamentais daquela atividade, ou seja, se as proibições (não fazer) foram observadas, se as prescrições positivas (fazer) foram cumpridas e se as ações estão em conformidade com os princípios aplicáveis, *pouco importando as consequências daí advindas* (seja quanto ao cumprimento, seja quanto ao descumprimento).

Nesse sentido, o controle de meios é, fundamentalmente, um controle de legalidade e legitimidade[160]. Significa dizer que ele se limita a saber se o fato ou ato

---

[158] Como, por exemplo, a administração pública, a sociologia, a contabilidade. Pode ocorrer, contudo, duas hipóteses muito interessantes: 1) o conceito jurídico ser muito similar ao conceito desenvolvido por essas ciências; 2) o conceito jurídico acolher o núcleo conceitual essencial dessas ciências, positivando-os para fins jurídicos.

[159] Thiago Lopes Ferraz DONNINI leciona com precisão: "Se a Lei define a priorização do controle de resultados como diretriz do regime jurídico das parcerias (art. 6º, II), não há outro caminho senão fortalecer e valorizar os bons processos de planejamento." (*Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na lei n. 13.019/2014*, p. 202).

[160] É corrente encontrar nos textos normativos e na doutrina sobre controle da Administração Pública a referência às duas expressões separadamente. Porém, não é de boa lógica – indo de encontro ao rigor

analisados se estão em conformidade com as normas aplicáveis. A diferença entre o juízo de legalidade e o juízo de legitimidade não é clara. Há quem diga que, ao empregá-la, o legislador buscou impedir que o controle se limite a formalismos, ao excessivo apego a procedimentos[161]; outros defendem que se trata de examinar a moralidade do ato[162]; também há quem afirme que a legitimidade é princípio democrático que demanda "*fidelidade ao atendimento dos interesses públicos primários*"[163].

Não há empecilhos para que todas essas contribuições convirjam para insuflar sentido à palavra. Apesar da dificuldade em extrair a essência da legitimidade, ela parece pressupor uma relação. Enquanto a legalidade estrita e formal supõe juízo isolado de pura subsunção do fato à regra legal, a legitimidade demanda avaliação da adequação, da pertinência daquele fato à finalidade última objetivada (daí a relação). Por isso, um determinado negócio jurídico celebrado com dinheiro público pela OSC pode ser legal se consideradas apenas as normas que disciplinam esse negócio. Contudo, pode revelar-se ilegítimo se não tiver pertinência com a finalidade determinada pela lei e expressa de modo concreto no instrumento da parceria, ou mesmo ser contrário aos princípios do direito. É caso de ato formalmente legal, mas juridicamente ilegítimo, e, por isso, inválido.

Em resumo, o controle de meios foca a atividade na sua origem, nas suas bases, observando os fatos que dão vida ao objeto, que põem em marcha a execução da parceria. Esses fatos materializam-se através de gastos com dinheiro público transferido, de uso de bens públicos cedidos, de trabalho do pessoal da entidade. O controle de meios apura se esses fatos existiram, se efetivamente ocorreram, quais as suas características e se atendem às finalidades determinadas pelas regras (da lei e da parceria).

Já o controle de resultados observa justamente a outra ponta, a dos efeitos, das consequências, correlacionando-as com as metas estipuladas.

Uma observação inicial se mostra pertinente. O controle de resultado não deixa de ser um controle de legalidade, na medida em que a aferição do alcance de metas não deixa de ser feito com fundamento em normas legais. É dizer, também esse aspecto do controle é regido pela legalidade, como não poderia deixar de ser, já que representa função prevista

---

científico – julgar que sejam coisas diferentes. Ora, é evidentemente inválido supor a existência de uma ação juridicamente legítima que não seja legal. Assim, a palavra legalidade possui contornos muito amplos, sendo compreendida como conformidade ao Direito. Como esse compreende o ordenamento jurídico-positivo, aí inseridos princípios explícitos e implícitos, não é viável imaginar que uma ação legítima não seja legal.

[161] Juarez FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 114.

[162] Pedro Roberto DECOMAIN, *Tribunais de contas no Brasil*, p. 202.

[163] Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 86.

no ordenamento jurídico. Assim, pressupondo essa incontornável base legal, a diferença está mais no aspecto controlado, no tipo de avaliação que é feita, cuja nota distintiva é debruçar-se sobre os efeitos, as consequências da parceria. Sob esse prisma, é possível diferenciar o simples exame da legalidade do exame dos resultados. O primeiro cuida da simples aferição do gasto sob perspectiva formal, segundo as balizas normativas que dirigem e limitam o uso dos recursos públicos; o segundo foca os efeitos do emprego destes recursos no que tange ao atingimento de metas. Toda essa atividade está globalmente regida pela legalidade, diferenciando-se em função do enfoque analisado.

Os critérios de avaliação dos resultados são a eficácia, a eficiência (compreendida a economicidade[164]) e a efetividade. A eficiência diz respeito à relação entre a atividade produzida e os meios consumidos ou mobilizados, devendo ser a melhor possível. A eficácia refere-se ao grau de alcance das metas, dos objetivos planejados, em termos de produção ou atendimento[165]. Já a efetividade está relacionada ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Ela avalia a relação entre os resultados de uma intervenção ou programa e os efeitos produzidos na população-alvo, ponderando os impactos observados e os impactos esperados.[166]

Portanto, o controle de meios está relacionado à legalidade e legitimidade, preocupando-se com a "comprovação da aplicação dos recursos"[167], enquanto o controle de resultados está adstrito à verificação da eficácia, eficiência e efetividade.

Essa separação está presente no ordenamento jurídico. A Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) diz que o controle interno tem, dentre outras, a finalidade de "comprovar a *legalidade* e avaliar os *resultados* quanto à eficácia e eficiência da gestão" (art. 49, III – grifo nosso). O regimento interno do TCU (Resolução TCU n. 155, de 4.12.2002) refere-se a controle de meios quando diz que os processos de prestação ou tomada de contas deverão conter elementos que "evidenciem a *boa e regular aplicação dos recursos públicos* e, ainda, a *observância aos dispositivos legais e regulamentares aplicáveis*." (art. 194 – grifo nosso). Mais adiante, o regimento interno diz que as fiscalizações feitas pelo TCU se destinam a "verificar a *legalidade*, a *economicidade*, a *legitimidade*, a *eficiência*, a *eficácia* e a *efetividade* de atos, contratos e fatos

---

[164] Explica Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que o princípio da economicidade "trata de aferir o desempenho em termos de *custo-benefício* da *administração pública*." (Ibid., p. 116 – grifos do autor).

[165] BRASIL. Tribunal de contas da união, *Manual de auditoria operacional*, p. 12.

[166] *Ibid.*, p. 12.

[167] Para usar a expressão utilizada no texto do art. 8º da Lei n. 8.443/1992.

administrativos.” (art. 230 – grifo nosso). Esse texto legal fala que a auditoria serve para examinar a *legalidade* e a *legitimidade* dos atos de gestão (controle de meio), bem como para avaliar o *desempenho* de órgãos e entidades (controle de resultado), a teor do art. 239. O referido regimento, ao se referir à fiscalização de convênios, determina, no seu art. 254, §1º, que deverão ser verificados “o atingimento dos objetivos acordados” (controle de resultado), “a correção da aplicação dos recursos” e a “observância às normas legais e regulamentares pertinentes e às cláusulas pactuadas” (controles de meio).

Como visto, sobejam exemplos da distinção entre os dois aspectos verificados pela atividade de controle. Chega a ser intuitivo que se trata de critérios aferidores complementares, pois de nada adiantaria verificar o bom emprego dos recursos e a observância das normas sem enxergar em que isso acarretou, ou seja, quais os resultados obtidos. Disso se extrai interessante conclusão: ainda que observada a lei, a boa-fé, a ética, com emprego regular dos recursos, é possível que os resultados não sejam satisfatórios, ante as metas estipuladas. É certo que isso não poderá acarretar punição, mas certamente justificará recomendação para alteração da parceria, em se tratando de controle externo, ou a decisão imediata e direta para que isso ocorra (no caso da Administração Pública celebrante do ajuste).

Um exemplo, neste ponto da explicação, ajudará a ver como operam os controles de meio e de resultado, servindo também para a compreensão da próxima etapa do desenvolvimento deste raciocínio (concernente à priorização do controle de resultado). Imagine-se que uma associação sem fins lucrativos dedicada à prestação de serviços terapêuticos de equoterapia adquira um cavalo com dinheiro público, advindo de parceria celebrada com o município, para atender gratuitamente crianças e adolescentes portadores de deficiência. O gasto terá sido eficiente se o animal adquirido tiver condições de atender mais pacientes por sessão que os demais animais, com o mesmo (ou menor) custo de manutenção. A aquisição contribuirá para a efetividade da terapia se houver indicação comprovada da melhora na saúde e qualidade de vida das pessoas atendidas e suas famílias (algo que se afere por entrevistas, pesquisas com os pacientes, análise de prontuários, avaliação terapêutica).

O controle de meios afere se o gasto realmente existiu e foi feito no montante declarado (examinando a nota fiscal e a guia de transporte do semovente), se havia lei autorizando o investimento (repasse a título de contribuição ou auxílio) e se ele estava contemplado no instrumento da parceria. Em seguida - iniciando o juízo de legitimidade -,

examina-se a pertinência deste gasto, que, no caso, é evidente em face da sua compatibilidade com o objeto do ajuste colaborativo.

Em seguida, avalia-se a relação do preço pago com o valor de mercado do bem e, além disso, mesmo que haja essa compatibilidade, investiga-se a razoabilidade do investimento, ou seja, se apenas o animal com certas características era necessário e suficiente para o desempenho da atividade (considerando ser notório existirem cavalos de raça e procedência singulares, a preços elevados, e outros sem raça ou procedência conhecidas, de baixo valor).

Já o controle de resultado dá conta de examinar o efeito produzido por essa aquisição. O gasto terá sido eficaz se tiver contribuído de modo direto para o atingimento da meta estipulada de atendimento de pacientes atendidos pela equoterapia.

*Em que consiste, de modo geral, a priorização do controle de resultados?* Priorizar é dar primazia, é pôr em primeiro lugar, é dar preferência a determinados elementos ao colocá-los numa ordem. A priorização não implica, necessariamente, exclusão ou afastamento completo de um elemento do conjunto ordenado, mas apenas preferência de um elemento em relação a outro num processo.

Ao dizer que o controle dos resultados deve ser priorizado pelos órgãos incumbidos da fiscalização das parcerias, a lei quer dizer que os recursos humanos e materiais da atividade de controle – naturalmente escassos - devem ser preponderantemente alocados para a aferição da eficácia, da eficiência e da efetividade da relação de colaboração, com o escopo último de decidir se ela atende da melhor forma o interesse público.

A priorização da aferição do desempenho não significa exclusão do controle de meios, mas conferir-lhe menos ênfase; é não dirigir a maior parte dos recursos públicos, afetados ao controle, com a verificação da conformidade dos atos realizadores de despesa.

O objetivo é que o agente incumbido do controle não se limite à verificação formal da ocorrência da despesa, da existência de documento hábil que lhe dê suporte e se ela é legal à luz da legislação de regência. A lei não quer que *apenas* o controle de meios seja feito ou que seja feito *em primeiro lugar*.[168] Ela deseja, em caráter *principal* e

[168] A Administração Pública não pode se converter num escritório de contabilidade ou numa auditoria externa para revisar peças e documentos contábeis da entidade parceira. Esse papel não espelha a missão de controle. Porém, na prática, é apenas isso que se faz, especialmente nos municípios.

*prioritário*, que seja lançado um olhar crítico sobre a *qualidade* deste gasto, atributo esse que será aferido pelo relatório de execução das atividades.

O controle formal do gasto, consistente na avaliação da idoneidade integral do documento que o respalda (autenticidade do suporte físico e veracidade da informação por ele suportada), não deixa de ser importante, notadamente num país como o nosso, onde a corrupção é um valor (negativo) que dirige parcelas não desprezíveis das relações públicas e privadas. Porém, esse controle deve ser exercitado de modo inteligente. No plano do controle prévio, devem ser empregados instrumentos eletrônicos de realização, registro, comunicação e divulgação de despesas, através de plataformas públicas seguras, seguindo padrões uniformes editados pelo poder público, permitindo sobretudo o controle social. No plano do controle posterior, as despesas devem ser auditadas de modo impessoal, por amostragem, calibrando a periodicidade e a intensidade das análises em função do vulto financeiro das parcerias.

Nessa linha, as escolhas de alocação de recursos da entidade sofrem um exame mais profundo, podendo haver ampla interferência da Administração Pública para apontar, criteriosa e objetivamente, se a decisão é econômica e socialmente benéfica. E mais: todos os agentes envolvidos no processo de controle têm o dever de avaliar o resultado, nos limites das suas atribuições. A priorização do controle de desempenho não é uma atribuição deste ou daquele servidor, mas uma diretriz que dá orientação à forma pela qual se deve executar a tarefa.

Habitualmente, o controle de meios e o controle dos resultados ficam a cargo de servidores distintos, ainda que pertencentes ao mesmo órgão da Administração Pública, o que é decorrência das especificidades de cada espécie de controle, justificando competências técnicas distintas de cada agente público[169]. Porém, a parceira é uma só e tem um único escopo definido, o que demanda trabalho conjunto e em equipe. O que não é viável à luz da priorização é realizar primeiro o controle dos gastos, o controle puramente contábil, antes de realizar o controle dos resultados. Este deve vir primeiro, não podendo estar condicionado à realização prévia daquele.

A priorização está diretamente relacionada ao princípio da eficiência, sendo um vetor de realização desta. O controle eficiente é aquele que otimiza os recursos disponíveis,

---

[169] Apurar a idoneidade de notas fiscais, de recibos, de guias de recolhimento de tributos, de balancetes e demonstrativos financeiros envolve conhecimentos de contabilidade, enquanto que a verificação da execução específica do objeto da parceria justifica mínimo conhecimento sobre a natureza da atividade desenvolvida.

alocando-os da melhor maneira possível. Isso é conseguido através de planejamento prévio, com distribuição clara de atribuições, escolha e efetivo emprego de instrumentos adequados de fiscalização (monitoramento, avaliação, inspeção etc.), estabelecimento de metas e prazos para a própria execução do controle.

As observações e apontamentos oriundos da análise de desempenho não representam simples recomendações ou sugestões; eles integram e completam a atividade de controle, que é uma só, estando regida como um todo pelo Direito. Logo, a motivação e a decisão adotadas pelo órgão controlador quanto a esses aspectos do controle sujeitam-se a exame de legalidade como qualquer outro ato administrativo. Uma parceria que chega ao fim com resultados insatisfatórios à luz dos parâmetros de avaliação prefixados imputa responsabilidade não só à entidade e seus gestores, mas também aos agentes incumbidos do controle, se, injustificadamente, permitiram que recursos públicos fossem alocados de modo ineficiente por falta de exercício (ou exercício negligente) da prerrogativa legal e contratual de fiscalização.

*Ainda que estipule a priorização do controle de resultados como princípio, é possível concluir que a nova lei das parcerias realmente traz normas que dão concretude a essa diretriz?*

Para Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER a resposta é negativa. Segundo afirma, embora a Lei n. 13.019/2014 preveja explicitamente a priorização do controle de resultados, o enunciado legal "foi mal empregado", havendo "falha no sentido de incapacidade de efetivamente se assegurar uma política de *priorização* de controle de resultados".[170] Citando o art. 59 na sua redação original[171], ele explica que há uma equivalência entre controles de meios e de resultados, o que põe por terra a priorização

---

[170] *Comentários sobre a convivência do controle de resultados e de meios nas parcerias voluntárias: uma análise a partir da Lei Federal n. 13.019/2014*, p. 124.

[171] Era assim redigido o art. 59 antes da Lei n. 13.204/2015: Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil. Parágrafo único. O relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria, sem prejuízo de outros elementos, deverá conter: I – descrição sumária das atividades e metas estabelecidas; II – análise das atividades realizadas, do cumprimento das metas e do impacto do benefício social obtido em razão da execução do objeto até o período, com base nos indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho; III – valores efetivamente transferidos pela administração pública e valores comprovadamente utilizados; IV – quando for o caso, os valores pagos nos termos do art. 54, os custos indiretos, os remanejamentos efetuados, as sobras de recursos financeiros, incluindo as aplicações financeiras, e eventuais valores devolvidos aos cofres públicos; V – análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas; VI – análise das auditorias realizadas pelos controles interno e externo, no âmbito da fiscalização preventiva, bem como de suas conclusões e das medidas que tomaram em decorrência dessas auditorias.

pretendida, já que se exige comprovação do emprego dos recursos públicos, com análise das despesas e valores efetivamente transferidos: "A priorização do controle de resultados, em verdade, inexiste, pois, por mais que a entidade tenha atingido as metas pactuadas, as suas contas poderão ser rejeitadas caso não haja comprovação de determinada despesa ou ausência de correlação específica entre uma despesa e a previsão no plano de trabalho."[172]

O autor também critica a inserção de hipóteses de condutas configuradoras de ato de improbidade na Lei n. 8.429/1992, que podem ser cometidas no bojo da relação de parceria que, segundo sustenta, promoveram "perigosa equivalência entre um ato irregular e um ato de improbidade".[173]

De se consignar que as críticas endereçadas à lei tiveram em mira a sua redação original. Ela foi substancialmente alterada pela Lei n. 13.204/2015, inclusive em questões relativas a controle. Porém, mesmo sob a égide do texto inicial, as críticas não procediam e continuam a não proceder. A priorização pressupõe convivência entre os elementos (os priorizados e os não priorizados), e não aniquilação de uns em favor de outros. A priorização impõe racionalidade no emprego dos recursos. Significa ver primeiro e com mais energia se houve o atingimento das metas e dos benefícios para depois investigar os gastos em si. Isso implica, como o próprio autor defende, adotar, por exemplo, avaliação por amostragem no controle de meios. Porém, não conflita com a priorização do controle de resultados a avaliação rigorosa da legalidade e legitimidade do gasto. A entidade deve empregar bem o dinheiro público e prestar um bom serviço. Uma coisa não interfere na outra; antes, há complementaridade, pois a despesa bem-feita leva a bons resultados (ressalvadas situações extraordinárias, imprevisíveis e inafastáveis).

Mesmo antes do advento da Lei n. 13.019/2014, a própria sistemática de controle feita pelo Tribunal de Contas da União – contida na Lei n. 8.443/1992 – já previa distinção na avaliação das irregularidades (em função da sua gravidade) com consequente gradação das sanções. Basta ver que as hipóteses legais que acarretam o reconhecimento da irregularidade das contas são, todas elas, muito graves: omissão no dever de prestar contas;

---

[172] *Comentários sobre a convivência do controle de resultados e de meios nas parcerias voluntárias: uma análise a partir da Lei Federal n. 13.019/2014*, p. 129. Rodrigo Augusto Lazzari LAHOZ diz que a lei das parcerias é dúbia quanto à alegada priorização: "...observa-se que a Lei n. 13.019/2014 possui disposições que deixam em dúvida quanto ao objeto do controle das contas prestadas pelo parceiro privados, eis que ora pendem para o foco nos resultados, ora priorizam o controle dos meios de execução da parceria. O Decreto n. 8.726/2016, ao minuciar a Lei n. 13.019/2014, também reproduziu este espírito dúbio de controle." (*De contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados?*, p. 388).

[173] Ibid., p. 131.

prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos (art. 16, III).

Nesse ponto, a Lei n. 13.204/2015 acrescentou o §2º ao art. 72, permitindo que a OSC ressarça o erário através de execução de novo plano de trabalho, desde que não tenha agido com dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral dos recursos.

Por fim, a inserção de novas figuras típicas na lei de probidade administrativa segue a mesma lógica das infrações à moralidade que podem viciar os contratos administrativos. Além disso, todas as figuras típicas demandam exame do elemento subjetivo do tipo (dolo) ou elemento normativo do tipo (culpa), não havendo mudança alguma na sistemática legal da avaliação do ato ímprobo que permita equipará-lo a um ato meramente ilegal. O acréscimo das novas figuras em nada modificou a caracterização de *qualquer* ato de improbidade como aquele ato ilegal *qualificado* pela vontade livre e consciente de violar o comando legal ou que o violou por negligência, imperícia e imprudência graves.

A busca por resultados é uma preocupação central da Lei n. 13.019/2014, que se refere a eles em vários momentos. No processo de seleção, a Administração deve adotar critérios e indicadores objetivos e padronizados para avaliação de metas e dos resultados (art. 23, parágrafo único, II e VI). A prestação de contas é o procedimento apropriado para aferir o alcance das metas e resultados previstos (arts. 2º, XIV, 64). As pesquisas de satisfação podem ser realizadas para avaliar o cumprimento dos objetivos pactuados (art. 58, §2º). A análise técnica da prestação de contas deve obrigatoriamente levar em consideração os resultados já alcançados e seus benefícios, os impactos econômicos e sociais, o grau de satisfação do público-alvo e a possibilidade de sustentabilidade das ações após a conclusão do objeto pactuado (art. 67, §4º, I). Há previsão obrigatória de uma comissão de monitoramento e avaliação (art. 2º, XI). O instrumento da parceria deve prever como cláusula essencial a forma de exercício do monitoramento e da avaliação, com indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade (art. 42, VIII). A Administração Pública promoverá o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria (art. 58, caput), devendo realizar pesquisa de satisfação com os beneficiários quando o ajuste durar mais de um ano, utilizando os resultados como subsídio na avaliação do cumprimento dos objetivos pactuados (art. 58, §2º). O relatório técnico da

comissão de monitoramento e avaliação deverá realizar análise das atividades realizadas, do cumprimento das metas e do impacto do benefício social obtido (art. 59, II).

A menção a essas normas demonstra que o princípio da priorização da aferição de resultados não restou isolado e repudiado pela própria disciplina legal da lei na construção das regras específicas que moldam a atividade de controle. Há verdadeira harmonia entre a norma de princípio e as regras de conduta e organização, todas dando preeminência à aferição do resultado em detrimento do controle de meio, que, contudo, não resta anulado ou enfraquecido.

Logo, será ilegal a ação administrativa que, na aplicação cotidiana da lei das parcerias, continue aferrada ao mero controle de meios, confeccionando relatórios de análise de metas artificiais, meros modelos que se repetem por comodismo, sem efetivo exame da realidade concreta, deixando de realizar visitas ao local, deixando de realizar pesquisa de satisfação ou de levar em conta os seus (maus? insatisfatórios?) resultados.

Porém, advirta-se que o juízo pela ilegalidade pela falta de atendimento a resultados demanda muita cautela, sensatez e prudência por parte do controlador.

Atualmente, um dos grandes desafios jurídicos do controle de resultados é justamente a ausência de parâmetros normativos adequados (em quantidade e qualidade) para regrar a atividade de aferição de metas, custo-benefício e proveito social (universo do princípio da eficiência) e desencadeamento de consequências em razão de juízo de não conformidade (medidas corretivas, responsabilidades). Os agentes públicos e os particulares em colaboração com o Estado devem ter a tranquilidade necessária para estabelecer relações duradouras e complexas sem o risco de censura por parte dos órgãos de controle (principalmente os externos) quando do manejo de diretrizes que comportam razoável elasticidade na sua interpretação, caso das noções de ‘eficiência’, ‘economicidade’, ‘efetividade’, ‘eficácia’.

Não é viável julgar que um prefeito e uma organização da sociedade civil incorreram em ato de improbidade por “violação ao princípio da eficiência” (art. 11, caput, da Lei 8.429/1992) apenas porque entabularam parceria que se revelou inócua, pouco produtiva, que não atingiu os resultados esperados, enfim, que fracassou por alguma razão que não seja a sua celebração com o fim de praticar ato de corrupção.

É tarefa do Direito conferir estruturação legal mínima para concretizar o que se entenda, nas relações de parceira, por eficiência, dimensionando com clareza o conteúdo e

os limites dos resultados, conformando por reflexo os limites do seu controle. Isso trará segurança jurídica para os envolvidos na parceria, quando submetidos a controle.[174]

A Lei n. 13.019/2014 parece atender a esse reclamo ao trazer parâmetros mínimos, uniformes e gerais de aferição de resultados, propiciando maior segurança jurídica tanto aos controladores, quanto aos controlados. Isso porque: a) determina o estabelecimento de critérios e indicadores padronizados quanto a metas, indicadores, quantitativos e qualitativos, de avaliação de resultados (art. 23, II e VI); b) indica a forma de cumprimento das metas no plano de trabalho e, sobretudo, a definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento dessas metas (art. 22, III e IV); c) condiciona a celebração da parceira à confecção de parecer técnico que deverá pronunciar-se sobre a descrição dos meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos (art. 35, V, e).

Tem-se aí densidade normativa minimamente adequada a permitir clareza na aferição de resultados, trazendo maior segurança ao momento do controle. O que a lei exige, no final das contas, é que o gestor público realize adequado planejamento da parceria para colher bons frutos adiante. Para além da estruturação normativa básica viabilizadora deste planejamento, incumbe à Administração Pública estabelecer a metodologia para mensuração do desempenho, visando controlar o alcance de resultados.[175]

Como reflexão final para este tópico, a priorização do controle de resultados não

---

[174] Rodrigo Pagani de SOUZA leciona com precisão cirúrgica: "Nas várias frentes da administração pública, em que o compromisso com resultados se faça manifestar, o que se requer, antes de tudo, são normas que promovam segurança jurídica. Segurança quanto a quem é competente para formular as metas ou monitorar o seu cumprimento; quanto a quais os processos para se fixa-las; quanto às consequências de seu eventual descumprimento; quanto aos possíveis conteúdos das metas a fixar; entre outros tantos elementos básicos. (...). A proposta aqui é de cuidar para que, diante da aspiração de uma administração pública especialmente comprometida com resultados a oferecer, haja segurança jurídica quanto ao que isto signifique ou possa significar." (*Em busca de uma administração pública de resultados*, p. 59 e 60).

[175] O diagnóstico é de Fabrício Contato Lopes RESENDE. O jurista defende justamente que a regulamentação do controle de resultados trazida pela Lei n. 13.019/2014 "...somente atingirá o fim de instituir um sistema de controle de resultados efetivo se for embasada em uma adequada metodologia de avaliação de desempenho". Nesse sentido, recomenda o acolhimento da proposta de Beatriz Camasmie Curiati Salione de transplantar do setor privado ao público, com adaptações, a metodologia denominada *balanced scorecard* para controle de metas. Por meio de um 'mapa estratégico', objetivos estratégicos da organização relacionam-se entre si seguindo as perspectivas do cliente, das finanças, dos processos internos e da aprendizagem. No plano público, isso serviria para a "busca por excelência do desempenho no cumprimento de sua missão, com eficiência ou redução de custos, sem intenção de lucro." (*Controle de resultados e avaliação de desempenho nas novas parcerias da administração pública*, p. 254-256).

pode ser enxergada como escolha feita *em detrimento absoluto* do controle de meios. Um não exclui o outro. Ambos são simples fases ou enfoques de uma atividade que deve ser vista na sua unidade, como dito acima. A questão que realmente merece debate é saber como equilibrar os recursos empregados no controle em cada aspecto controlado, em vista da sua natural escassez. A priorização do resultado não necessariamente implica dar mais liberdade para gastar o dinheiro público, mas sim exigir maior compromisso com a efetividade, eficiência e a eficácia. Significa rastrear a regularidade do gasto pelo fim (o que ele produziu), ao invés de trilhar todo caminho que o dinheiro percorreu desde o começo (onde ele foi empregado).

Aliás, a confirmar a boa escolha da lei pela aferição do resultado, dificilmente uma parceria desvirtuada para satisfazer finalidades desonestas vai ser efetiva, vai gerar bons frutos. A falta de efetividade e de eficácia será o indício necessário e suficiente para mergulhar a fundo no destino dado à verba pública, através do controle de meios. Mas o controle da conformidade financeira terá doravante função ancilar, será auxiliar do controle de resultados, atuando num segundo momento[176]. A priorização do resultado força, portanto, a introjeção de nova lógica na mentalidade e cotidiano dos controladores.

Além disso, o regime jurídico de controle das parcerias deve ser concebido de tal modo que as OSC e seus dirigentes tenham em mente a certeza de que serão duramente punidos caso incorram em práticas ilegais. É a certeza da punição, aliada a castigo equilibrado e justo, e não tanto a gravidade da sanção, a razão fundamental do sucesso de qualquer sistema de controle, fortalecendo-se a sua função preventiva e pedagógica, e não tanto a repressiva.

Consagrando a priorização dos resultados, o Decreto n. 8.726/2016, que regulamenta a Lei n. 13.019/2014, previu justamente que os aspectos que dizem respeito ao cumprimento do objeto são avaliados primeiro. Se houver elementos indicativos do cumprimento do objeto e do alcance das metas, o controle encerra-se aí. Caso não haja cumprimento, as metas não tenham sido atingidas ou haja indícios de irregularidades, deflagra-se (portanto, subsidiariamente) o controle de meios. Segundo o referido decreto, primeiro há a apresentação do relatório de execução do objeto (art. 55). Não comprovado o alcance das metas ou se houver evidência de ato irregular, aí sim é exigido o relatório de

---

[176] Laís de Figueiredo LOPES, *Novo regime jurídico da lei n. 13.019/2014 e do decreto federal n. 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do estado com organizações da sociedade civil*, p. 39.

execução financeira (art. 56). Isso vale tanto para a prestação de contas anual (arts. 59, §3º, e 60, §3º), quanto para a prestação de contas final (arts. 63 e 64). É exemplo que estados e municípios deveriam seguir.

Houve uma mudança profunda de enfoque, já que a regularidade da execução do objeto vai ser verificada primeiro e majoritariamente através da aferição da realização efetiva do projeto ou programa, do alcance das metas e dos impactos econômicos e sociais promovidos pela parceria. Apenas se esse controle revelar inconsistências é que se aciona a avaliação financeira. Atualmente, é o caminho contrário o trilhado. Essa mudança demanda transformação na própria mentalidade do agente controlador. Além disso, para que o controle de resultados tenha sucesso, a lei deve propiciar a articulação entre os órgãos dele incumbidos, dotando-os de independência, com atribuições claras, procedimentos céleres, mas respeitosos das garantias individuais.[177]

## 2. Órgãos, agentes e entidades envolvidos no controle

De um ponto de vista amplo, inúmeras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas e privadas, podem ou devem exercitar algum controle sobre as parcerias. São elas: Administração Pública (agente público, gestor, comissão de avaliação e monitoramento, controladoria geral, ouvidoria), Legislativo (Parlamentos, Tribunal de Contas), Ministério Público, Judiciário, sociedade (cidadão, auditorias), organização da sociedade civil (controladoria, ouvidoria, conselho fiscal).

Dentre os órgãos tradicionais de controle dito externo, inserem-se o Tribunal de Contas, o Ministério Público e o Judiciário. A competência de cada um emerge da própria Constituição[178]. A Lei n. 13.019/2014 não poderia tolher essa competência e, de fato, não o

---

[177] É o que Maria Tereza Fonseca DIAS já pregava antes da Lei n. 13.019/2014: "Outro elemento fundamental para a eficácia do controle interno é sua interconexão com os demais mecanismos de controle, notadamente os externos, descritos anteriormente. Estes, por sua vez, devem buscar o controle concomitante das ações das entidades privadas sem fins lucrativos decorrentes da utilização dos recursos financeiros do Estado, para que possa haver um acompanhamento no desenvolvimento de suas atividades. O controle *a posteriori* tem se mostrado um instrumento com efeitos meramente sancionatórios, o que dificulta o alcance dos objetivos de caráter público. O foco do controle deve centrar-se na tentativa de coibir os abusos praticados em nome da filantropia e da assistência social." (*Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 424).

[178] É o que ficou assentado no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade n. 1923-DF, em que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme à Lei n. 9.637/1998 para "afastar qualquer

fez. Antes, pressupôs e reforçou o controle externo por parte desses órgãos[179].

### *2.1.Gestor público*

Abaixo do administrador está o gestor, que é o responsável direto pela gestão da parceria, com poderes de controle e fiscalização (art. 2º, VI; art. 61, I). Trata-se de agente público especialmente designado para o exercício da função de gestão. As funções de fiscalização e controle não podem ser executadas por servidor ocupante de cargo comissionado, pois são de natureza técnica, incompatíveis com o comissionamento. Mesmo que a função de gestor seja encarada como função de confiança, deve ser executada por servidor ocupante de cargo efetivo (Constituição Federal, art. 37, V). O gestor precisa possuir um mínimo de preparo para dar conta das elevadas responsabilidades impostas pela lei. Os requisitos pessoais para o exercício dessa função devem ser avaliados previamente por órgão técnico da Administração, que pode ser a procuradoria jurídica do órgão ou entidade (art. 35, V, g). De forma muito salutar, a lei impede que o agente que travou relações com organização partícipe do processo seletivo, nos últimos cinco anos, exerça a função de gestor (art. 35, §6º). É regra de quarentena que garante independência e impessoalidade para o exercício da atividade.

A função envolve o acompanhamento da execução da parceria. Para tanto, o agente pode fiscalizar *in loco* a organização, tomar-lhe contas especiais, emitir parecer técnico sobre as contas, comunicar fatos que comprometam a execução da parceria ao administrador (art. 61). Destes poderes, destaca-se como relevante a análise ordinária das contas, com emissão de parecer (art. 67), que é momento crucial onde se concentra a atividade de controle.

Diferentemente do direito anterior, a designação de um agente público específico para controlar a parceria representa evolução consistente, impedindo a prática tão comum

---

interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas" (STF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux, d.j. 16.04.2015).

[179] A atuação dos órgãos de controle é ressalvada pela lei (art. 2º, XIV, b). Ela faz menção genérica aos 'órgãos de controle' (art. 60). Além disso, prevê que o acesso a documentos relativos à parceria pelos agentes do Tribunal de Contas é obrigação contratual da organização (art. 42, XV). De outro lado, fica vedada parceria com entidade cujas contas próprias ou de dirigente seu tenham sido rejeitadas por Corte de Contas (artigo 39, VI e VII, a). O sistema de repressão aos atos de improbidade foi modificado por alterações promovidas na Lei n. 8.429/1992, o que, por reflexo, amplia o instrumental de controle exercitado pelos órgãos incumbidos de promover a ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, notadamente pelo Ministério Público.

do servidor de se esquivar de suas atribuições, diluindo-as e escondendo-as nas sombras da burocracia a ponto de não se saber quem, de fato, é a pessoa responsável.

### *2.2. Administrador público*

O administrador público, por definição, é o agente público responsável pela assinatura do instrumento de cooperação com a organização (art. 2º, V). Pela estrutura hierárquica natural da Administração Pública no Brasil, será o chefe do Executivo (presidente da República, Governador, Prefeito), o ministro e o secretário, ou o dirigente máximo da autarquia e fundação que firmarem o contrato. Tendo ambos assinado o negócio jurídico, ambos serão considerados administradores públicos para os fins preconizados da lei.

Ele é a autoridade administrativa máxima responsável pela fiscalização da execução da parceria e pela apreciação da prestação de contas (art. 8º). No plano da licitação e do contrato administrativo, o administrador assume séria responsabilidade em momentos bem definidos, como a homologação do processo seletivo, a adjudicação do objeto ao vencedor, a assinatura do contrato, a sua prorrogação ou modificação posterior. Vícios graves encontrados em cada uma dessas etapas imputam-lhe responsabilidade direta de várias espécies.

As mesmas responsabilidades são imputáveis no caso das parcerias. Quando houver a não execução ou má execução da parceria, o gestor deve comunicar o fato ao administrador (art. 61, II). Essa comunicação não é para simples ciência sua, mas para que aja. A omissão ou a ação negligente geram responsabilidade. O administrador responde pela decisão sobre a aprovação da prestação de contas ou por omissão em relação à análise de seu conteúdo, sendo permitida a delegação desta função (art. 72, §1º).

A delegação, segundo abalizada doutrina, afasta a responsabilidade do delegante[180]. Entretanto, como não há transferência definitiva de competências, a

[180] Por todos, conferir Régis Fernandes de OLIVEIRA, que explica as razões para o afastamento dessa responsabilidade: "A irresponsabilidade do delegante decorre do fato de que, ao delegar, nos estritos termos do previsto na lei permissiva, por pressuposto fê-lo em agente ou órgão que estava credenciado pela própria lei. A fidúcia é pressuposta. O agente titular de um cargo ou função pública está devidamente qualificado para o exercício das funções próprias e as que lhe forem delegadas." (*Delegação e avocação administrativas*, p. 162).

delegação pressupõe controle pelo superior hierárquico. Caso o administrador tome conhecimento de irregularidades no manejo das atribuições transferidas e se omitir, assumirá responsabilidade solidária. Essa responsabilidade decorre da negligência da autoridade delegante em manejar o controle de que imbuída, controle esse cujo exercício não representa faculdade, mas poder-dever.

Novamente, o fato de se ter destacado o papel da autoridade máxima celebrante da parceria é fundamental para fixar responsabilidades para fins de controle.

### *2.3. Comissão de monitoramento e avaliação*

Ela representa órgão colegiado da Administração Pública destinado a monitorar (supervisionar a execução) e avaliar as parcerias celebradas (art. 2º, XI).

Embora as funções de fiscalização e controle sejam contínuas e técnicas, sem nota alguma de comissionamento, a Lei n. 13.019/2014, na sua redação original, permitia que um terço desta comissão fosse formada por servidores comissionados, o que é inconstitucional, já que o cargo em comissão se presta ao exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, aí não sendo incluídas as atividades de controle, tipicamente técnicas, demandando sejam executadas por servidor concursado, sobretudo para garantir estabilidade contra interferências externas ou superiores indevidas (art. 2º, X). Essa distorção foi agravada pela Lei n. 13.204/2015, de sorte que, agora, a comissão deve contar, no mínimo, com apenas um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente (art. 2º, XI). É uma grande fragilidade do novo sistema de controle das parcerias. A Medida Provisória n. 684/2015 foi objeto da Emenda n. 15, por parte do Deputado André Figueiredo, com o objetivo de corrigir essa falha, determinando que todos os membros da comissão sejam servidores ocupantes de cargos efetivos. Não foi acolhida.

A qualificação pessoal dos indicados para a função deve ser objeto de parecer de órgão técnico da Administração Pública (art. 35, V, h) e seus membros também estão sujeitos ao impedimento decorrente de relação prévia mantida com organização participante da seleção (art. 35, §6º).

A única função atribuída pela lei à comissão é a análise do relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria, elaborado pela Administração (art. 59). Não há

clareza acerca de quem seja o órgão interno responsável por sua elaboração. É de se crer que a elaboração desse minucioso e complexo documento (as partes que necessariamente o compõem estão descritas no art. 59, §1º) ficará a cargo dos técnicos do ministério ou secretaria pertinentes, ou, nos municípios menores, das várias secretarias, como aquela diretamente responsável pela parceria, aliada à de orçamento e finanças e negócios jurídicos, por exemplo. Esse relatório é de fundamental importância, pois serve de base não só para o trabalho da comissão, mas também para a elaboração do relatório técnico do gestor, compondo, igualmente, a prestação de contas enviada ao administrador público.

Após análise e discussão desse relatório, a comissão deve homologá-lo. É evidente que negará essa homologação se detectar inconsistências sérias. Todavia, parece lógico que, de duas, uma: 1º) em caso de não homologação, o expediente administrativo contendo o relatório técnico volta aos órgãos que o confeccionaram para justificativa e, se o caso, correção do vício, propiciando a ulterior homologação; 2º) o relatório não é homologado e segue com essa decisão colegiada para o gestor. Neste segundo caso, embora nada indique que o administrador público deva obrigatoriamente acatar o parecer deste órgão colegiado, decisão contrária sem motivação idônea pode acarretar-lhe responsabilidade.

O princípio da publicidade obriga que ambas as decisões (pela homologação ou não) sejam motivadas. É nula e de todo condenável a prática de elaborar modelos prontos destes atos, com fórmulas padronizadas. Eles contribuem para retirar a importância da própria função pública desempenhada, que é fundamental em se tratando de atividade de controle.

O procedimento dos trabalhos da comissão fica a cargo da legislação de cada ente federativo.

### *2.4. Ministério Público*

O Ministério Público é um órgão do Estado que exerce função administrativa sem estar atrelado hierarquicamente ao Poder Executivo. Passando ao largo da estéril discussão até bem recentemente travada para se saber em que posição ele estaria perante os demais

poderes da República[181], o que importa salientar é que a Constituição de 1988 talhou uma instituição autônoma quanto à sua organização e missões. O Ministério Público elabora sua proposta orçamentária, tem autonomia para organizar as carreiras de membros e servidores, e conta com independência funcional para o exercício das competências que a Constituição lhe pôs nas mãos (CF, art. 127). Robustece essa autonomia o seu caráter permanente, ou seja, a impossibilidade de sua supressão. Para completar essa independência, a Constituição dotou seus membros das mesmas garantias, vedações e incompatibilidades aplicáveis aos juízes (art. 128, §§5º e 6º).

Diz a Constituição que incumbe ao Ministério Público "a defesa da *ordem jurídica*, do *regime democrático* e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*" (art. 127 – grifo nosso). Essas expressões são impactantes, mas, de tão amplas, não servem verdadeiramente para traçar limites de atuação. Basta dizer que o Poder Judiciário, por exemplo, também é defensor da ordem jurídica ao decidir as lides, aplicando o direito à demanda apresentada, assim como o Legislativo também defende os interesses sociais e individuais indisponíveis quando elabora leis ou exerce função de controle em benefício de todos.[182]

No âmbito da tutela de interesses não penais, dos inúmeros instrumentos outorgados ao Ministério Público para desincumbir-se de seu ofício, merecem destaque a titularidade (exclusiva) do inquérito civil e (não exclusiva) da ação civil pública. Por meio

---

[181] Hugo Nigro MAZZILLI diz: "Como se viu e é bem sabido, a divisão tripartite do Poder é antes política e pragmática que científica. Pouca ou nenhuma importância teria colocar o Ministério Público dentro de qualquer Poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto Poder, como propôs Alfredo Valladão, a fim de que, só por isso, se lhe pretendesse conferir independência. Esta não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público neste ou naquele título ou capítulo da Constituição, nem de denominá-lo Poder de Estado autônomo ou não; antes, primordialmente, dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e a seus membros. E, naturalmente, dos homens que a integrem." (*Regime jurídico do ministério público*, p. 105).

[182] De forma mais concreta, o artigo 129 da Constituição lista algumas das suas funções institucionais, que seriam: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Note-se que a Constituição mistura funções com instrumentos de ação. Promover a ação penal pública, a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade, expedir notificações, requisitar diligências são instrumentos ou poderes para o bom desempenho das suas competências.

do primeiro, investiga-se o fato, pondo-se à disposição do órgão de execução uma ampla gama de meios investigativos. Chegando à conclusão de que houve lesão ou que ela poderá existir, pode recomendar a correção, pode celebrar compromisso de ajuste de conduta e pode veicular, em juízo, pretensão para solução do problema através de ação civil pública.

O Ministério Público exerce controle que se pode caracterizar como amplo, externo e majoritariamente posterior. É amplo porque suas competências são largas o bastante para investigar e corrigir qualquer aspecto relacionado à parceria, desde antes da formação do vínculo até depois da sua extinção. Como retira seu fundamento de existência e suas funções essenciais da própria Constituição, não é necessária a menção específica ao Ministério Público na legislação de regência das parcerias com organizações da sociedade civil para que o órgão ministerial seja acionado e se ponha em funcionamento. O que justifica a atuação do Parquet nesse domínio é o fato do objeto das parcerias envolver o exercício de função estatal de fomento, através de "mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público" (art. 1º da Lei n. 13.019/2014). A parceria, em qualquer uma de suas modalidades (termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação), serve de veículo para a satisfação de interesses coletivos, por intermédio da ação privada. Não haverá verdadeiro fomento se da parceria não se puder extrair alguma utilidade geral para a coletividade. Assim, é o emprego de recursos do Estado, econômicos ou não, que legitima o exercício do controle ministerial.

Mesmo que não haja menção direta e expressa na Lei n. 13.019/2014 sobre o controle ministerial, ele está implícito em algumas partes, quando menciona o controle externo (art. 48, III[183] e 59, §1º, VI[184]). Isso já deixa claro que o Ministério Público exerce controle externo, pois não integra o sistema de controle da Administração Pública celebrante da parceria.

---

[183] Art. 48. As parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo cronograma de desembolso, exceto nos casos a seguir, nos quais ficarão retidas até o saneamento das impropriedades: (...) III - quando a organização da sociedade civil deixar de adotar sem justificativa suficiente as medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou *externo* (grifo nosso).

[184] Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria celebrada mediante termo de colaboração ou termo de fomento e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil. § 1º O relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria, sem prejuízo de outros elementos, deverá conter: VI - análise de eventuais auditorias realizadas pelos controles interno e *externo*, no âmbito da fiscalização preventiva, bem como de suas conclusões e das medidas que tomaram em decorrência dessas auditorias. (grifo nosso).

Por fim, a instituição desempenha controle fundamentalmente posterior, quando as parcerias já foram celebradas e até mesmo executadas cabalmente. Para isso, vale-se com frequência do sistema de tutela coletiva, composto pelas Leis ns. 7.347/1985 (lei de ação civil pública), 8.429/1992 (lei de improbidade administrativa) e 4.717/1965 (lei de ação popular)[185].

Porém, não há óbice algum ao manejo de medidas de controle prévio ou concomitante. Frequentemente, o Ministério Público é acionado por terceiros, através de representações veiculando irregularidades ainda na fase inicial, quando a parceria está em gestação na fase administrativa interna. Nesses casos, é possível e desejável que a intervenção seja pontual e o menos invasiva possível, exercida através de recomendações, que tem o poder de dar ciência da situação irregular, solicitando seja ela corrigida. Caso não o seja, o gestor público não poderá, no futuro, alegar desconhecimento, ficando caracterizado o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do ato de improbidade.

Em verdade, mais do que investir judicialmente contra convênios pontuais (agora, parcerias), visando impedir que sejam celebrados ou para paralisá-los, anulá-los, o caminho é robustecer, em primeiro lugar, os controles internos. A instituição deve lutar para que os órgãos técnicos responsáveis por concretizar a intenção política de celebrar a parceria sejam ocupados por servidores efetivos, competentes e preparados, expurgando daí os comissionados. Nessa toada, deve trabalhar para que procuradorias jurídicas, controladorias, ouvidorias e corregedorias internas sejam verdadeiramente independentes, eficientes, o menos suscetíveis a influências políticas não condizentes com o interesse público primário. É inconcebível que, ainda hoje, tenhamos procedimentos administrativos prévios à celebração de convênios e contratos administrativos totalmente fabricados, em que o interesse público está em função de necessidades particulares espúrias, artificialmente envernizadas com um punhado de motivos vagos, genéricos e mal explicados, sem verdadeira pertinência com algum interesse concreto da sociedade. Em segundo lugar, como resultado natural desse processo de robustecimento dos controles internos, o Ministério Público deve procurar articular-se com eles, fazendo com que o

[185] Os convênios com entidades privadas sem fins lucrativos – antecedentes próximos das parcerias com as OSC – sempre sofreram questionamento judicial por parte do Ministério Público em função do seu desvirtuamento para desvio de recursos públicos canalizados para entidades de fachada ou que simplesmente não prestavam os serviços acordados. Além disso, a frágil estrutura normativa de regência dos convênios fez com que fosse utilizado como indevido sucedâneo do contrato administrativo, contornando o dever de licitar. Também eram frequentes os casos de simples falta de prestação de contas do emprego das subvenções outorgadas. Essas situações forçaram reação no sentido de postular a nulidade dos convênios, o ressarcimento dos prejuízos ao erário e a punição dos responsáveis, agentes públicos ou privados, por ato de improbidade.

trabalho iniciado por um tenha seguimento no outro, e vice-versa. Várias normas preconizam esse diálogo ou colaboração institucional[186], embora sejam subutilizadas por força de um conjunto de fatores (resistência do poder público à transparência; domínio de práticas patrimonialistas; temor de responsabilidade hierárquica; visão do Ministério Público e do Tribunal de Contas como órgãos puramente punitivos).

### *2.5. Tribunal de Contas*

Silenciaram ou ficaram num passado já distante as vozes que sustentavam que os tribunais ou cortes de contas são órgãos do Judiciário, desempenhando função jurisdicional[187]. Pelo contrário, a despeito do nome desses órgãos e da menção constitucional a 'julgamento' de contas dos administradores (art. 71, II), eles estão organicamente ligados ao Poder Legislativo - a quem a Constituição incumbiu a missão de controle externo do Executivo (art. 71) -, mas, funcionalmente, desempenham trabalho de natureza administrativa. Além disso, essa vinculação orgânica não significa subordinação hierárquica ao Legislativo, pois, hoje, é assente que a palavra *auxílio* (mencionada no art. 71 da Constituição) não traz em si algum outro significado que não o de colaboração.[188]

No item 2, *supra*, ficou claro que, por força do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição, todo recurso público repassado a particular está submetido ao

---

[186] Vejam-se exemplos: "Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção." (Lei n. 7.347/1985, art. 6º); "A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade." (Lei n. 8.429/1992, art. 15); "A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...) A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente." (Lei n. 4.717/1965, art. 6º, §3º).

[187] Essa controvérsia talvez remonte às origens do tribunal de contas no país, criado por impulso do então Ministro da Fazenda, Ruy Barbosa (Decreto-lei n. 966-A, de 07.11.1890, do Marechal Deodoro da Fonseca), que justificou o órgão como "corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as funções vitais ao organismo constitucional" (Cf. Odete MEDAUAR, *Controle da administração pública*, p. 136).

[188] É a lição de Pedro Roberto DECOMAIN: "O Tribunal de Contas da União, embora atue em auxílio do Congresso Nacional, não lhe está de modo algum subordinado. O Tribunal é órgão autônomo de estatura constitucional, com incumbências próprias, no exercício das quais não está jungido à vontade de qualquer outro órgão" (*Tribunais de contas no Brasil*, p. 43).

controle das cortes de contas, gerando, por parte do particular, o dever fundamental de prestar contas. O recurso público a que alude a Constituição (que se refere a dinheiros, bens e valores públicos) é todo aquele que pode ser economicamente valorado.

Em consonância com a norma constitucional, o Tribunal de Contas da União tem competência legal ('jurisdição', segundo diz, erroneamente, a lei) para controlar as entidades particulares que utilizem recursos públicos (Lei n. 8.443/1992, art. 5º, I).

Assim, está bem pavimentado o caminho jurídico que permite às cortes exigir contas diretamente dos gestores de entidades privadas agraciadas com medidas de fomento estatal social ou que com ele travam relação de colaboração mais ampla.

Porém, o vasto universo de ajustes celebrados[189] e as naturais limitações de recursos desses órgãos de controle externo impedem o exame direto das contas das entidades pelos tribunais de contas; ele fica a cargo da Administração Pública responsável pelo repasse dos recursos.

É a postura definida pelo Tribunal de Contas da União, que entende que as entidades privadas beneficiárias de transferência voluntária de recursos federais devem prestar contas diretamente ao órgão ou entidade repassador[190].

A Corte somente examinará as contas prestadas pela entidade particular à Administração Pública com quem firmou parceria. Logo, o TCU realiza exame indireto das contas da entidade particular. Tanto que as normas de regência da corte sequer arrolam os dirigentes da entidade particular como responsáveis pela prestação de contas perante o órgão.[191]

Num primeiro olhar, a situação narrada revelaria uma contradição: se a Corte exerce controle sobre entidades privadas que recebem recursos públicos, porque estas não lhe prestam contas diretamente? A contradição é aparente. O Tribunal de Contas poderia fiscalizar diretamente cada repasse de recurso, tenha ele ou não lastro em parceria. Porém, o primeiro e principal controle é feito pela Administração Pública. Sobre ele, o Tribunal vai se debruçar quando fiscalizar o próprio ente público. Porém, remanesce a sua

---

[189] Segundo informação do Mapa das Organizações da Sociedade Civil, formado com informações extraídas do Ministério do Trabalho (2014), Ministério do Esporte (2016), Ministério da Cultura (2016), Ministério da Ciência (2016), Ministério da Fazenda (2016) e Ministério do Planejamento (2016), a União Federal repassou aproximadamente R$ 43 bilhões às OSC, de 2009 a 2016 (Disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br>. Acesso em: 05.06.2017).

[190] Ver art. 2º, §2º, da Instrução Normativa – TCU n. 63, de 01.09.2010.

[191] Ver art. 2º, incisos I a VI, da Instrução Normativa – TCU n. 63, de 01.09.2010.

legitimidade para controlar diretamente o repasse de verba. Isso se dará tanto por provocação externa (representação, denúncia, requisição do Congresso Nacional), por conta de achados em fiscalizações feitas no órgão ou entidade pública, ou de ofício, segundo prévio plano de fiscalização.[192]

Não haveria problema nessa fiscalização indireta pelo Tribunal de Contas, não fosse o fato dos órgãos e entidades federais não realizarem a contento o controle dos repasses[193].

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também analisa apenas indiretamente a prestação de contas do particular, ou seja, examina o expediente que materializa o controle direto feito pela Administração Pública estadual ou municipal celebrante do ajuste e ainda o faz por amostragem. Logo, esta tem o dever de exigir contas do particular, e este trabalho seu será objeto do controle externo pelo TCE. De modo muito salutar, a Corte de Contas Paulista exige a remessa de toda documentação relativa a instrumentos colaborativos que tenham valor igual àquele que determina a realização de licitação na modalidade concorrência (R$ 4.472.000,00)[194]. Esse valor, por sua evidente expressividade, faz com que a Corte avalie obrigatoriamente a lisura do repasse de recursos, não correndo o risco de negligenciar o controle se atuasse apenas por amostragem.

---

[192] Essas três possibilidades estão compreendidas no artigo 254 do Regimento Interno do TCU (Resolução TCU n. 155, de 04.12.2002): "A fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo poder público e demais órgãos e entidades da administração pública federal mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, será feita pelo Tribunal por meio de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos ou monitoramentos, bem como por ocasião do exame dos processos de tomadas ou prestações de contas da unidade ou entidade transferidora dos recursos."

[193] Essa é a crítica pertinente feita por Rodrigo Pagani de SOUZA: "Uma das constatações do TCU, quando realizou auditorias focalizadas em transferências de recursos da União para entidades privadas sem fins lucrativos, foi a de que muitas das prestações de contas submetidas aos órgãos repassadores de recursos, ainda que eivadas de irregularidades, haviam sido, pura e simplesmente, aprovadas. O diagnóstico do TCU é de que, no mais das vezes, o controle por esses órgãos tem sido falho ou inexistente. É um controle "pró-forma", voltado a "cumprir" ritos legais, sem qualquer efetiva atenção ao espírito da lei. Ademais, o TCU também constatou, em suas auditorias, que muitas vezes a análise da prestação de contas demora a acontecer, de maneira que entidades que têm diversas prestações de contas pendentes de aprovação acabam sendo contempladas com novos convênios. Enfim, a análise da prestação de contas pelos órgãos repassadores ocorre a destempo." (*Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 338).

[194] Essa obrigação consta do Regimento Interno do TCE, que atribui competência exclusiva às Câmaras para "o julgamento de contratos, convênios ou atos jurídicos análogos e seus aditivos, que tenham valor, individual ou na sua somatória, igual ao que corresponde à modalidade licitatória da concorrência na data da celebração do ajuste que cuidem de alienação ou concessão ou permissão de direito real de uso de bens da administração centralizada e descentralizada, bem como daqueles relativos às concessões em geral, inclusive aquelas decorrentes das Parcerias Público e Privada" (art. 56, X, da Resolução TCE 4/2010).

Reforçando o controle externo pelos tribunais de contas, a Lei n. 13.019/2014 garante "o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do *Tribunal de Contas* correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto" (art. 42, XV, grifo nosso). Esse poder instrumental é indispensável por ocasião da realização das vistorias no local, por auditores e agentes das cortes e já era previsto na Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992, art. 87, II).

Na qualidade de órgãos de controle externo especializados na análise da boa aplicação dos recursos públicos pelo setor privado não lucrativo, os tribunais de contas precisam desempenhar missão cada vez mais orientadora e uniformizadora.

No âmbito da sua 'jurisdição', o primeiro passo a ser dado é estabelecer normas internas que traduzam em procedimentos claros, objetivos e concretos o conjunto de regras de controle estabelecidas na Lei n. 13.019/2014, harmonizando-as com o restante do bloco normativo de regência dessa atividade especial. Essa produção normativa vai orientar a relação institucional entre os órgãos da Administração Pública e o tribunal com vistas a viabilizar o controle deste sobre a prestação de contas realizada por aqueles quanto aos repasses que fizeram à iniciativa privada. Com esse objetivo, o TCE de São Paulo editou a Instrução n. 1, de 6 de abril de 2016[195].

Indo além, agora com lastro em uma lei nacional que supriu as graves lacunas de que padece a disciplina legal dos convênios, cumpre às cortes fazer florescer uma jurisprudência consentânea com os princípios que informam o controle sobre as parcerias: transparência, foco em resultados e participação social. Mesmo em se tratando de órgãos com função contenciosa, cujas decisões só fazem coisa julgada no plano administrativo, as orientações jurisprudenciais que daí surgem são reconhecidas e respeitadas, principalmente porque o Poder Judiciário se mostra muito cauteloso em revê-las, fazendo-o normalmente quando inobservados os princípios da ampla defesa e do contraditório, preservando o juízo jurídico relativo ao objeto do processo.

Outro estímulo forte à observância das orientações das cortes de contas é o fato das decisões poderem acarretar a inelegibilidade do gestor. A Lei Complementar n.64/1990 (lei de inelegibilidades) dita que são inelegíveis para qualquer cargo os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade

[195] Disponíveis em: <http://www4.tce.sp.gov.br/legislacoes-e-normas/instrucoes>. Acesso em: 4.05.2016.

insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição (art. 1º, I, *g*, com redação dada pela Lei Complementar n. 135, de 4/6/2010).

O trabalho de julgamento das contas pelas cortes de contas demanda grandes aprimoramentos para ser executado com qualidade na avaliação das parcerias. De partida, o fato de não ser o órgão que exige e analisa direta e originalmente as contas prestadas pela OSC não significa que o tribunal deva se contentar apenas com o exame secundário e eventual de toda e qualquer parceria. Aquelas que envolvam certa complexidade ou promovam repasses importantes de dinheiro ou bens públicos deveriam ser automaticamente objeto de análise original, seja por exame prévio do edital do chamamento público, seja pela exigência de envio de relatórios de execução financeira, seja pela comunicação obrigatória acerca de falhas (ausência de prestação de contas, ausência de devolução de valores, encampação do serviço).

A demora no julgamento final também é um fator sério que fragiliza o sistema de controle. A decisão definitiva sobre a regularidade das contas pode significar prejuízo ao patrimônio público de difícil ressarcimento e impunidade. Como o tribunal de contas não executa suas decisões[196], cabe ao ente público beneficiado com a condenação patrimonial, através da sua procuradoria, promover a sua execução. Ao Ministério Público (Estadual ou Federal) cabe promover a responsabilização dos agentes e particulares faltosos pelo cometimento de ato de improbidade e de crime. Porém, esses órgãos ficam de mãos atadas quando recebem julgados pertinentes a fatos ocorridos há vários anos, frequentemente inviabilizando a pretensão indenizatória do erário[197] e de imposição das sanções por improbidade[198].

---

[196] Segundo jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Ver RE-AgR 525.663, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 13.10.2011; AI-AgR 826.676, de minha relatoria, DJE 24.2.2011; AI-AgR 765.470, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 19.2.2013; ARE-AgR 720.742, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 4.4.2013; RE-AgR 606.306, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.11.2013; e RE-AgR 791.575, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 27.6.2014. A questão foi reconhecida como de repercussão geral, reafirmando esse entendimento, através do Recurso Extraordinário com agravo n. 823.247-MA, Relator Ministro Gilmar Mendes, data do julgamento 02.10.2014.

[197] Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a pretensão ao ressarcimento de danos ao erário, oriundos de atos ilícitos não configuradores de ato de improbidade, estão sujeitos aos prazos

Outro ponto sério é que, frequentes vezes, as condenações são impostas em situações de irregularidade formal, onde não emerge o dolo, a má-fé e tampouco a culpa grave do gestor. Nesses casos, os demais órgãos de controle (especialmente o Ministério Público) precisam ter muita cautela ao pretenderem transpor essa conclusão desfavorável para o plano da improbidade ou mesmo criminal. Uma coisa é a ilegalidade por inobservância de uma regra de direito; outra, bem mais séria, é a intenção de burlar a lei ou menosprezá-la por desídia ou desatenção graves, essas sim configuradoras de improbidade e crime.

Por fim, considerando que os tribunais de contas são ponto privilegiado de intersecção entre a Administração Pública, as entidades parceiras e a sociedade, é natural que assumam o trabalho de educação financeira, aprimorando, de um lado, a gestão pública dos ordenadores de despesa e demais responsáveis por recursos públicos e, de outro, facilitando ao cidadão a compreensão da dinâmica dos orçamentos e finanças públicas, permitindo que o controle social seja tão poderoso e eficiente quanto os demais no que tange às parcerias. Nesse caso, reconhecida a inviabilidade prática de fiscalizar todas as parcerias firmadas, afigura-se muito promissora a tarefa de *ensinar a fiscalizar*, esclarecendo o cidadão acerca dos instrumentos de que dispõe para isso e exigindo que a Administração Pública aprimore a transparência das suas atividades como forma de viabilizar o acesso do cidadão aos autos do procedimento de chamamento, dispensa ou inexigibilidade, instrumento dos acordos, relatório das execuções e dinâmica de transferência dos recursos públicos às OSC.

Por fim, observa-se que o legislador nacional foi abeberar-se no manancial normativo que disciplina a atividade de controle dos tribunais de contas para confeccionar a Lei n. 13.019/2014, com especial destaque para a Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). Essa inspiração fica evidente nas hipóteses de vedação à

---

prescricionais do direito comum, não se sujeitando à regra da imprescritibilidade prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal. A esse julgamento conferiu-se repercussão geral (cf. Recurso Extraordinário 669.069/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, data do julgamento 03.02.2016). Segundo esse entendimento, quando há malversação de dinheiro público que não conte com a participação de agente público (portanto, fora das hipóteses de improbidade), o fato configura simples ilícito civil (e, eventualmente, também criminal), regido pelo direito comum (Código Civil, art. 189 c.c. o art. 927), situação em que o prazo prescricional para o exercício da pretensão à reparação é de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V).

[198] Segundo o art. 23 da Lei n. 8.429/1992: "As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego."

celebração da parceria (que remetem às sanções que podem ser aplicadas pelas cortes[199]), na fixação, como cláusula obrigatória do termo, da prerrogativa de livre acesso dos agentes de controle a documentos e locais de prestação dos serviços (prerrogativa idêntica à prevista aos agentes de fiscalização do TCU[200]), nos possíveis resultados da avaliação das contas (tal qual o julgamento do TCU, podem ser 'regulares', 'regulares com ressalva' e 'irregulares'[201]).

Essa característica resulta na uniformização do tratamento do controle sobre as relações de colaboração com o terceiro setor, diminuindo interpretações divergentes e estreitando o vínculo entre o controle interno e o externo. Constitui evolução positiva.

### *2.6.Ministério Público de Contas*

Ainda que de modo muito breve, não é viável tratar do tema do controle externo das parcerias pelos tribunais de contas sem dar o devido destaque ao Ministério Público de Contas.

Muito se discutiu no Brasil acerca da natureza e posição constitucional do ministério público de contas junto aos tribunais de contas, previsto no art. 130 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o chamado Ministério Público de Contas é instituição especial, que não se insere na estrutura dos Ministérios Públicos Estaduais ou da União, embora goze das mesmas garantias legais destes, conferidas por equiparação pelo referido dispositivo constitucional[202]. Trata-se de instituição que integra a estrutura do tribunal de contas e é regido por lei ordinária própria, de iniciativa da própria corte.[203]

---

[199] Lei n. 8.443/1992, arts. 56 a 61.

[200] Lei n. 8.443/1992, art. 87, incisos I e II.

[201] Lei n. 8.443/1992, art. 16.

[202] Ver ADI n. 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ADI n. 2.884/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.192/ES, Rel. Min. Eros Grau; ADI n. 3.307MT, Rel. Min. Carmen Lúcia.

[203] Em São Paulo, foi instituído pela Lei Complementar n. 1.110, de 14 de maio de 2010. O órgão é regido pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional tal qual os demais ministérios públicos. Incumbe-lhe promover a defesa da ordem jurídica, objetivando, como guarda da lei e fiscal de sua execução, assegurar a concreta observância, pela Administração Pública, dos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Para tanto, tem os seguintes poderes: ter vistas de todos os processos em que seja exercida jurisdição, antes de proferida a decisão, para requerer as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário, e opinar a respeito da matéria; estar presente a todas as sessões de julgamento, deduzindo, quando entender necessário, sustentação oral; providenciar,

Ainda que esteja inserido na própria estrutura da corte de contas como órgão seu, o Ministério Público de Contas goza de grande autonomia, garantida pelo princípio da independência funcional. Significa autonomia para organizar e distribuir internamente o trabalho e liberdade de consciência para opinar nos processos. Em São Paulo, ele é chefiado por um Procurador-Geral, com mandato de dois anos. Parte dos serviços auxiliares do tribunal de contas é posto à disposição do Ministério Público de Contas.

O caráter ainda jovem do Ministério Público de Contas não permite ainda ter a completa dimensão dos limites de sua competência, principalmente pelo laconismo com que é disciplinado em nível constitucional[204], e pelo fato de seu formato institucional ficar na dependência de legislação própria de cada ente da federação. A despeito disso, a equiparação constitucional de seus membros, em termos de garantias, direitos e vedações, aos demais membros dos ministérios públicos, conduz à conclusão de que suas competências fundamentais, posto exercidas *perante* o Tribunal, não estão *hierarquicamente* subordinadas à cúpula da Corte. Logo, não pode o presidente do Tribunal imiscuir-se na organização interna do MP de Contas, designar esse ou aquele procurador, orientar quando e de que forma devem elaborar suas manifestações.

Parte essencial e majoritária dos trabalhos dos Tribunais de Contas desenvolve-se através de processo administrativo e não mero procedimento, com as garantias inerentes à ampla defesa e ao contraditório, pois, ao final, o responsável por recursos públicos sujeito ao controle externo da instituição poderá sofrer graves sanções invasivas da sua esfera de direitos[205]. Logo, pelo paralelismo inegável com o processo judicial, o órgão do MP de Contas é parte tal qual o procurador ou promotor o são no processo judicial em que atuem como autor ou fiscal da ordem jurídica. Deste modo, ao membro do MP de Contas devem ser garantidas as mesmas faculdades, deveres e ônus processuais que se aplicam àqueles submetidos à jurisdição (administrativa) do Tribunal. Por isso, aos procuradores de contas deve ser assegurada a possibilidade de angariar documentos, solicitando-os diretamente às autoridades pertinentes, sem necessidade de postular ao ministro ou conselheiro da Corte.

---

quando for o caso, junto à Procuradoria Geral do Estado ou ao órgão de representação judicial dos Municípios, ou ainda junto a entidades jurisdicionadas ao Tribunal de Contas do Estado, a cobrança judicial e o arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, remetendo aos referidos órgãos e entidades a documentação e as instruções necessárias; interpor as ações e os recursos previstos em lei.

[204] Segundo o art. 130 da Constituição, "Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura". Como se vê, o texto constitucional disciplina apenas – e por remissão – as garantias dos procuradores de contas, deixando completa liberdade aos entes federados para formatar esses órgãos.

[205] Tanto que a Constituição assegura aos litigantes em processo administrativo a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV), que são verdadeiras garantias fundamentais.

Da mesma forma, considerando que são órgãos do controle externo e que os sistemas interno e externo de controle se comunicam, também é poder implícito do MP de Contas a possibilidade de, autônoma e diretamente, trocar informações e solicitar documentos a outras autoridades, quando relacionados a expedientes das Cortes, sem necessidade de prévia anuência de ministros e conselheiros.[206] Isso se deve ao perfil autônomo do órgão, que, embora integre a estrutura do Tribunal de Contas, não se submete hierarquicamente a ele na sua atividade funcional.

Visto como um órgão de controle externo, com missão específica de defender a ordem jurídica, sobretudo no que tange à disciplina orçamentária, fiscal e financeira dos recursos públicos, o MP de Contas assumirá papéis essenciais na fiscalização das parcerias com OSC, funcionando como: a) polo privilegiado de diálogo com os demais órgãos de controle internos e externos (procuradorias municipais, ministérios públicos estaduais e federais, corregedorias, ouvidorias), instruindo-os quanto à compreensão da matéria orçamentária e financeira (quase nunca simples), fornecendo e recebendo documentos para ação recíproca, orientando e articulando ações conjuntas, acionando-os para que

[206] Infelizmente, não é esse o entendimento até agora adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. No mandado de segurança n. 0014743-02.2013.8.26.0053, o juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo denegou a ordem postulada pelo Ministério Público de Contas para anular decisão do Conselheiro do TCE Paulista que julgou inviável que o próprio procurador de contas oficie autoridades públicas comunicando irregularidades. Nesta ação, também se pediu, em caráter preventivo, que o Tribunal se abstenha de praticar qualquer ato que venha a obstar o poder-dever de comunicação e expedição de ofícios pelo MP de Contas. Tanto a decisão de mérito do juízo monocrático, quanto a decisão liminar proferida em agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça (3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marrey Uint) adotaram o posicionamento de que o órgão ministerial não possui competência para requerer providências de autoridades externas, bem como oficiá-las diretamente. Apenas o próprio Tribunal, por seus conselheiros, tem essa prerrogativa, à luz das leis estaduais aplicáveis (Leis Complementares Estaduais ns.709/1993 e 1110/2003) e do regimento interno do TCE. O procurador de contas deve, então, requerer a providência ao conselheiro relator, cabendo-lhe decidir se acolhe ou rejeita o pedido. A forte adstrição desse raciocínio à simples letra da lei resultou em interpretação muito limitada e pobre, desconsiderando o caráter autônomo e independente do órgão ministerial e as suas finalidades. Em primeiro lugar, a decisão confundiu competência (função) com poder (instrumento): oficiar autoridades para solicitar ou enviar documentos é simples instrumento de ação e não competência. Em segundo lugar, esse meio de ação é adequado e pertinente ao exercício da sua missão institucional (competência), que consiste na "defesa da ordem jurídica, objetivando, como guarda da lei e fiscal de sua execução, assegurar a concreta observância, pela Administração Pública, dos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 1110/2010). Em terceiro lugar, os documentos e informações dos processos são públicos, podendo ser acessados por quem quer que seja, inclusive partilhados entre o MP de Contas e outros Ministérios Públicos. Em quarto lugar, a independência funcional do MP de Contas e sua posição de parte nos processos das cortes lhe garante as mesmas faculdades e poderes dos jurisdicionados, podendo, por isso, coletar informações úteis e necessárias à sua missão institucional diretamente. O que não pode é impor, diretamente, alguma medida externa de controle a autoridade pública ou particular sob jurisdição do Tribunal de Contas. Entretanto, pode acionar *sponte propria* os órgãos de controle que possuem esse poder (como o Ministério Público Federal e Estadual), algo que, a depender da situação, se erige até mesmo em dever legal seu (ver art. 6º da Lei n. 7.347/1985). Cumpre esclarecer que aquele processo no momento em que consultado (21 de maio de 2016) ainda estava pendente de julgamento definitivo, por força de recurso de apelação.

promovam a execução das decisões das cortes que imponham multas e devolução de dinheiro público; b) agente fomentador da boa qualidade da função de controle do Tribunal de Contas, promovendo a unificação dos entendimentos e a celeridade dos julgamentos, especialmente das tomadas de contas especiais relativas ao dinheiro público transferido às OSC.

### *2.7. Cidadão*

Ao lado dos controles institucionais, o controle social das parcerias desponta em importância. Além da sua importância como forma de viabilização do princípio democrático, ele se revela como alternativa eficiente e pouco custosa para suplementar os controles formais estatais, quase sempre insuficientes por falta de recursos.

Essa espécie de controle avulta em importância a cada dia por conta, principalmente, do enaltecimento da democracia participativa[207], ideia que vem sendo há muito acalentada entre nós, inspirando mudanças significativas no ordenamento jurídico-positivo.

Ele é exercido pelo cidadão, individualmente, ou grupos de cidadãos, formalmente reunidos em torno de associações ou não. Importante salientar que a palavra *cidadão* não assume, em termos de controle, apenas a acepção restrita de pessoa dotada de capacidade eleitoral ativa (alistabilidade, aptidão para votar), mas se refere a qualquer indivíduo ou grupo, formalizado ou não[208] que deseje exercitar a sua cidadania, compreendida como participação *política* (lato sensu) na vida republicana.

Trata-se de verdadeiro controle, na acepção de "verificação da conformidade da

---

[207] A democracia participativa é uma forma da democracia direta. Michel VERPEAUX explica, de modo simples e claro, que "A democracia direta é a expressão da participação direta do povo no exercício do poder. Não há representação nem delegação do poder" (*Droit constitutionnel français*, p. 137. No original francês: "La démocratie directe est l'expression de la participation directe du peuple à l'exercice du pouvoir. Il n'y a pas de représentation ni de la délégation du pouvoir."). J.J. Gomes CANOTINHO conceitua democracia participativa como "a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos." (*Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 288).

[208] Odete MEDAUAR diz que os controles sociais são, exemplificativamente, "manifestações de entidades da sociedade civil, as manifestações de partidos políticos, os abaixo-assinados, as passeatas, a imprensa falada, escrita e televisiva, as cartas à imprensa". E diz que, "embora tais atuações não culminem em medidas por si próprias, podem contribuir, pela repercussão, para o aprimoramento da Administração." (*Direito administrativo moderno*, p. 427).

atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente"[209]. E vamos além: a despeito do controle social nem sempre resultar em alguma medida que afete diretamente a situação jurídica do ato ou do agente, dele sempre derivam consequências jurídicas. Assim, do exercício do simples direito de petição resulta o surgimento da obrigação de fornecer a informação ou documento solicitados, por parte da Administração Pública; um pedaço de papel entregue ao Ministério Público contendo fatos definidos que representem lesão a interesses públicos justifica alguma reação por parte do órgão ministerial, nem que seja para arquivar, fundamentadamente, a referida peça.

O controle social das parceiras com OSC pode ser exercido tanto com base em normas gerais, que legitimam a ação do cidadão para investigar de modo amplo os negócios do Estado, quanto com lastro em normas específicas contidas na própria Lei n. 13.019/2014. Essa divisão tem justificativa meramente metodológica, para conhecer melhor essa espécie de controle. Este, na realidade, não deixa de se apresentar como um microcosmo do sistema de controle da Administração Pública.

Esse controle normalmente é exercido pelas seguintes razões: a) simples desejo de conhecer, acompanhar, participar, investigar os negócios públicos e, se o caso, corrigir ilegalidades que afetem interesses públicos primários, respondendo a um anseio pessoal de contribuir para o aprimoramento ético da função pública; b) reação a lesões ou ameaças de lesão que a Administração Pública perpetre contra direitos individuais ou coletivos.

A gestão democrática do Estado pressupõe inexoravelmente a participação social. O controle social é um dos aspectos dessa participação, sendo, por isso, uma derivação ou consequência natural sua. Essa relação íntima não permite que se faça uma separação nítida, clara e apriorística entre o que seja mera participação e o que seja controle dela derivada. É que a própria participação do cidadão nas decisões políticas e administrativas, em si mesma, já representa um mecanismo de controle dessas decisões por contribuir para inibir o desvirtuamento da função pública pelo representante do povo no poder público. A participação, então, é fator de legitimação da decisão política e administrativa, por satisfazer o princípio democrático, e é meio para exercitar a aferição da conformidade da atividade pública à ordem jurídica.

O ordenamento jurídico preconiza diversas normas que garantem, na prática, tanto

---

[209] Odete MEDAUAR, *Controle da administração pública*, p. 32.

em nível constitucional[210], quanto infraconstitucional[211], a efetivação da democracia participativa, garantindo, com isso, o exercício do controle social.

A análise da Lei n. 13.019/2014 revela que dois dos fundamentos do regime jurídico das parcerias são a participação social e a transparência (art. 5º, caput). Alinhados a esses fundamentos, foram positivados os princípios da participação social do cidadão como direito, o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas (art. 5º, I, III e IV). Também é diretriz fundamental desse regime jurídico de fomento e de colaboração o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade (art. 6º, V).

Em vários dispositivos estão previstos mecanismos de divulgação das ações

---

[210] Em nível constitucional, podem ser citados os seguintes dispositivos: art. 5º, XIV (acesso à informação); art. 5º, XXXIII (acesso à informação dos órgãos públicos); art. 5º, XXXIV (direito de petição), art. 5º, XXXV (acesso à jurisdição); art. 5º, LXIX e LXX (mandado de segurança); art. 5º, LXXII (habeas data); art. 5º, LXXIII (ação popular); art. 10 (participação dos trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos pertinentes a seus interesses); art. 29, XII (cooperação das associações representativas no planejamento municipal); art. 37, §3º (participação do usuário na Administração Pública direta e indireta); art. 58, §2º, IV (realização, pelas comissões do Legislativo, de audiências públicas com entidades da sociedade civil e recebimento de petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas); art. 74, §2º (possibilidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidades perante os tribunais de contas); art. 103-B, §4º, III (possibilidade do cidadão promover reclamações perante o Conselho Nacional de Justiça contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados); art. 103-B, §7º (criação de ouvidorias de justiça); art. 130-A, §2º, III (possibilidade do cidadão promover perante o Conselho Nacional do Ministério Público reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares); art. 187 (participação do setor produtivo na definição da política agrícola); art. 194, parágrafo único, VII (gestão democrática da seguridade social); art. 198, III (participação da comunidade na gestão do sistema único de saúde); art. 204, II (participação da sociedade na gestão e controle da assistência social); art. 206, VI (gestão democrática do ensino); art. 216, §§1º e 2º (proteção e promoção do patrimônio cultural com a colaboração da comunidade, e acesso público à documentação governamental); art. 216-A, §1º, X (democratização dos processos decisórios com participação e controle social); art. 219-B (organização do sistema nacional de ciência, tecnologia e inovação em regime de colaboração entre o poder público e a iniciativa privada); art. 227, §1º (participação de entidades não governamentais em programas públicos de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem); art. 232 (possibilidade dos índios, suas comunidades e organizações ingressarem em juízo para defesa de seus direitos e interesses).

[211] Em nível infraconstitucional, o cidadão tem à mão um arsenal de medidas que viabilizam o controle da Administração Pública pela via administrativa e judicial. Quanto à primeira, citem-se: Lei 12.527/11 (lei de transparência e acesso à informação); Lei n. 9.784/1999, art. 58, IV (legitimidade de cidadãos e associações para interporem recursos administrativos); Lei n. 8.666/1993, arts. 4º, 7º, §8º, 15, §6º, e 41, §1º (possibilidade de o cidadão acompanhar e questionar ilegalidades na licitação); Lei n. 8.443/1992, art. 53 (possibilidade do cidadão denunciar ilegalidades ao Tribunal de Contas da União); Lei Complementar n. 101/00, arts. 49 e 73-A (possibilidade de consulta, pelo cidadão, das contas apresentadas pelo chefe do Executivo e legitimidade sua para representar ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público por descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal). Quanto à segunda, citem-se: Lei n. 4.717/1965 (ação popular); Lei n. 7.347/1985 (ação civil pública); Lei n. 8.429/1992, art. 14 (qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa ou ao Ministério Público para deflagrar investigação sobre fatos que configurem improbidade administrativa); Lei n. 10.683/2003, art. 27, X, *b* (possibilidade de qualquer pessoa formular representações ou denúncias, que serão decididas preliminarmente pelo Ministério da Transparência)

públicas relacionadas às parcerias, com o fim precípuo de permitir o controle social pelo cidadão (art. 9º, 10, 11, 12, 20, 26, 27, §4º, 32, §1º, 33, IV, b, 38, 50, 57, parágrafo único, 58, §2º, e 65). O art. 60, parágrafo único, esclarece que as parcerias estarão sujeitas também aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Está constituída aí uma base sólida que viabiliza o controle social pelo cidadão. Esse controle inicia pelo acesso aos documentos relacionados à parceria, principalmente no que tange à prestação de contas. Havendo falhas na divulgação das informações, o cidadão tem um leque de ações para fazer valer seu direito ao controle, como o direito de petição e o mandado de segurança. Encontrando vícios, poderá levá-los ao conhecimento de outros órgãos de controle, especialmente o Tribunal de Contas e o Ministério Público, ou mesmo ingressar com ação popular para declarar nulo o ato e postular o ressarcimento do dano causado ao erário.

O controle social da Administração Pública, em geral, e das parcerias que ela firma com as OSC, em particular, é, hoje, juridicamente tão relevante quanto qualquer outro controle formal, chegando a ser, em certos casos, imprescindível para o bom exercício dessa função.

São várias as razões que conduzem a essa conclusão. Já existe um arcabouço jurídico sólido que garante efetividade à participação democrática direta do cidadão na Administração Pública. Com base nele, e principalmente após a Constituição de 1988, desencadeou-se um processo de paulatina transparência em todos os setores da vida pública. Essa transparência vem sendo catalisada pelo emprego sistemático de meios digitais (com destaque para a internet) na divulgação de atos e negócios públicos. Essa cultura da transparência que vai, pouco a pouco, se enraizando no cotidiano das instituições públicas, o acesso cada vez mais fácil a informações detidas pelo Poder Público e a conscientização da sociedade quanto ao seu dever ético de fiscalizar o Estado contribuem decisivamente para o sucesso do controle social. Some-se a isso o fato de que as instituições oficiais incumbidas do controle interno ou externo (controladorias, ouvidorias, corregedorias, Ministério Público, Tribunal de Contas, Judiciário, Conselhos Nacionais) muitas vezes só conseguem tomar conhecimento de ilegalidades por intermédio do acionamento popular.

À vista destas características, a Lei n. 13.019/2014 atribuiu merecido lugar de destaque ao controle social, o que se justifica não só pelas razões acima, mas também

porque as parcerias são, elas mesmas, mecanismo de participação social no exercício das funções do Estado (por colaboração e fomento).

Finalize-se por dizer que os controles ditos institucionais ou formais sobre as parcerias sempre deixaram a desejar, o que se justifica, em parte, pela falta de recursos humanos e materiais, em parte por incompetência dos órgãos públicos, e, em parte, pelo crescimento acelerado desses vínculos de colaboração, que se pulverizaram e diversificaram em todos os níveis da federação e em incontáveis domínios da ordem social.

O robustecimento do controle social é imprescindível, pois é menos custoso, muito abrangente (sempre haverá um cidadão, comunidade ou associação disposto a fiscalizar), legítimo (derivado do próprio princípio democrático), próximo (o cidadão costuma observar de perto a prestação das atividades objeto da parceria) e eficiente (a simples ação de reportar possíveis ilegalidades a outros órgãos de controle já é uma medida poderosa).

À vista dessas considerações, é hora de a doutrina jurídica rever o papel do controle social para atribuir-lhe, primeiro, a natureza de verdadeiro meio de controle, como qualquer outro, e, segundo, a mesma dignidade jurídica dos controles institucionais, quanto aos seus agentes, instrumentos e medidas.

### *2.8. Conselho de política pública*

Pela definição da Lei n. 13.019/2014, o conselho de política pública é órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas (art. 2º, IX).

A lei tem em vista os inúmeros conselhos de composição paritária, formados fundamentalmente por pessoas da comunidade, tendo por fim dar concretude à promessa de uma Administração Pública mais participativa por via da gestão democrática[212].

Quanto à sua natureza jurídica, são órgãos públicos colegiados que exercem função administrativa, ligados ao Poder Executivo, mas dotados de relativa independência

[212] Por exemplo, os conselhos da pessoa idosa, da pessoa deficiente, da criança e do adolescente, da cultura, do patrimônio histórico.

de ação funcional.[213]

O fato de se tratar de órgão criado pelo poder público não significa que tenha que ser composto, necessariamente, por agentes públicos. Pelo contrário, é esperado que dele participem pessoas da sociedade sem vínculo hierárquico com a Administração. Essa natureza mista da sua formação o coloca numa situação privilegiada, já que está na intersecção entre a sociedade civil e a Administração Pública, servindo, por isso, como ponto de articulação e diálogo entre um e outro.

A parceria desenvolve ações que se inserem numa política pública maior, cuja implantação, avaliação ou monitoramento é feito pelo respectivo conselho. Nada mais natural, portanto, atribuir ao conselho a verificação da execução da parceria, avaliando se está atendendo aos objetivos traçados pela política. Para esse fim, a lei outorgou-lhe atribuição específica, prevendo que "sem prejuízo da fiscalização pela administração pública e pelos órgãos de controle, a execução da parceria será acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo" (art. 60). A redação é quase idêntica àquela prevista na Lei n. 9.790/1999, das OSCIP[214].

Já foram tecidas críticas à falta de detalhes para operacionalizar esse trabalho pelos conselhos, como a imprecisão quanto ao papel das recomendações do conselho e falta de diretrizes para o acompanhamento da execução do objeto.[215] Porém, a lei não deveria entrar em maiores detalhes. O caráter amplo desta norma indica que, por ocasião da criação do conselho, sejam estabelecidas competências concretas que viabilizem esse acompanhamento, como o dever do Poder Público ou da OSC de enviar relatórios sobre a execução da parceria, de prestar esclarecimentos sobre assuntos pontuais, quando demandados, de ouvir agentes públicos e dirigentes particulares em audiência especial, de ter vista de livros e documentos, de realizar visitas ao local etc.

Não é missão principal do conselho avaliar e emitir parecer sobre a prestação de

---

[213] Patrícia Silveira TAVARES explica que "os Conselhos dos Direitos nada mais são do que o próprio Poder Executivo exercendo a sua tarefa de gestão dos interesses da coletividade, de forma conjunta com representantes diretos da população que, no exercício destas funções, devem ser considerados agentes públicos" (*Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente*, p. 313).

[214] Diz a lei no seu artigo 11: "A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.".

[215] Natasha Schmitt Caccia SALINAS, *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*, p. 164.

contas. Contudo, o caráter público das peças que a suportam e a riqueza de informações que revelam certamente justificam o seu exame pelo conselho, que poderá discuti-lo e tomar providências.

É importante que a legislação dos entes federados estabeleça os meios para tornar a atuação dos conselhos realmente efetiva, determinando sejam eles cientificados de todos os passos dados ao longo da execução da parceria, sendo-lhe fornecida automaticamente a documentação que compõe a prestação de contas, em prazo razoável, para que o órgão colegiado possa interferir positivamente, dando sua contribuição.

### *2.9. Conselho fiscal*

A organização da sociedade civil precisa prever como órgão seu o conselho fiscal, ainda que tenha outro nome, "dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas" (art. 33, II).

É da maior importância que o estatuto dê independência ao conselho[216]. Essa independência se consegue através de nomeação transparente, mandato fixo, solução para evitar e desfazer conflitos de interesses, incompatibilidades e imposição de 'quarentena' após o término das funções. É desejável (embora, às vezes, inviável) que o conselheiro fiscal tenha conhecimentos técnicos mínimos. Quanto às atribuições, o órgão deve possuir poderes para exigir esclarecimentos sobre todos os negócios da organização, notadamente sobre sua gestão financeira.[217]

A responsabilidade do conselheiro fiscal segue a disciplina comum da responsabilidade civil por ato ilícito, fundada no elemento subjetivo. Ainda que o conselho decida de modo colegiado, a responsabilidade é sempre individual. Embora o conselheiro

---

[216] Pontes de MIRANDA, tratando do conselho fiscal nas sociedades por ações, ressalta a independência com que este órgão deve funcionar, em lição que pode ser aqui aproveitada: "O órgão controlante e fiscalizante é distinto do órgão administrativo, porque tal independência é necessária à sua função. O grande mal das sociedades por ações está em que as maiorias escolhem diretores e membros do Conselho Fiscal que estão no mesmo plano de interêsses, de modo que prestam mais colaboração, ou mesmo colaboração subordinada, do que contrôle e fiscalização. Reduzem-no por vêzes a órgão de revisão da contabilidade, mero grupo de revisores de balanço..." (*Tratado de direito privado*, p. 413).

[217] O Código Civil não exige que a associação ou a fundação sejam dotados de conselho fiscal, motivo pelo qual não há normas específicas regendo este órgão nas pessoas jurídicas que o possuem. Entretanto, nada impede que sua regência seja análoga àquela prevista para o conselho fiscal das sociedades limitadas (Código Civil, art. 1066 e ss.).

fiscal não exerça atos de administração, se tomar ciência de atos ilícitos e demitir-se do dever de reagir às irregularidades constatadas, assume responsabilidade pessoal e solidária.

Essa responsabilidade era explícita na redação original da Lei n. 13.019/2014. Seu art. 76 dizia: "A pessoa que atestar ou o responsável por parecer técnico que concluir pela realização de determinadas atividades ou pelo cumprimento de metas estabelecidas responderá administrativa, penal e civilmente pela restituição aos cofres públicos dos valores repassados, caso se verifique que as atividades não foram realizadas tal como afirmado no parecer ou que as metas não foram integralmente cumpridas." Porém, a Lei n. 13.204/2015 revogou a norma, perdendo oportunidade para robustecer o controle pelo conselho.

### *2.10. Advocacia Pública*

Além dos órgãos e agentes incumbidos da missão de controlar as parcerias, explicitados na lei, vários outros também poderão ter essa incumbência, mesmo não citados de modo mais evidente (como ouvidorias, corregedorias etc.). A advocacia pública insere-se nesse contexto e merece análise aqui. A Advocacia-Geral da União e as procuradorias estaduais e municipais defendem o ente federativo judicial e extrajudicialmente, tendo incumbência constitucional de prestar assessoria e consultoria jurídicas ao poder executivo (CF, arts. 131 e 132). Os ocupantes das carreiras da advocacia pública ingressam na Administração Pública através de concurso público e gozam de estabilidade (CF, art. 131, §2º, e 132), à exceção do Advogado-Geral da União (CF, art. 131, §1º).

Dessa configuração dada à advocacia pública extraem-se, ao menos, duas conclusões de relevo: 1ª) as funções de defesa, assessoria e consultoria do ente público não podem ser cometidas, total ou parcialmente, a outros órgãos públicos, devendo estar necessariamente enfeixadas na estrutura de um único órgão, tenha o nome que tiver; 2ª) o exercício da atividade-fim da advocacia pública não pode ser entregue a servidores

comissionados, de livre nomeação da autoridade, exigindo-se concurso para preenchimento do posto.[218]

O caráter técnico-profissional das funções da advocacia pública a tornam incompatível com cargo comissionado. Tanto que se fala que o ocupante do posto terá estabilidade após três anos de exercício (CF, art. 132). Além de estar em fina sintonia com a regra da ocupação de cargos e empregos públicos por concurso público (CF, art. 37, II), a estabilidade vai ao encontro da necessidade de dotar o advogado público de mínima segurança e independência, já que, explícita ou implicitamente, suas funções envolvem atribuições de controle e fiscalização do Estado.

Essa função de controle nem sempre é bem compreendida, até mesmo pelos próprios advogados públicos. A Constituição é explícita em atrelar o órgão à defesa dos interesses da pessoa jurídica pública à qual ele se vincula. Vem à mente a consagrada lição de Renato Alessi, que diferencia interesses públicos primários (de toda coletividade) dos interesses públicos secundários (os que tangem apenas ao ente público como pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações)[219]. Os advogados públicos defenderiam os segundos, já que postulam em nome e em favor do ente público. Porém, não se pode querer enxergar na distinção uma contraposição entre os interesses, como se estivessem em permanente choque. Antes, a própria razão de ser do Estado, nas suas diversas emanações, é satisfazer o interesse coletivo geral. Como decorrência disso, os seus próprios interesses (secundários) devem estar subordinados à sua missão original de zelar e satisfazer os interesses principais (primários). Assim, seus próprios interesses nada mais são que instrumentos de viabilização dos interesses públicos primários. Se o gestor público, num ato de governo, viola o interesse público geral, o compromisso fundamental do advogado público é o de apontar a ilegalidade. Não é por outra razão que a Lei n. 7.347/1985 impõe a qualquer servidor o dever de municiar o Ministério Público com informações para propositura de ação civil pública quanto a lesões a interesses metaindividuais (art. 6º).

Nessa linha, um avanço que parece modesto, mas é de importância capital, é a previsão de emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria (Lei n.

---

[218] Embora essas conclusões pareçam óbvias, a realidade, especialmente em municípios, é a de inexistência de procuradorias jurídicas instituídas como órgãos específicos, moldados na forma determinada pela Constituição. Quando há órgão dessa natureza, ele está submetido a secretarias de negócios jurídicos, órgão de puro assessoramento político, com assessores jurídicos comissionados executando tarefas de consultoria e defesa do ente público, em total incompatibilidade com o modelo constitucional.

[219] Renato ALESSI, *Sistema istituzionale del dirito amministrativo italiano*, p. 197.

13.019/2014, art. 35, VI). E mais: caso o parecer jurídico conclua pela possibilidade de celebração da parceria com ressalvas, deverá o administrador público sanar os aspectos ressalvados ou, mediante ato formal, justificar a preservação desses aspectos ou sua exclusão (Lei n. 13.019/2014, art. 35, §2º).

A norma é similar àquela existente na Lei n. 8.666/1993, que determina que a assessoria jurídica examine os autos dos processos de licitação, dispensa e inexigibilidade, bem como aprove as minutas de edital e contrato (art. 38, VI e parágrafo único). Porém, a análise da *possibilidade de celebração* demanda juízo crítico mais amplo do advogado público, que deverá se debruçar sobre a compatibilidade da parceria com as necessidades públicas que se pretenda enfrentar com ela.

Significa dizer que a análise jurídica se expande no exercício da missão de controle. Mesmo circunscrito a um juízo de legalidade (que não envolve conveniência e oportunidade), passa a ser dever do advogado público investigar não só a observância das formalidades legais para deflagração do procedimento de chamamento, mas também a própria legalidade da realização do chamamento, o que autoriza avaliação da capacidade técnico-operacional do órgão celebrante para acompanhar a parceria, das condições orçamentárias do ente, da necessidade ou utilidade da parceria para o interesse coletivo.

Somado a isso, explicitou-se que a conclusão pela desaprovação ou a aprovação com ressalvas é vinculante. Para contornar o parecer desfavorável, o administrador deverá sanar as falhas apontadas ou justificar expressamente, com motivação idônea, a sua preservação. Deixando de adotar um ou outro caminho, assume responsabilidade pela ilegalidade.

Em virtude disso, o advogado público assume um papel de elevada importância, pois deve robustecer com justificativas sólidas o seu parecer, promovendo um diagnóstico que vá além da simples avaliação da correção formal do procedimento, mergulhando também no objeto da parceria e sua conexão com o interesse público cuja satisfação se busca. É um passo fundamental no sentido de dotar os agentes públicos não de novas responsabilidades, mas de mais conformidade com essa responsabilidade, ou seja, a capacidade de se perceberem responsáveis e de se conduzirem concretamente de acordo com essa responsabilidade.

Não era aceitável e, agora, passa a ser intolerável o mau vezo de assinar "pareceres" padronizados, puros modelos, com expressões prontas, mas vazias, que de

parecer só têm o nome, já que, na substância, não representam o produto de um trabalho intelectual de análise jurídica sobre os aspectos concretos relevantes daquele particular processo da licitação (e, agora, das parcerias).

A síntese é que a lei identificou corretamente a análise técnico-jurídica feita pela advocacia pública do órgão como momento crucial de controle interno concomitante, merecendo robustecimento com vistas a impedir o prosseguimento de processos de contratação deficientes ou flagrantemente ilegais, desviados da missão de atendimento a interesses coletivos superiores através da sadia colaboração público-privada de escopo social.

## 3. Instrumentos do controle

### *3.1. Divulgação de informações*

A divulgação de informações relativas à parceria é a base para o exercício de toda atividade de controle. O dever de divulgar, a obrigação de agir com transparência, por si só, já representa forte fator de inibição de malfeitos na gestão de recursos públicos pela OSC e agentes públicos[220].

Apesar do princípio da publicidade ter sido consagrado na Constituição de 1988 desde a sua redação original, a sua concretização é um processo paulatino e – porque não dizer – doloroso, já que a escuridão é o ambiente indispensável para que o patrimonialismo medre. E a condição para o fortalecimento da gestão democrática do Estado é a extirpação definitiva do patrimonialismo. Daí a luta silenciosa para trazer à luz os negócios do Estado, onde se pode combater os interesses privados ilegítimos que se apropriam e se alimentam do patrimônio público.

O art. 116 da Lei n. 8.666/1993, única norma de nível legal e de âmbito nacional a reger os convênios com entidades privadas, não traz regras sobre publicidade. Coube à legislação infralegal fazê-lo. O Decreto n. 6.170/2007, norma regulamentadora dos convênios e contratos de repasse, estabeleceu que as "entidades privadas sem fins

[220] É essa a interpretação da famosa frase de Louis Brandeis, que foi juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos: "O melhor desinfetante é a luz do sol".

lucrativos que pretendam celebrar convênio ou contrato de repasse com órgãos e entidades da administração pública federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV...” (art. 3ª, *caput*). A esse prévio credenciamento[221], segue-se a determinação para que a “celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria serão registrados no SICONV, que será aberto ao público, via rede mundial de computadores – Internet, por meio de página específica denominada Portal dos Convênios (art. 13, *caput*). Essas exigências são reproduzidas também pela Portaria Interministerial n. 507/2011, que regula os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação (arts. 3º e 4º).

Inegável o incremento da transparência com a possibilidade de acesso do cidadão (e de outros controladores) ao rol de entidades credenciadas e às informações essenciais do convênio, especialmente quanto à prestação de contas. Porém, essas exigências aplicam-se apenas no âmbito federal.

A primeira norma de âmbito nacional que impactou, dentre outras áreas, o domínio das relações colaborativas público-privadas foi a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Batizada de ‘lei de acesso à informação’, ela destina-se justamente a garantir o direito fundamental à informação (art. 3º) e submete explicitamente à sua regência as “entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.” (art. 2º, *caput*).

A lei garante acesso a informações produzidas ou custodiadas pela própria entidade privada (art. 7º, III), impõe o dever de transparência ativa ao Estado, que deve divulgar, sem necessidade de solicitação, certas informações mínimas, com destaque para os repasses ou transferências de recursos financeiros (art. 8º, §1º, II), e privilegia a internet como meio obrigatório de divulgação (art. 8º, §2º), fazendo surgir os *portais da transparência* em todos os níveis da federação.

---

[221] Rodrigo Pagani de SOUZA defende ter havido “a implantação de verdadeiro sistema de credenciamento próprio ao **Regime das Entidades Conveniadas**, que, embora não envolva a atribuição de um título jurídico especial às entidades credenciadas (a exemplo dos previstos nos demais **Regimes Especiais**), cumpre a mesma função de credenciamento do universo de entidades potencialmente beneficiárias de uma política pública de fomento.” (*Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, p. 90, grifos no original).

Em consonância com essa legislação, a Lei n. 13.019/2014 não só faz menção genérica à transparência como princípio aplicável às parcerias, como estipula regras específicas para realizá-la de fato, abrindo várias portas de acesso ao cidadão para tomar conhecimento desse universo colaborativo estabelecido com a própria sociedade. Essas regras estão concentradas na seção III (da transparência e do controle), do capítulo II (da celebração do termo de colaboração ou de fomento), e determinam a divulgação da relação de parcerias na internet pelo poder público e pelo particular (arts. 10 e 11). Porém, ao longo de toda a lei, colhem-se regras conferindo publicidade a todo o processo de formação das parceiras, a saber: a) divulgação da intenção de realizar chamamento público (manifestação de interesse social – art. 20); b) divulgação do edital do chamamento pela internet (art. 26); c) publicação pela internet das justificativas da dispensa e inexigibilidade de chamamento (art. 32, §1º); d) condicionamento da eficácia da parceria à publicação do extrato de seu termo em imprensa oficial (art. 38); e) divulgação pela internet dos processos de liberação de recursos (art. 50); f) realização de pesquisa de satisfação (art. 58, §2º); g) submissão das parcerias aos mecanismos de controle social previstos em leis específicas (art. 60, parágrafo único); h) publicação nos meios oficiais de comunicação de alterações nos manuais específicos de orientação das OSC (art. 63, §2º); i) divulgação em plataforma eletrônica da prestação de contas (art. 65); j) exigência de manutenção, pela OSC, dos documentos integrantes da prestação de contas, por 10 anos; k) as impropriedades que levaram à rejeição da prestação de contas devem ser divulgadas em plataforma eletrônica de acesso público (art. 69, §6º); l) faculdade dos Estados, Distrito Federal e Municípios aderirem ao SICONV para utilizar suas funcionalidades (art. 81).

São importantes os avanços em matéria de transparência. A criação de normas gerais garantiu a sua aplicação integral e homogênea a todos os entes da federação. Também é salutar a extensão do dever de transparência às OSC, naquilo que disser respeito às parcerias por elas celebradas, mostrando que a gestão privada de recursos públicos não pode alterar a essência do regime jurídico de proteção do patrimônio público, especialmente em matéria de controle. A consagração da transparência ativa (desnecessidade de pedido para divulgar a informação) e o largo emprego da internet como veículo de divulgação vão ao encontro das melhores e mais modernas práticas de democracia participativa.

### *3.2. Fiscalização*

De início, cumpre esclarecer que a palavra fiscalização, num sentido amplo, acaba por ser sinônimo de controle. Num sentido mais restrito, ela é espécie de controle, instrumento de sua viabilização. É como tal que vários textos normativos – aí incluída a Lei n. 13.019/2014 – o empregam, significando um poder geral para acompanhar, levantar dados, obter informações, examinar papéis, locais, coisas, interferir, sugerir, indagar, questionar o que é feito (ou não feito, ou desfeito) durante a execução da parceria.

Ao lado da prestação de contas, a fiscalização é o mais importante instrumento de controle da parceria. Ela envolve grande dose de poder por conta de seu caráter geral, pois não tem um momento certo para ser realizada e permite a adoção de um largo espectro de medidas. Para completar, é atribuída a vários órgãos de controle. O gestor designado é o primeiro a quem a lei incumbe a função fiscalizadora (art. 2º, VI, e 61, I). Acima dele, também tem função fiscalizadora o administrador público. Fora da hierarquia administrativa, o conselho de políticas públicas tem prerrogativa de fiscalizar qualquer parceria (art. 60). A fiscalização envolve poder indeclinável: sendo poder-dever, os agentes dela incumbidos não são titulares dos recursos empregados, que são recursos públicos. A falha dolosa ou culposa no exercício desse encargo conduz à prática de ato de improbidade (Lei n. 8.429/1992, arts. 10, XX, e 11, VIII).

Os parâmetros de exercício dessa função são bastante genéricos: a parceria deve ser examinada "em tempo hábil e de modo eficaz" (art. 8º). Caberá à Administração, por meio de órgão técnico seu (provavelmente da secretaria de finanças e procuradoria jurídica) avaliar se o plano de trabalho foi confeccionado de modo que permita a fiscalização da execução da parceria; esse mesmo corpo técnico também deverá descrever os meios disponíveis a serem utilizados nessa fiscalização (art. 35, V, 'e' e 'f'). Por ocasião da elaboração do relatório técnico de monitoramento e avaliação, a administração deve levar em conta os trabalhos produzidos pelas auditorias interna e externa, no exercício de sua fiscalização preventiva (art. 59, parágrafo único, VI).

O que não é admissível é a ausência de alguma fiscalização durante a execução da parceria, principalmente através de visitas (art. 58). Diferentemente da documentação diretamente relacionada ao emprego do dinheiro público transferido, o que se pretende é deixar claro quais são os documentos e procedimentos aceitos para demonstrar o

cumprimento do acordo. Para esse fim, por exemplo, não basta a apresentação de uma nota fiscal de aquisição de alimentos ou material escolar, quando se deseja comprovar a relação de refeições oferecidas e o número de alunos agraciados com livros, respectivamente.

A fiscalização periódica pode encontrar evidências de mau emprego do dinheiro público, situação em que a liberação de novas parcelas poderá ser obstada (art. 48, I).

A nova lei proibiu a celebração de parcerias que envolvam, incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização e de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado (art. 40, caput). O texto demanda muita cautela e atenção para dele se extrair a norma pertinente. O que se pretende inviabilizar é que o Estado se demita do poder decisório que é inerente à atividade de controle e que o coloca em situação de supremacia em relação ao particular. Não é autorizada a transferência deste domínio acerca da tomada de decisões fundamentais sobre cada fase ou aspecto da atividade de controle quando isso possa implicar, direta ou indiretamente, interferência na esfera de interesses do particular.

Isso decorre, de um lado, da indisponibilidade do interesse público e, de outro, da isonomia constitucional entre os indivíduos. Assentada essa premissa, são muito bem-vindas parcerias em que as OSC realizam pesquisas e estudos com vistas a avaliar a efetividade das ações objeto de outras parcerias[222]. O rico fruto dessas análises pode e deve alimentar os agentes públicos responsáveis pelo controle na tomada de suas decisões. Essas são adotadas com exclusividade, mas não impedem que sejam enriquecidas – antes, tudo recomenda – por intenso diálogo com a OSC e outros interessados.

### *3.3. Prestação de contas*

A prestação de contas é o procedimento que verifica a execução do objeto da parceria pela organização. É o instrumento principal do controle. Do ponto de vista da entidade colaboradora, é uma obrigação legal e contratual; do ponto de vista da Administração Pública, é um dever do qual não pode se desvencilhar, já que o ente público

[222] A opinião de José dos Santos CARVALHO FILHO segue esse caminho: "Se, de um lado, é certo que funções normativas e reguladoras são indelegáveis ao setor privado, de outro, o exercício do poder de polícia, em sua vertente fiscalizatória, nenhum impedimento traria, em certas situações, para a configuração das parcerias, sabido que fiscalizar é atuar sob o comando legal." (*Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação*, p. 190).

é titular dos recursos públicos, mas não como proprietário privado e sim como administrador de coisa alheia. Por isso, o administrador público exerce função, que é sempre serviente. O povo, titular último da soberania, é o destinatário final da prestação de contas[223]. É um direito público de cada pessoa conhecer o teor do contrato e acompanhar a sua execução. Não há margem para dúvidas, na medida em que o próprio regime geral das parcerias tem por fundamentos a gestão pública democrática e a participação social (art. 5º, caput, e incisos I e IV).

A Administração Pública se põe, portanto, numa dupla posição: a de tomadora das contas, enquanto gestora do contrato, e a de prestadora de contas, perante a sociedade. Ao prestá-las, deve fazê-lo de modo transparente, o que significa divulgar amplamente e com qualidade a informação. A amplitude está em função do vulto da parceria, tanto em termos financeiros quanto do seu impacto social. Já a qualidade repousa no grau de confiabilidade e inteligibilidade das informações prestadas.

A parceira não se limita ao fim de prestar utilidades imediatas ao Estado. Ela é um veículo de satisfação de interesses superiores, como a inclusão social, a promoção do desenvolvimento inclusivo e sustentável, a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa, a promoção e a defesa dos direitos humanos, a tutela do meio ambiente, do patrimônio cultural e a valorização dos povos indígenas e comunidades tradicionais (art. 5º, II, III, VI, VII, VIII, IX e X).

Como reflexo desse escopo mais complexo, a prestação de contas, além de uma peça formalmente técnica, regida por normas contábeis, também – e principalmente – deve reproduzir uma demonstração dos resultados sociais alcançados na implementação daqueles valores. Para ter essa envergadura, ela contempla, nos aspectos analisados, os tradicionais controles da legalidade (conformidade à norma), legitimidade (conformidade aos valores e princípios) e economicidade (relação custo-benefício), que se somam aos controles da eficiência (custo-benefício) e da eficácia (atingimento de metas). Esses dois últimos, embora antigos, vêm recebendo maior atenção, notadamente após a inserção do princípio da eficiência no corpo da Constituição pela Emenda n. 19/1998 (modificando a cabeça do art. 37).

Ponto nevrálgico da plena compreensão do papel da prestação de contas sobre a parceria reside no fato de que ela, ao contrário do contrato administrativo tradicional, não

[223] A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1989, estabelece no artigo 15 que a sociedade tem o direito de demandar conta a todo agente público de sua administração.

envolve exclusivamente a perspectiva econômica, ou seja, ela não é um instrumento de simples troca de utilidades entre os parceiros. Por conta disso, ela não pode atribuir um peso maior ao aspecto da economicidade, enfocando-o como diretriz principal de análise.

As prestações confeccionadas pela organização da sociedade civil podem não ter (e frequentemente não têm) equivalência em termos monetários, de preço, com os aportes de recursos públicos feitos[224]. Todos os aspectos controlados (legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade) devem ser analisados em conjunto e à luz dos objetivos e metas traçados, em comparação com os resultados obtidos, todos prévia e objetivamente dimensionados no corpo do instrumento da parceria.

À prestação de contas, a nova lei dedicou um capítulo inteiro (capítulo IV), com dez arts. (arts. 63 a 72). Entretanto, há normas específicas sobre o tema ao longo de toda a lei, mostrando que ela é o instrumento principal e fundamental de controle da execução da parceria. Em torno dela orbitam todas as pessoas e órgãos diretamente envolvidos na parceria, a saber: o administrador público, o gestor, os órgãos técnicos da Administração Pública, a comissão de monitoramento e avaliação, o conselho de política pública, os dirigentes da organização e seu conselho fiscal.

Segundo a definição legal, prestação de contas é o "procedimento em que se analisa e se avalia a execução da parceria quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e eficácia, pelo qual seja possível verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos" (art. 2º, XIV). Ela compreende as fases da apresentação das contas, de responsabilidade da organização, e a análise e manifestação conclusiva, de responsabilidade da administração (art. 2º, XIV, b).

No procedimento de prestação de contas, materializa-se a obrigação da organização de prestá-las e o dever estatal de tomá-las. Devemos acrescentar que ambas têm a obrigação de divulgar a prestação de contas à sociedade. A organização deve divulgar a situação da sua prestação de contas, indicando a data da apresentação, o prazo para sua análise e o resultado conclusivo, conforme disposto no art. 11, V. Já o Estado deve manter, em sítio na internet, relação das parcerias celebradas (art. 10), bem como permitir acesso ao cidadão às prestações de contas (art. 65).

A prestação de contas pode ser ordinária (ocorrendo na forma e prazos previstos

[224] Isso não significa, contudo, que bens e serviços não tenham valor econômico. Além disso, os bens e serviços devem guardar equivalência mínima com os praticados no mercado.

no instrumento, no plano de trabalho e na lei) ou especial. Esta última deverá ser deflagrada em dois casos: 1) quando houver conclusão, denúncia, rescisão ou extinção da parceria, se não houver devolução, em 30 dias do evento, dos saldos financeiros remanescentes, inclusive provenientes de receitas obtidas das aplicações financeiras (art. 52); 2) quando houver manifestação conclusiva, por parte da Administração Pública, pela rejeição da prestação de contas (art. 69, §5º, III).

O estatuto social da organização deve prever normas de prestação de contas sociais, com observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade. Deve elaborar relatório de atividades e as demonstrações financeiras exigíveis pela Contabilidade, informando acerca de débitos com a Previdência Social e o FGTS (art. 33, IV).

As Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC) são editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade com o escopo de compilar os princípios e regras de contabilidade aplicáveis no país, abrangendo a conduta pessoal do contabilista e a forma de desempenho de seu trabalho. Além da padronização de critérios para a elaboração das demonstrações, há uma grande preocupação com o alinhamento da experiência brasileira à prática estrangeira[225]. Como, ordinariamente, não há obrigação legal impondo às associações e fundações a observância de regras específicas para a realização de sua demonstração contábil, essa exigência vai trazer maior segurança e confiabilidade aos registros patrimoniais das entidades que desejem seguir a disciplina legal estabelecida para as organizações da sociedade civil.

A lei das parcerias fala genericamente em "demonstrações financeiras da entidade". Como ela impõe a aplicação das NBC, conclui-se que essas demonstrações são, no mínimo: balanço patrimonial, demonstração do resultado, demonstração do resultado abrangente, demonstração das mutações do patrimônio líquido, demonstração dos fluxos de caixa, demonstração do valor adicionado, todos acompanhados de notas explicativas.[226]

Além disso, a Administração Pública vai fornecer manuais específicos que, supõe-se, contenham detalhes técnicos acerca do formato e conteúdo a adotar para a elaboração e divulgação das contas (art. 63, §1º).

A regra fundamental das demonstrações contábeis é que espelhem com

---

[225] Atualmente, a estrutura das Normas Brasileiras de Contabilidade está prevista na Resolução CFC n.1328/2011.

[226] Segundo Resolução CFC n. 1185/2009.

fidedignidade a situação de determinado patrimônio, de modo estático e dinâmico. As informações aí contidas devem manter fiel relação de pertinência com a realidade do patrimônio, especialmente quanto ao fluxo de receitas e despesas, e o nexo entre elas, mostrando adequadamente os resultados alcançados (art. 64, §3º). Essa diretriz, largamente calcada na exigência de total transparência, repudia lançamentos contábeis que criem situações artificiais de existência de receitas ou que distorçam ou camuflem despesas.

O modo e a periodicidade das prestações de contas, bem como o prazo para sua análise pela Administração Pública são questões que devem constar do plano de trabalho (art. 22, IX e X) e do instrumento da parceria (art. 42, VII), seguindo a regência determinada pela lei das parcerias (art. 63). Os critérios de avaliação de resultados (art. 23, VI), os objetivos, os elementos mínimos de convicção e os meios de prova que serão aceitos na prestação de contas (art. 35, V, f) serão definidos antes da celebração da parceria, devendo constar do edital do chamamento público. O que se quer deixar preestabelecido são os documentos que servirão, legitimamente, para embasar os fatos contábeis relevantes. A Administração Pública vai descrever quais são esses documentos e os requisitos de forma e conteúdo mínimos que devem possuir, caso de recibos, notas fiscais, contratos, títulos de crédito etc.

O procedimento de prestação de contas é dividido em duas fases: a) apresentação das contas, feita pela organização; b) análise e manifestação conclusiva, feita pela administração (art. 2º, XIV, ‘a’ e ‘b’). Também há diferença quando se tratar de prestação de contas parcial e final. A primeira fase inicia-se com a remessa da documentação pertinente, pela organização social, relativa aos gastos efetuados com a primeira parcela dos recursos repassados, se houver mais de uma parcela. A prestação de contas não pode ter periodicidade superior a um ano (art. 22, IX). O dever de prestá-las surge no momento da liberação da primeira parcela dos recursos financeiros (art. 69, §3º). Esse dever é periódico caso haja sucessivas parcelas liberadas (art. 67, §2º).

A organização apresenta o Relatório de Execução do Objeto e o Relatório de Execução Financeira (art. 66, I e II). O primeiro descreve as atividades desenvolvidas, comparando os resultados com as metas fixadas. O segundo descreve as receitas e as despesas realizadas. Tanto um quanto o outro devem vir acompanhados de toda documentação comprobatória da execução do objeto e do orçamento. Salutar novidade é que todo processo deve ocorrer em plataforma eletrônica, acessível a qualquer pessoa (art. 65), com apresentação digital das peças, cuja originalidade é garantida pela certificação

digital (art. 68). Além do ganho em transparência, também fica facilitado o trânsito rápido de informações entre os parceiros.[227]

Embora não haja tal obrigação legal, é razoável que os relatórios sejam entregues ao conselho fiscal que, paralelamente à administração, vai emitir seu parecer.

Aos autos da prestação de contas (que podem ser virtuais) vão agregar-se o relatório de visita técnica *in loco*, realizada durante a execução da parceria, e o relatório técnico de monitoramento e avaliação, homologado pela comissão de mesmo nome (art. 66, parágrafo único, I e II).

Com base nesse material, o gestor emitirá parecer técnico (art. 67, caput), que será conclusivo e final em caso de parcela única (art. 67, §1º), ou representará prestação de contas parcial quando disser respeito a uma das parcelas dos recursos transferidos. Neste segundo caso, o relatório avaliará o cumprimento das metas do objeto vinculadas à parcela liberada (art. 67, §2º).

Em qualquer dos casos, o relatório deve mencionar, obrigatoriamente, (a) os resultados já alcançados e seus benefícios, (b) os impactos econômicos ou sociais, (c) o grau de satisfação do público-alvo e (d) a possibilidade de sustentabilidade das ações após a conclusão do objeto pactuado (art. 67, §4º). Em resumo, além do controle fundamental sobre a comprovação mesma da despesa (existência), da pertinência entre despesa e receita (idoneidade), verifica-se a eficácia (alcance das metas) e a efetividade (resultados concretos alcançados).

Por ocasião da prestação de contas parcial, o gestor pode detectar fatos que comprometam ou possam comprometer as atividades ou metas, bem como indícios de irregularidades, caso em que deverá informar ao superior hierárquico e adotar providências para sanar os problemas (art. 61, II).

Não sendo esse o caso, a prestação de contas final deve ocorrer em até 90 dias a partir do término da vigência da parceria (art. 69). O administrador público (aquele que assina o termo da parceria) ou agente diretamente subordinado a ele, por delegação, dá a palavra final (art. 72, parágrafo único), julgando as contas regulares, regulares com ressalva ou irregulares (art. 72, I, II e III). Essa apreciação final deve ocorrer no prazo de

---

[227] Como esclarece Juarez FREITAS, "... com transparência e participação em tempo real (mediante o emprego da via digital, que facilita enormemente os projetos de iniciativa popular e o debate sobre questões fulcrais), impende estimular a prática da racionalidade intersubjetiva, numa aprendizagem gradativa de cogovernança." (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 309).

90 a 150 dias, contado da data de seu recebimento (art. 71).

### *3.4. Auditorias*

A Administração Pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria, a ser submetido à comissão de monitoramento e avaliação para homologação, independentemente da apresentação ou não da prestação de contas pela OSC (Lei n. 13.019/2014, art. 59, caput). Esse relatório deverá conter, dentre outros elementos, análise de auditorias feitas pelo controle interno e externo (Lei n. 13.019/2014, art. 59, §1º, VI).

A auditoria pode ser conceituada como "processo sistemático, documentado e independente de se avaliar objetivamente uma situação ou condição para determinar a extensão na qual os critérios aplicáveis são atendidos, obter evidências quanto a esse atendimento e relatar os resultados dessa avaliação a um destinatário predeterminado"[228]

Ela não se confunde com a análise de prestação de contas pela Administração concedente dos recursos públicos ao ente particular[229]. A análise da prestação de contas é um dever da Administração Pública, derivado mediatamente do ordenamento jurídico e, imediatamente, da parceria. Já a auditoria é um instrumento típico da fiscalização concomitante, cujo emprego nas parcerias está no âmbito discricionário da autoridade controladora, externa ou interna[230].

Enquanto instrumento de controle concomitante, tem lugar durante a execução da parceria. Verificando irregularidades, pode servir de base para a tomada de contas especial.

Tratando-se de simples instrumento de exercício do poder fiscalizador, a auditoria não envolve as garantias do processo, que se desenvolverão depois, na tomada de contas.

---

[228] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria-Geral de Controle Externo. *Glossário de termos do controle externo*, p. 5.

[229] Essa afirmação é confirmada pela Portaria Interministerial n. 507/2011, que regula os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, disciplinando a fiscalização e a prestação de contas desses ajustes. O seu artigo 74, §2º dita: "A análise da prestação de contas será feita no encerramento do convênio, cabendo este procedimento ao concedente com base na documentação registrada no SICONV, *não se equiparando a auditoria contábil*." (grifo nosso).

[230] A auditoria é instrumento outorgado tanto a órgãos de controle internos quanto externos. A Lei n.8.443/1992, lei orgânica do Tribunal de Contas da União, o prevê para exame de atos e contratos (art. 41, II). A Lei n. 10.180/2001, que estrutura, dentre outros, o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, prevê a auditoria como instrumento de avaliação da gestão de recursos públicos federais sob a responsabilidade de entidades privadas (art. 24, VI).

Ela envolve o levantamento de dados e sua análise por iniciativa própria do órgão controlador para respaldar uma medida ulterior.

Em vista dos aspectos auditados, a auditoria direta sobre as parcerias pode ser contábil (avaliação de atos e fatos concernentes à administração orçamentária, financeira e patrimonial à luz de princípios e normas da contabilidade) ou de conformidade (avaliação da legalidade e legitimidade de atos de gestão em relação a padrões técnicos ou jurídicos, sendo aplicável a instrumentos negociais em geral).[231]

Quando a lei fala em "auditoria", claramente refere-se a instrumento de controle empregado pelo poder público (seja a administração pública, no controle interno, seja o tribunal de contas, no controle externo. Porém, considerado o vulto da parceria, é possível também a previsão de *auditoria privada independente*. Ela representa um trabalho de contabilidade, cujo objetivo é "aumentar o grau de confiança nas demonstrações contábeis por parte dos usuários. Isso é alcançado mediante a expressão de uma opinião pelo auditor sobre se as demonstrações contábeis foram elaboradas, em todos os aspectos relevantes, em conformidade com uma estrutura de relatório financeiro aplicável."[232]

A Constituição atribui ao Tribunal de Contas o poder de realizar, por iniciativa própria, inspeções e auditorias (CF, art. 71, IV). A auditoria é instrumento abrangente tanto no espectro de fatos avaliados quanto nos aspectos que são avaliados (contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial). Qualquer pessoa, pública ou privada, está sujeita a esse instrumento. Quaisquer elementos de prova podem ser examinados, não havendo possibilidade de oposição de sigilo[233].

Os Tribunais de Contas podem se valer da auditoria para avaliar tanto as unidades públicas jurisdicionadas, quanto as entidades privadas parceiras. Porém, podem empregá-la

---

[231] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria-Geral de Controle Externo, *Glossário de termos do controle externo*, p. 5.

[232] BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC 1.203/09*. O mesmo documento diz que os objetivos gerais do auditor são: "(a) obter segurança razoável de que as demonstrações contábeis como um todo estão livres de distorção relevante, independentemente se causadas por fraude ou erro, possibilitando assim que o auditor expresse sua opinião sobre se as demonstrações contábeis foram elaboradas, em todos os aspectos relevantes, em conformidade com a estrutura de relatório financeiro aplicável; e (b) apresentar relatório sobre as demonstrações contábeis e comunicar-se como exigido pelas NBC TAs, em conformidade com as constatações do auditor."

[233] Segundo Pedro Roberto DECOMAIN, "Todos os livros, documentos e mais papéis, registros em meio magnético e outros elementos de informação envolvidos na gestão de recursos públicos, [sic] devem ser amplamente franqueados aos agentes do Tribunal ou Conselho de Contas, na realização de seus trabalhos de auditoria". E mais: Não existem documentos, registros ou dados relacionados com a Administração Pública em geral que sejam sigilosos em face dos Tribunais ou Conselhos de Contas" (*Tribunais de Contas no Brasil*, p. 119).

quando instados através de reclamações e representações de cidadãos. Também devem realizá-la por requisição das Câmaras Municipais, que exercem controle sobre o Executivo[234].

Nos casos de controle interno, especialmente nos municípios, seu pouco emprego deve-se a razões diversas, que vão do desconhecimento, falta de recursos humanos para isso ou pura negligência ou condescendência para não 'interferir' na ação privada. Nessas situações, cabe ao controle social ou aos órgãos do controle externo provocar a administração local responsável pela parceria para que saia da inércia, sob pena da omissão acarretar responsabilidade solidária do agente público.

## 4. Efeitos do controle

Falar em efeitos do controle significa explorar as consequências produzidas por essa atividade, o seu produto, as medidas que dele resultam e que vão promover alterações de diversas ordens nos planos cível e criminal, seja na relação de parceria, seja na esfera de interesses da OSC, de seus integrantes, de agentes públicos ou até mesmo de terceiros que, de alguma forma, se liguem à parceria. O dever fundamental daquele que recebe recursos do Estado é o de prestar contas. Se as presta bem, está liberado; do contrário, abre-se caminho para adoção de medidas diversas de tutela do patrimônio público. São elas que serão investigadas, identificando quais são essas medidas, quem pode impô-las, a forma pela qual serão impostas e as suas consequências.

### *4.1. O julgamento das contas*

A organização da sociedade civil prestará contas da boa e regular aplicação dos recursos recebidos no prazo de até 90 dias a partir do término da vigência da parceria ou no final de cada exercício, se a duração da parceria exceder um ano (art. 69). Assim, o término da parceria (com duração menor do que um ano) ou o fim do exercício (coincidente com o fim do ano) são os prazos normais a partir dos quais a Administração Pública vai avaliar

[234] Trata-se de verdadeira ordem emitida pelos legislativos municipais, pois o artigo 31, §1º, da Constituição, atribui o controle externo às Câmaras Municipais com auxílio dos Tribunais de Contas do Estado ou do Município, onde houver.

como se deu o emprego dos recursos públicos na execução do objeto da parceria. Quando não há apresentação das contas ou a fiscalização concomitante descobre irregularidades, deve haver a deflagração da tomada de contas especial (art. 69, §2º). Em qualquer dos casos, os juízos possíveis são três: aprovação, aprovação com ressalvas e reprovação (Lei n. 13.019/2014, art. 69, §5º). Como a relação de parceria se estabelece entre a OSC e o poder público, é natural supor que as primeiras consequências do controle devam ser impostas pela Administração Pública celebrante, sendo, portanto, medidas endógenas ou de controle interno. Contudo, nem sempre o controle interno da Administração Pública é tempestivo e eficaz. Acabam, por isso, sendo sucedidos pelos controles externos, normalmente pelo Ministério Público e Tribunal de Contas, que adotarão medidas independentes e à revelia da própria Administração Pública.

#### *4.1.1. Aprovação*

A aprovação das contas significa que estão regulares. A organização fica liberada da obrigação imediata de prestá-las e reputa-se que o objeto (ou parcela dele) foi cumprido de acordo com o plano de trabalho aprovado (art. 72, I).

A aprovação com ressalvas também gera o mesmo efeito. Contudo, são levadas em consideração no futuro, em caso de novas parcerias. Diz a lei que "as impropriedades que deram causa às ressalvas ou à rejeição da prestação de contas serão registradas em plataforma eletrônica de acesso público, devendo ser levadas em consideração por ocasião da assinatura de futuras parceiras com a administração pública, conforme definido em regulamento" (art. 69, §6º).

Em caso de nova parceria, é difícil supor que uma irregularidade apontada em prestação de contas pregressa tenha o condão de prejudicar a organização num processo seletivo futuro para celebração de outra parceria. O dispositivo deve ser interpretado da seguinte maneira: em novo processo seletivo, a irregularidade terá peso negativo se a entidade, instada a corrigi-lo durante a execução da parceria anterior, não tiver sanado o vício de modo satisfatório, como permite o art. 70, §1º, da lei. Entendimento contrário daria poder à Administração Pública para discriminar as organizações concorrentes sem justificativa razoável para tanto, ferindo o princípio da isonomia. Em acréscimo, à organização da sociedade civil deve-se assegurar direito de defesa no bojo do processo de

tomada de contas, sob pena de ser pega de surpresa no futuro.

Julgando aprovadas as contas (com ou sem ressalvas), a organização reputa-se liberada deste dever legal perante a Administração Pública. A aprovação, nesse caso, configura ato unilateral de controle posterior da atividade particular, substancialmente vinculado[235]. A própria eficácia da parceria depende da aprovação. Significa que o juízo positivo autoriza a continuidade da parceria, com liberação de novas parcelas dos recursos financeiros. Em verdade, a aprovação final, na prática, pode demorar anos, principalmente porque é ato de incumbência da autoridade superior, sendo o ponto culminante de um longo processo de avaliação. Assim, o que deve ocorrer na prática é a emissão de um juízo preliminar desfavorável pelo gestor da parceria, quando constatar alguma das hipóteses previstas nos três incisos do art. 48 da Lei n. 13.019/2014[236], sugerindo a suspensão de novos repasses de dinheiro. Essa medida acautelatória pode e deve ser tomada imediatamente, à vista do interesse superior na proteção do erário público, deferindo, logo após, oportunidade para que a organização se justifique, se defenda e porventura corrija a situação irregular (art. 70).

O prazo para a apreciação final das contas é de 150 dias (art. 71). A crônica desestrutura da Administração Pública faz com que prestações de contas, às vezes, demorem anos para ocorrer[237], o que, na prática, significa completa ausência de controle. Diante disso, a Lei n. 13.019/2014 afirma que o transcurso daquele prazo sem apreciação das contas (a) não significa impossibilidade de sua apreciação posterior, (b) não impede a adoção de medidas saneadoras, punitivas ou de ressarcimento do erário, (c) impede a

---

[235] Segundo Hely Lopes MEIRELLES, a aprovação "é o ato administrativo pelo qual o Poder Público verifica a legalidade e o mérito de outro ato ou de situações e realizações materiais de seus próprios órgãos, de outras entidades ou de particulares, dependentes de seu controle, e consente na sua execução ou manutenção. Pode ser prévia ou subsequente, vinculada ou discricionária, consoante os termos em que é instituída, pois em certos casos limita-se à confrontação de requisitos especificados na norma legal e noutros estende-se à apreciação da oportunidade e conveniência." (*Direito administrativo brasileiro*, p. 198). O caráter vinculado do ato de aprovação das contas decorre do próprio texto legal, a exigir que as contas expressem de forma "clara e objetiva" o cumprimento dos objetivos e metas. Habitualmente, os objetivos e metas são expressos em números, em quantidades numericamente aferíveis. Daí a ausência de discricionariedade: ou se atingiu a meta ou não se atingiu. Porém, sempre restará alguma margem de apreciação livre do administrador, em função de peculiaridades ínsitas ao objeto.

[236] Art. 48. As parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo cronograma de desembolso, exceto nos casos a seguir, nos quais ficarão retidas até o saneamento das impropriedades: I - quando houver evidências de irregularidade na aplicação de parcela anteriormente recebida; II - quando constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da organização da sociedade civil em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento; III - quando a organização da sociedade civil deixar de adotar sem justificativa suficiente as medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.

[237] Conferir nota de rodapé 170, supra.

incidência de juros de mora sobre débitos eventualmente apurados, no período entre o final do prazo de 150 e a data em que houver a definitiva análise, quando a organização não age com dolo (art. 71, §4º, I e II). As normas mencionadas em *a* e *b* são obviedades, já que o silêncio não gera consequências jurídicas sem norma expressa que o autorize.

A norma referida em *c* tem por objetivo conferir segurança à organização que atue de boa-fé e se equivoque em cálculos, excluindo a incidência de juros de mora desde a data em que fosse devida a devolução da verba.

A obrigação de devolver saldos não utilizados está diretamente prevista na Lei n. 13.019/2014, no art. 52: "Por ocasião da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção da parceria, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à administração pública no prazo improrrogável de trinta dias, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente da administração pública."

A norma institui prazo de 30 dias para a devolução voluntária. Assim, previsto este termo, a mora é automática, nascendo do advento daquele (*dies interpellat pro homine*). Esta regra, aliás, está positivada no art. 397 do Código Civil ("O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor") e é aplicável aos contratos administrativos.[238].

Assim, a exceção contida no art. 71, §4º, II, da Lei n. 13.019/2014 nos parece iníqua porque anti-isonômica, já que põe a organização da sociedade civil em situação mais benévola em relação aos contratos privados, sem que exista justificativa idônea para o tratamento distinto. Se devolveu a menos, causou prejuízo ao erário, devendo pagar juros moratórios desde a data em que entrou em mora, pouco importa a demora da Administração Pública no exame da prestação de contas, desde que não ultrapassado o prazo prescricional para reaver o dinheiro.

A aprovação restringe seus efeitos à relação de parceria, não vinculando outras entidades de controle. Aliás, a própria Administração Pública pode rever seus atos pregressos, se constada ilegalidade, anulando-os e exigindo do particular o ressarcimento de prejuízos.

---

[238] O Superior Tribunal de Justiça afirma aplicar-se aos contratos administrativos a norma prevista no artigo 397 do Código Civil, de modo que reputa-se em mora a Administração desde o 1º dia do inadimplemento. Nesse sentido, ver Resp. 1466703/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, d.j. 12.02.2015.

### *4.1.2. Reprovação*

A rejeição das contas ocorrerá nas hipóteses previstas no art. 72, III: omissão no dever de prestar contas; descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos. A rejeição das contas pressupõe a inércia da organização, que deixa esgotar o prazo para sanar a irregularidade (art. 70).

Como se vê, muitas dessas hipóteses são bastante genéricas, fluidas. Quando um "ato de gestão" será "ilegal" ou "ilegítimo"? Ele será "antieconômico" para quem? Para a organização, o erário, a sociedade? Se a intenção da lei foi conferir discricionariedade ao administrador, ela deve ser exercida em bases minimamente objetivas, técnicas, o que significa justificar a irregularidade na inobservância de parâmetros de boa gestão contábil, administrativa e financeira largamente aceitos e praticados, e que a séria decisão de rejeição tenha relação de proporcionalidade com a gravidade da falta. É certo que esses mesmos critérios são empregados na lei orgânica do Tribunal de Contas da União (art. 8º). Assim, melhor caminho seguirá a administração pública se permanecer jungida aos critérios utilizados pela própria Corte de Contas, seguindo sua jurisprudência, evitando decisões extravagantes, de fundamentação questionável quando não possua lastro em evidências concretas e documentadas de mau emprego do dinheiro público.

A não prestação das contas determina a imediata instauração de tomada de contas especial, caso em que a Administração Pública sai da situação passiva de receptora dos documentos e se incumbe de exigi-los (art. 69, §5º, III). A tomada de contas especial nada mais é do que um "processo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal [estadual, distrital ou municipal] e obtenção do respectivo ressarcimento"[239]. Segundo o art. 8º da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), a tomada de contas especial tem lugar quando da "omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º

[239] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria-Geral de Controle Externo, *Glossário de termos do controle externo*, p. 20.

desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário...".

Tanto a prestação quanto a tomada de contas têm natureza de processo porque podem vir a impor medidas restritivas ao patrimônio ou liberdade da organização da sociedade civil.

### *4.2. Responsabilidades*

As circunstâncias que a lei enumera como suficientes para caracterizar como irregular a prestação de contas nada mais são do que ilegalidades oriundas da própria execução da parceria. Essas ilegalidades podem ocasionar responsabilidade para os agentes públicos ou para a própria organização da sociedade civil. Essa responsabilidade pode acarretar consequências e sanções nas esferas administrativa, cível e penal. A responsabilidade é uma só[240], com eventuais consequências em mais de um domínio do direito. Importante ressaltar que a lei previu infrações taxativas, de sorte que não é dado a estados e municípios ampliá-las, ainda que possam estabelecer normas particulares para especificar a dosimetria ou mesmo estabelecer consensualmente o ajuste de conduta e a submissão a obrigações negociadas para evitar as punições legais[241].

#### *4.2.1. Administrativas*

A OSC que tiver as contas julgadas irregulares pode ser sancionada com I - advertência; II - suspensão temporária de participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo

---

[240] Significa dizer que o conceito de responsabilidade é um só, consistindo na aptidão para alguém sofrer as consequências de um fato; as consequências mudam (no campo penal, civil, administrativo), a natureza da responsabilidade, não.

[241] É a opinião de Thiago MARRARA e Natália de Aquino CESÁRIO: "...note-se que há muitos aspectos sancionatórios sem normatização, por exemplo, o relativo à dosimetria. Além disso, a Lei não trata de mecanismos de consensualização aplicados ao processo sancionador, como o compromisso de cessação de prática infrativa, o qual, em nosso entender, também pode ser objeto de criação pelo legislador local ou estadual, já que o art. 73, *caput*, diz que a execução defeituosa da parceria "poderá" ocasionar sanções." (O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor?, p. 51).

da administração pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos; III - declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II (art. 73, incisos I a III).

As sanções de II e III só podem ser aplicadas por ministro de Estado ou secretário estadual, distrital ou municipal. Sempre deve ser assegurada a defesa. A reabilitação ocorrerá em 2 anos. A aplicação das penalidades prescreve em 5 anos, contados da apresentação da prestação de contas (art. 73, §§1º e 2º).

As sanções devem ser impostas de modo proporcional à gravidade da falta. Porém, é possível depreender que a pena mais grave de declaração de inidoneidade (do inciso III do art. 73) é reservada aos casos em que há prejuízo ao erário. Ela tem prazo mínimo de dois anos e não possui prazo máximo ("enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição"), salvo ocorrência da prescrição quinquenal. Mas, após dois anos, a OSC pode buscar sua reabilitação, desde que promova o ressarcimento do dano ao erário.

Além dessas penas, deve haver o registro das impropriedades que acarretaram o julgamento de irregularidade das contas em plataforma eletrônica de acesso público (art. 69, §6º). Com isso, confere-se transparência ao relacionamento entre o poder público e a sociedade, viabilizando o controle social.

A responsabilidade administrativa dos agentes públicos (administrador, gestor, membro da comissão de seleção, membro da comissão de monitoramento e avaliação) não é tratada na Lei n. 13.019/2014. Ela terá por fundamento leis específicas de cada esfera federativa que tratem do regime jurídico dos seus servidores (a exemplo da Lei 8.112/90, no âmbito da União) ou a Consolidação das Leis do Trabalho no caso de faltas de empregados públicos. Logo, toda vez que algum preceito da lei das parcerias for afrontado dolosa ou culposamente pelo agente público, caberá a responsabilização por falta funcional, sem prejuízo da sua responsabilidade nos domínios cível e penal.

Além das penas que podem ser impostas pela administração pública concedente, também têm caráter administrativo – porque emanadas de órgão administrativo – as

sanções impostas pelo Tribunal de Contas na sua missão de controle externo. Como já ressaltado, o controle das contas da parceria é feito indiretamente, pois a Corte se debruça sobre o trabalho de prestação de contas realizado pela administração pública celebrante da parceria. As contas podem ser julgadas regulares, regulares com ressalva ou irregulares, conforme se extrai do art. 16, I, II e III, da Lei n. 8.443/1992, art. 16. O dispositivo legal praticamente foi copiado pela Lei n. 13.019/2014. O tribunal, quando houver comprovado prejuízo ao erário, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato e do terceiro que com ele concorreu (art. 16, §2º), podendo aplicar multa (Lei n. 8.443/1992, art. 57).

#### *4.2.2. Cíveis*

A responsabilidade cível envolve as sanções de ressarcimento de danos (sanção reparadora) e aquelas reservadas para atos de improbidade administrativa (sanção punitiva). Essas últimas sanções (por improbidade) só podem ser impostas judicialmente, em controle externo.

No âmbito do controle judicial existe um microssistema de controle dos atos da Administração Pública em geral, que está também aparelhado para atuar sobre as medidas de fomento social pelo simples fato desta envolver transferência de recursos públicos a particular, estando, por isso, abrangida pela norma do art. 70, parágrafo único, da Constituição. A pretensão aqui é apenas a de apontar a existência dos instrumentos de controle judicial aptos a incidir sobre o fomento social, sem ingresso nas suas particularidades normativas:

1) a ação popular talvez seja o instrumento mais antigo de defesa do patrimônio público porque criado pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Hoje, tem previsão constitucional no art. 5º, LXXIII, que diz: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. O art. 1º da Lei 4.717/1965 autoriza seu manejo para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. A proteção se justifica em razão do aporte

de recursos públicos na entidade privada. Logo, o cidadão não está protegendo interesses privados, mas o interesse público inserido no ente privado. É por isso que a legitimidade ativa do cidadão representa fenômeno de legitimação extraordinária.

2) a Lei n. 7.347/1985 introduziu a chamada ação civil pública, vocacionada à perseguição da responsabilidade patrimonial e moral causada ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social. Papel de destaque foi dado ao Ministério Público, que, além de cotitular da ação, deve intervir necessariamente no processo se não for o seu proponente. Qualquer cidadão pode e o servidor público deve provocar o Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º). Juízes e tribunais, quando tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis (art. 7º). Importante salientar que a lei da ação civil pública (art. 21) completa-se com a Lei n. 8.078/90 (art. 90), formando, juntamente com a lei de ação popular, um microssistema processual de tutela de interesses públicos primários e metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). A ação civil pública admite a veiculação de qualquer espécie de pedido (declaratório, constitutivo, condenatório), inclusive liminares.

A Lei n. 8.429/1992 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, mandato, emprego ou função na Administração Pública. Elas também são veiculadas através de ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/1985. Estão sujeitos às penalidades da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (art. 1º, parágrafo único).

Tal como na ação popular, a ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa pode veicular lesão ao patrimônio público utilizado por entidade privada, aí incluídas aquelas com quem o poder público mantém vínculos de colaboração para fins de fomento, como entidades que celebram convênios, organizações sociais, organizações da

sociedade civil de interesse público. A lei pune tanto o agente público quanto o terceiro beneficiário, indutor ou concorrente com o ato ímprobo (art. 3º). As penas são as de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12).

O ressarcimento de prejuízos causados ao erário é consequência da prática do ilícito, não se considerando tecnicamente como pena. Ele tem previsão no dever geral de não causar prejuízos aos direitos alheios, gerando o dever de reconduzir o patrimônio lesado ao estado anterior (Código Civil, art. 186 c.c. o art. 927), aí incluído o patrimônio público na sua acepção mais ampla[242].

A reparação do erário pode ter por fonte o mau emprego do recurso público transferido ou algum dano causado a interesse público no curso da execução da parceria. Na primeira hipótese estão inseridas situações as mais variadas: desde a não comprovação da utilização do recurso no objeto da parceria, sua destinação incorreta, ou desvio e apropriação dolosos para outros fins. Todo dinheiro público transferido deve ser empregado na execução do objeto. Havendo saldo ao final, ele deve ser restituído (Lei n. 13.019/2014, art. 52). Tanto a não devolução, quanto o mau uso caracterizam prejuízo ao erário, justificando a responsabilização, a ser deflagrada pela autoridade administrativa competente, sob pena da omissão acarretar sua responsabilidade solidária (Lei n. 13.019/2014, art. 70, §2º). De modo mais geral, o ressarcimento de qualquer dano causado ao erário por agente público ou terceiro está previsto na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), art. 5º, que diz: "Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano."

A existência e o montante do prejuízo podem ser aferidos de diversas formas e por diversos órgãos. A Administração Pública pode deflagrar procedimento administrativo próprio ou identificar o dano na própria prestação de contas. Em qualquer caso, acionará a procuradoria jurídica do órgão para obter o ressarcimento judicial, se não houver a

---

[242] Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO, patrimônio público corresponde "ao conjunto de bens materiais e imateriais, inclusive direitos e receitas, de propriedade das pessoas de direito público." (*Bens públicos*: *função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas*, p. 55).

recomposição de modo amigável. O tribunal de contas também tem a prerrogativa de julgar em débito a entidade, seus gestores e, se o caso, o agente público, inclusive reconhecendo a solidariedade. Tal decisão final constitui título executivo (CF, art. 71, §3º). Nem o tribunal nem o ministério público de contas que nele funcione poderão executar o título. Apenas a fazenda lesada, por sua procuradoria, pode fazê-lo. Por fim, o ministério público federal e estadual também tem legitimidade para ingressar com ação de ressarcimento de dano ao erário (Lei n. 7.347/1985, art. 1º, VIII).

Diferentemente da Lei das Oscip e da Lei das Os, a Lei n. 13.019/2014 não prevê expressamente a possibilidade de adoção de medidas cautelares de garantia do ressarcimento do patrimônio público, como a indisponibilidade de bens, sequestro e arresto. Aquelas duas leis contêm norma praticamente idêntica, assim redigida (Lei n. 9.637/1998, art. 10): "Sem prejuízo da medida a que se refere o art. anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público".

Isso não significa que medidas cautelares urgentes não possam ser adotadas no que tange às parcerias. Elas estão presentes tanto no Código de Processo Civil, de modo geral (art. 301), quanto na Lei n. 8.429/1992 (arts. 7º e 16[243]).

---

[243] O artigo 7º autoriza o Ministério Público a postular a decretação da indisponibilidade *de bens* daquele que praticar ato de improbidade causador de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Já o artigo 16 diz que, havendo fundados indícios de responsabilidade, é possível o acionamento do Ministério Público ou da procuradoria do órgão para que requeiram a decretação do *sequestro* dos bens do agente ou do terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao erário. Como toda e qualquer medida cautelar, a indisponibilidade e o sequestro servem para garantir o resultado útil do processo através da preservação do bem da vida que é objeto daquele, evitando seu perecimento. A diferença entre os instrumentos está na finalidade de cada um. O sequestro, mencionado no artigo 16, é medida apropriada para evitar o perecimento de certo bem fruto de enriquecimento ilícito ou pertencente ao patrimônio público e obtido em prejuízo deste. O perecimento pode ser tanto a destruição quanto a alienação. O sequestro mira bens determinados, sejam móveis ou imóveis. Já a chamada indisponibilidade de bens, referida no artigo 7º, aproxima-se mais do arresto e se presta a garantir o ressarcimento do dano ao erário ou a satisfação das penas de multa civil e perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, e se opera bloqueando parcela suficiente e indefinida de bens do patrimônio do responsável. Tanto o sequestro quanto a indisponibilidade podem ser aplicados em caso de enriquecimento ilícito ou dano ao erário. No sequestro, é conhecido e individualizável o bem que era do patrimônio público e foi obtido indevidamente ou o proveito obtido ilicitamente (sem prejuízo ao erário), enquanto que no arresto essa individualização não é possível. A consagração da ideia de *instrumentalidade do processo* na experiência jurídica do país aproximou os institutos, compreendendo-os sob o gênero de tutelas de urgência, com a consequente fungibilidade entre as medidas (o pedido por um não impede que o

A responsabilidade civil inclui também a prática de ato de improbidade[244], que é a conduta praticada por agente público com o objetivo livre e consciente de violar a norma jurídica cogente (dolo), causando ou não prejuízo ao erário, e a conduta que, embora destinada a fins lícitos, conduz-se de modo negligente, imprudente ou imperito, causando prejuízo ao erário (culpa). Ela encontra previsão no ordenamento nacional na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que tipifica várias condutas que caracterizam improbidade (arts. 9º, 10 e 11). Aquelas previstas nos arts. 9º e 10 só podem ser praticadas com dolo, enquanto que as do art. 10 também admitem a forma culposa. Nenhum dos tipos demanda dolo específico (especial fim de agir), bastando o dolo genérico.

As sanções constam do art. 12, incisos I a III: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Todos os incisos mencionam o ressarcimento do dano. Porém, como visto acima, trata-se de consequência do prejuízo causado e não pena. Tanto que o prejuízo pode e deve ser reparado a despeito da prática de ato ímprobo (caso de simples ilícito civil comum, por exemplo).

A Lei n. 13.019/2014 atualizou os tipos da improbidade, passando a prever como condutas típicas relacionadas à parceria: frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente (art. 10, VIII); facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, XVI); permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada

---

juiz conceda o outro se entender presentes os seus requisitos legais). Essa fungibilidade já era prevista no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 273, §7º) e foi elevada à sua culminância no novo Código de Processo Civil, que se limita a falar em *tutela de urgência de natureza cautelar* (artigo 301), grande gênero que contempla quaisquer medidas aptas a bem garantir o bem da vida, sem pré-requisitos específicos (a não ser, obviamente, aquelas condições gerais pertinentes à própria sistemática da tutela de urgência).

[244] Preferimos arrolar as sanções por improbidade na responsabilidade civil pelo simples fato de suas penas possuírem natureza não penal. Alguns falam em sanção político-administrativa, pois impõem consequências à relação funcional do agente público, bem como aos direitos políticos deste. Contudo, a maioria das penas são autônomas (porque constam em diploma específico) e de aplicação independente (podem ser aplicadas concomitantemente com sanções administrativas puras, no âmbito disciplinar). E as sanções que interditam a capacidade eleitoral (passiva e ativa) não deixam de ser sanções civis, ainda que qualificadas e peculiares.

utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, XVII); celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, XVIII); agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas (art. 10, XIX); liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular (art. 10, XX)[245]; descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas (art. 11, VIII).

Criou-se prazo de prescrição específico para o exercício de pretensões à imposição das penas nos casos de improbidade relacionados a parcerias: até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.429/1992 (art. 23, III).

Podem propor a ação de improbidade o Ministério Público e a pessoa jurídica cujo patrimônio foi lesado. O instrumento adequado para manejar a demanda é a ação civil pública, que segue o rito ordinário, com a especialidade inicial da defesa prévia e juízo preliminar de admissibilidade (Lei n. 8.429/1992, art. 17, §§7º e 8º).

Os mecanismos de tutela da probidade administrativa são muito amplos, abrangendo ilegalidades cometidas desde a fase administrativa interna de planejamento do chamamento público, dispensa ou inexigibilidade até a execução da parceria. A imposição das sanções independe de aprovação de contas do administrador público ou do efetivo prejuízo ao erário (Lei n. 8.429/1992, art. 21). Além disso, a lei de improbidade prevê expressamente a responsabilização do terceiro que induziu ou concorreu para a prática da improbidade ou dela se beneficiou (Lei n. 8.429/1992, art. 3º).

Não obstante qualquer ofensa às normas de regência das parcerias com as OSC possa, em tese, acarretar responsabilidade dos administradores e gestores públicos, a Lei n. 13.019/2014 explicita essa possibilidade em certas hipóteses mais delicadas, ressaltando seu caráter solidário: 1) transferência de novos recursos em parcerias em execução nos casos em que sobrevenha impedimento à celebração da parceria, pesando contra a

[245] A desatenção do legislador fez com que o inciso XXI do art. 10 ficasse com redação idêntica à do inciso XX.

organização ou dirigente seu, salvo autorização expressa e fundamentada do dirigente máximo do órgão ou entidade da administração pública (art. 39, §1º); 2) inércia da organização em sanar irregularidades ou omissões na prestação de contas, quando esgotado o prazo para isso, situação em que a autoridade administrativa competente deverá adotar providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, nos termos da legislação vigente (art. 70, §2º); 3) o administrador público responde pela decisão sobre a aprovação da prestação de contas ou por omissão em relação à análise de seu conteúdo, sendo permitida a delegação desta incumbência (art. 72, §1º).

#### *4.2.3. Penais*

Por fim, a responsabilidade penal normalmente advirá da prática de algum crime daqueles cometidos contra a administração pública pelo agente público, por particular ou por ambos em concurso (Código Penal, Título IX – Dos Crimes contra a Administração Pública). Embora tenha utilizado como paradigma em vários assuntos a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 13.019/2014 apartou-se dela ao não prever figuras penais. A lei de licitações prevê vários crimes que visam tutelar os princípios e normas das licitações (arts. 86 a 99). A licitação é processo público de seleção tanto quanto o chamamento público; ambos preveem hipóteses de dispensa e inexigibilidade; o contrato administrativo e a parceira (nas suas três modalidades) não deixam de ser negócios jurídicos administrativos com a iniciativa privada, buscando viabilizar algum interesse coletivo. Assim, constitui falha grave a ausência de normas penais para tutelar a parceria contra ataques mais intensos aos bens jurídicos tutelados, considerando principalmente que os vínculos colaborativos do Estado com particulares vêm sendo cada vez mais utilizados como instrumento substancial de consecução das funções estatais.

# CONCLUSÕES

O controle é exigência natural da democracia. Aquele que, por qualquer título, administra coisa alheia, do povo, deve prestar contas à sociedade. Num ambiente em que o fomento, econômico e social, e as relações colaborativas público privadas disseminam-se e ganham importância crucial como opção de viabilização de políticas públicas, o controle sobre essas atividades se torna mais exigente, demandando quadro normativo que propicie o instrumental necessário para aferição da regularidade e eficiência das ações públicas.

A evolução econômica, política e social do terceiro setor a partir da década de 1970 é um fato consumado no mundo todo. No Brasil, a Reforma do Aparelho do Estado, na década de 1990, repôs nas mãos da sociedade parte significativa da execução de serviços públicos sociais até então estatais, tornando os acordos colaborativos com o terceiro setor o caminho mais adequado para viabilizá-los e robustecê-los.

Contudo, a criação do contrato de gestão com organizações sociais e do termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público não atingiu a finalidade colimada de dar suporte normativo adequado àquelas relações de parceria, especialmente porque a burocracia administrativa foi refratária às mudanças, mantendo-se fiel ao convênio.

Paralelamente a isso, o regime dos convênios permaneceu lacônico na sua disciplina na Lei n. 8.666/1993, mantido cativo do regramento produzido para o contrato administrativo - sem, no entanto, se saber quando e quanto aplicá-lo subsidiariamente (falha da fórmula “no que couber”) - e normatizado mais amiúde apenas por legislação infralegal (não produzida pelo legislativo, sofrendo de um déficit democrático e mais suscetível a câmbios unilaterais).

Esses problemas sempre tornaram deficiente o controle dos convênios já na sua estruturação legal, sobretudo por permitir excessos de formalismo e ineficiência.

Ante esse quadro, a análise crítica do ordenamento jurídico após a edição da Lei n. 13.019/2014 permite defender a tese de que se criou um sistema de controle das parcerias de fomento estatal e colaboração do Estado em benefício da iniciativa privada não lucrativa de interesse público e esse sistema é juridicamente bom para o alcance das finalidades que justificaram sua edição.

Ele encontra seu ponto de equilíbrio na referida lei, porque é nela que estão as normas essenciais de regência da atividade de controle, seja social, seja estatal. Essas normas identificam os controladores, os potenciais responsáveis, os instrumentos, os processos, as medidas e seus efeitos. Tal regramento não exaure a disciplina do controle, mas dá concretude mínima ao dever constitucional de prestar contas através de normas gerais e conecta as normas a outros diplomas normativos específicos em matéria de controle, formando um todo orgânico. Com isso, propicia-se articulação fundamental entre os microssistemas de controle.

Esse caráter sistemático foi construído, em primeiro lugar, 1) alçando essas normas ao nível da lei em sentido estrito, 2) dando-lhes a natureza de normas gerais, de alcance nacional.

Sempre foi criticável que parcela significativa da disciplina do controle, especialmente interno, fosse dada por legislação infralegal (caso dos Decretos ns. 93.872/1986, 5.504/2005, 6.170/2007, Instrução Normativa STN n. 1/97, Portarias Interministeriais ns. 127/08 e 507/2011), menos legítima por não representar a expressão dos representantes do povo, mais suscetível a mudanças e conferindo tratamento pulverizado e disperso ao tema.

O caráter de normas gerais dado ao controle das parcerias com OSC pela Lei n. 13.019/2014 dá regramento mínimo à matéria, respeitando as particularidades de situações específicas, quando justifiquem tratamento próprio (leia-se com esse enfoque o art. 2º-A da referida lei[246]). Com isso, produz-se um arcabouço jurídico central, comum, suprindo a escassez de tratamento da Lei n. 8.666/1993, libertando esse tratamento da subordinação supletiva ao regime dos contratos administrativos e remediando a dispersão de normas em variadas legislações.

O alcance nacional uniformiza o controle em toda a federação, robustecendo essa função do Estado e combatendo as graves situações onde sequer há normas locais disciplinadoras, que se sustentam apenas em manuais e procedimentos (infralegais e particulares) de tribunais de contas (o que ainda é bom) ou em práticas adotadas imemorialmente pelas burocracias administrativas, frequentes vezes arraigadas a formalismos desnecessários, frágeis pela porosidade a influxos patrimonialistas, amadoras

[246] Art. 2º-A. As parcerias disciplinadas nesta Lei respeitarão, em todos os seus aspectos, as normas específicas das políticas públicas setoriais relativas ao objeto da parceria e as respectivas instâncias de pactuação e deliberação.

por serem relegadas a servidores sem qualificação e preparo, e deficientes pela demora e ausência de efetivas análises qualitativas (o que é muito ruim)[247].

As normas gerais de controle são equilibradas na quantidade (abrangência temática) e intensidade (profundidade disciplinar). A Lei n. 13.019/2014 conseguiu isso apontando e descrevendo brevemente os institutos fundamentais do controle (transparência, órgãos, instrumentos, prestação de contas, medidas), tratando desses temas nodais incontornáveis apenas naquilo que tange à sua essência comum, universal, portando normas de tipo aberto (aptas à necessária complementação) e flexíveis (de aplicação facultativa, optativa).

Por essas razões, o caráter nacional das normas de controle sobre as parcerias com OSC não incorreu na tão criticada postura da Lei n. 8.666/1993, que, sob pretexto de disciplinar situações gerais e comuns sobre licitação e contratos, avançou demais e, onde deveria apenas tratar de situações particulares da União Federal (já que o legislador nacional também é legislador federal), acabou estendendo esse tratamento aos Estados, DF e municípios, afrontando, portanto, a competência legislativa própria desses entes.

O legislador nacional, na Lei n. 13.019/2014, teve o bom senso de respeitar o direito regional, distrital ou local. De modo geral, os verbos em torno dos quais gravitam as normas apenas dão a ordem para que certo tópico seja disciplinado com mais minudência, quando muito estatuindo o conteúdo mínimo desta disciplina[248]. Significa dizer que, em poucas ocasiões, a regência nacional esgota o assunto. Também se deixou consignado que

---

[247] Na mesma linha é a reflexão de Fabrício MOTTA: "Em um país que possui 5570 municípios, de todos os portes, e com larga tradição de malversação de recursos públicos, um mínimo de centralização normativa é importante para padronizar os ajustes cooperativos, muitos deles envolvendo recursos públicos. Desta forma, ainda que reconhecendo o caráter particularizante de algumas regras constantes da Lei n. nº 13.019/2014, reconhecemos a competência constitucional da União para sua edição no artigo 22, inciso XXVII da Constituição." (*Organizações sociais e a lei n. 13.019/2014*, p. 175).

[248] Atentar, por exemplo, para as seguintes expressões nas normas citadas: "as informações de que tratam este artigo e o art. 10 deverão incluir, *no mínimo*" (artigo 11, parágrafo único – grifo nosso); "o edital do chamamento público especificará, *no mínimo*" (artigo 24, §1º - grifo nosso); "O edital deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da administração pública na internet, com *antecedência mínima* de 30 dias." (artigo 26); "Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão (...) possuir: *no mínimo*, um, dois ou três anos de existência (...) *admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente* na hipótese de nenhuma organização atingi-los." (artigo 33, V – grifos nossos); "As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas: (...) a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de *prazo mínimo* de antecedência para a publicidade dessa intenção, que *não poderá ser inferior* a 60 (sessenta) dias" (artigo 42, XVVI – grifos nossos); "A vigência da parceria poderá ser alterada mediante solicitação da organização da sociedade civil, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada à administração pública em, *no mínimo*, trinta dias antes do termo inicialmente previsto" (artigo 55 – grifo nosso).

a particularização normativa dos assuntos está em função primordialmente do objeto da parceria (art. 2º-A).

No que se refere ao controle, a necessidade de complementação do seu tratamento por leis específicas[249] vem matizada pela *flexibilização* da prestação de contas. Na lei das parcerias, encontra-se a estrutura mínima em termos de diretrizes (princípios), processos, instrumentos, agentes e medidas de controle. Porém, há razoável margem de autonomia para que prazos e normas de elaboração de prestações de contas sejam tratados pela lei de cada ente federativo (incluída a União Federal). É o que se colhe do art. 63.

Esse mesmo dispositivo prevê que regulamento (de cada esfera de Poder) estabelecerá procedimentos simplificados para prestação de contas (art. 63, §1º). E, mais adiante, diz: "A prestação de contas da parceria observará regras específicas de acordo com o montante de recursos públicos envolvidos, nos termos das disposições e procedimentos estabelecidos conforme previsto no plano de trabalho e no termo de colaboração ou de fomento" (art. 64, §4º).

Tem-se aí a grande (e salutar) possibilidade para adequar o procedimento de prestação de contas ao vulto financeiro e às peculiaridades técnicas da parceria, calibrando os instrumentos e recursos do controle em função da complexidade do objeto da colaboração.

O objetivo evidente é trazer leveza e celeridade ao momento crucial do controle (a prestação de contas) que é, ao mesmo tempo, onde se concentram as maiores fragilidades dessa atividade.[250] Esse é, sem dúvida, um dos mais importantes avanços trazidos pelo marco regulatório das parcerias, conferindo maior agilidade e segurança aos vínculos, e prestigiando controles efetivos do patrimônio público.

Em suma, o equilíbrio na construção de normas gerais, respeitando os ordenamentos regionais e locais, também demonstra a adequada sistematicidade do regime de controle sobre as parcerias.

---

[249] O art. 8º diz: "Ao decidir sobre a celebração de parcerias previstas nesta Lei, o administrador público: IV – apreciará as prestações de contas na forma e nos prazos determinados nesta Lei e *na legislação específica*." (grifo nosso).

[250] "A possibilidade de criação de regras diferenciadas para prestação e análise das contas, a depender da complexidade e dos recursos envolvidos na parceria, otimizará os resultados referentes ao tema, seguindo os procedimentos de inteligência de risco que hoje já são utilizados pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União. (...) A exigência de obrigações proporcionais tornará os procedimentos mais rápidos e objetivos e será igualmente relevante para a reversão do cenário de insegurança jurídica." (BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República, *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*, p. 111-112).

Em segundo lugar, o atributo da sistematicidade é extraído da conexão do regime jurídico geral e nacional do controle, conferido pela Lei n. 13.019/2014, com outros regimes específicos de mesma índole, estabelecendo articulação e diálogo imprescindíveis para fortalecer a função de controle. Há evocação, ao longo de toda lei das parcerias, do controle interno da Administração Pública, do controle pelo Tribunal de Contas e o controle social. As hipóteses em que as contas serão julgadas irregulares são idênticas àquelas previstas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (art. 16), mostrando claro intento de harmonizar a disciplina dos controles interno e externo.

A modificação da Lei n. 8.429/1992 para inserir novos tipos de ato de improbidade é outra mostra evidente da preocupação com o combate às formas mais sérias de afronta à moralidade e à probidade, notadamente por corrupção (sempre dolosa), o que motivou, inclusive, a própria edição de um regime jurídico mais amplo e severo para as parcerias com entidades privadas. Pena que, posto robustecida a responsabilidade civil, não se tenha feito o mesmo através da criação de tipos penais específicos para tutelar criminalmente certos bens jurídicos relacionados à parceria, tal como feito na lei de licitações.

Embora não haja menção explícita ao Ministério Público, órgão fundamental de controle externo na atualidade, certas normas se encarregam de fazer a ponte com os instrumentos gerais de proteção do patrimônio público. Nessa linha, a autoridade competente, sob pena de responsabilidade solidária, deve adotar providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, *nos termos da legislação vigente* (Lei n. 13.019/2014, art. 70, §2º, grifo nosso). Para fazê-lo, a autoridade não apenas vai acionar o controle interno, da procuradoria ou controladoria do órgão, mas também o Ministério Público, conforme dever legal a que se submete (Leis ns. 7.347/1985, art. 6º, e 8.429/1992, arts. 7º, 15 e 16).

Em terceiro lugar, normas de princípio diretamente aplicáveis à função de controle foram positivadas, passando a orientar essa atividade no seu sentido e alcance, dando, com isso, sustentação ao sistema. Essa alteração é elogiável. Trata-se dos princípios da transparência, do controle social e da priorização do controle de resultados. Essas diretrizes podiam ser extraídas do direito positivo, mas o ponto é que não eram evidentes no direito anterior, demandando esforço interpretativo mais árduo por cada operador do Direito, o que, convenhamos, não tem o mesmo peso de norma legal explícita. Essa tríade de princípios resgata e confere a devida importância à atividade de controle sobre as

parcerias com o terceiro setor, permitindo que ela retorne ao seu lugar de destaque como peça fundamental para correção das graves e conhecidas disfunções dos relacionamentos público-privados. Os mencionados princípios, como explicitado, não estão desconectados do restante da lei; pelo contrário, ligam-se a diversas regras específicas que lhes dão concretude.

O texto legal da Lei n. 13.019/2014 tem sua redação inspirada em vários diplomas distintos. Quanto ao controle, por vezes, a redação de artigos e a estruturação de certos temas (monitoramento, avaliação, fiscalização, prestação de contas) é idêntica à de outros textos normativos, especialmente a Portaria Interministerial n. 507/2011, a Lei n. 8.443/1992 e a Lei n. 8.666/1993, denotando que a lei das parcerias não representa um ponto de ruptura com o passado, mas a consagração de um processo de evolução. A evolução, como dito acima, está na organização e subordinação dessas regras a diretrizes explícitas, que dão foco e vigor ao controle.

Por outro lado, a inspiração direta no direito anterior não significa que se extraem as mesmas normas. A interpretação normativa só encontra significado no contexto social contemporâneo em que inserido o texto legal. Ela responde a certas necessidades sociais do aqui e agora, visando atingir determinados fins. Os princípios peculiares da lei servirão de vetores a dar direção, sentido e dimensão valorativa às normas.

Nesse passo, a transparência confere o ambiente onde a atividade de controle, em todas as suas variantes, vai se desenvolver. Tudo às claras, aberto, acessível, divulgável, compreensível e questionável. Trata-se de qualidade do que é público (não necessariamente estatal). Ela radica indissociavelmente naquilo que já era público e impregna aquilo que era privado, mas foi afetado a uma utilidade pública. As organizações do terceiro setor precisam incorporar a lógica da transparência porque operam num espaço público. Esse primeiro princípio dá sistematicidade ao regime do controle das parcerias porque impõe a lógica da divulgação e do acesso a todo processo, atividade e ato relacionado à parceria. É a primeira vez que um diploma voltado ao controle prevê tal princípio, bem como é a primeira vez que regras concretas o viabilizam, afastando-se da simples reprodução estéril dos princípios constitucionais reitores da Administração Pública. Com isso, criam-se verdadeiros direitos públicos subjetivos exigíveis pontualmente para fazer valer a transparência no domínio das parcerias sociais.

O controle social não foi apenas vagamente mencionado e genericamente assegurado. A ele se deu o destaque de fundamento de todo regime jurídico das parcerias

(iluminando o sistema de controle que nele se insere), sendo corolário da democracia participativa (participação social efetiva) e razão de ser da transparência. Os vícios dos controles ditos institucionais ou formais fazem com que o controle pelo cidadão (e pela sociedade organizada) desponte como tão ou mais apto que aqueles na missão de fiscalizar as parcerias. Além da possibilidade de controle individual e autônomo pelo cidadão, a sua integração explícita e destacada no sistema de controle evoca sua articulação com os demais controles tradicionais, suprindo-lhes as falhas, direcionando seu foco para os problemas reais, impedindo a impunidade pela inércia ou ineficiência daqueles. Essa integração entre os controles formais-institucionais e os controles sociais precisa ser percebida, acolhida e estimulada.

A priorização do controle de resultados é diretriz que, se bem compreendida, tem o condão de transformar positivamente toda a função de controle. Priorizar a aferição do resultado significa olhar *primeiro* se a parceria foi eficaz (atingindo as metas), eficiente (empregou poucos recursos e obteve mais resultado) e efetiva (transformou a realidade).

Como os recursos do controle são escassos, devem ser alocados primacialmente para verificar aqueles aspectos. Auditar comprovantes de gastos, notas fiscais, recibos, é controle de meios. Ele é importante, mas não o mais importante. Deve ser realizado de modo inteligente, pinçando-se as despesas mais sensíveis, com verificações pontuais mais profundas, sem prejudicar a execução da parceria bem-sucedida, salvo se detectadas irregularidades graves.

Essa priorização leva em conta que uma parceria culposamente deficiente ou dolosamente fraudulenta dificilmente vai cumprir metas. Não vai entregar resultados a contento. Uma vez constatada a trajetória divergente dos parâmetros de avaliação de resultados, abre-se espaço para esmiuçar a *qualidade do gasto* (aferição mais refinada, aberta a gestões educativas e orientadoras, consensuais e preventivas) e, depois, a sua real *existência* e *legitimidade* (aferição tradicional, unilateral, de índole repressiva).

Não se trata de menosprezar procedimentos e meios, mas atribuir-lhes certa função: compreendê-los e transformá-los em instrumentos ou ferramentas de aferição principal das metas e dos objetivos traçados. Significa que cada agente é responsável, dentro de sua parcela de atribuições, pela avaliação da efetividade social da parceria, ou seja, se do recurso público nela empregado está sendo extraída, pelo particular, a máxima utilidade que ele potencialmente pode oferecer, ao invés de simplesmente observar a lisura formal, abstrata e independente de cada documento, ou entender satisfeita a missão de

controle pela simples observância de ritos desconectados da realidade, que habitualmente nada mais são que burocracias irracionais e inúteis.

Esses três princípios particulares, quando empregados na função de controle, espraiam sua potencialidade normativa para além do âmbito subjetivo de aplicação positiva da Lei n. 13.019/2014, porque insuflam sentido à toda atividade de controle, que é derivação natural da democracia. Por isso, o caráter sistemático do controle sobre as parceiras, no seu viés axiológico, não deixa de se aplicar também, de modo analógico, a controles não diretamente submetidos à regência da Lei n. 13.019/2014 (como o regime jurídico das organizações sociais, das organizações da sociedade civil de interesse público, os convênios com particulares no âmbito do SUS, e os convênios com representantes de serviços sociais autônomos, por exemplo).

É evidente que seria melhor que o legislador se valesse da técnica da aplicação subsidiária, tal como o faz a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999, art. 69). Porém, esse diálogo entre as fontes normativas não é afastado pelo simples fato de a Lei n. 13.019/2014 excluir da sua regência certas parcerias de índole colaborativa, pois a interpretação normativa sempre leva em conta a integridade e integralidade do ordenamento jurídico, aplicando mecanismos de supressão de lacunas que priorizam a racionalidade (onde houver a mesma razão de ser, aplica-se a mesma regra conforme leitura da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657/1942, art. 4º).

Ainda que tenha alcançado dimensão louvável, o regime de controle sobre as parcerias não teve a abrangência esperada e desejável, havendo exceções prática e juridicamente injustificáveis. Isso porque, ainda que se tenha seguido o bom exemplo da Lei Geral de Subvenções espanhola, produzindo lei de caráter nacional, o alcance objetivo da nova norma deixa a desejar por não ter abrangido vínculos de colaboração que não possuem especificidades tais que as impeçam de se enquadrar como parcerias.

É o caso dos convênios com entidades sem fins lucrativos para integrá-las ao SUS (continuam regidas pela Lei n. 8.666/1993), dos contratos de gestão com OS (continuam submetidos à Lei n. 9.637/1998), dos termos de parceria com OSCIP (perdura a disciplina da Lei n. 9.790/1999), do termo de compromisso cultural (regido pela Lei n. 13.018/2014), e dos repasses do programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (Lei n. 10.845/2004) e do programa dinheiro direto na escola (Lei n. 11.947/2004).

A lógica da prestação de contas é a mesma para todas essas situações específicas: o particular que recebe recurso público deve prestar contas do que recebeu. Como as relações formadas são, na essência, negócios colaborativos de fomento social e colaboração, não há motivo para não terem sido enquadradas na categoria jurídica das parcerias e, com isso, se submeterem ao regime de controle nela previsto. Essa conclusão fica demonstrada, por exemplo, quando se verifica que o regime de controle estabelecido para os termos de compromisso cultural (previsto na Instrução Normativa 1/2015 do Ministro da Cultura) é reprodução quase *ipsis litteris* do texto legal da Lei n. 13.019/2014.

Logo, quanto ao controle, os contratos de gestão com OS ficam regidos apenas pela Lei n. 9.637/1998 e legislação infralegal da União, os termos de parceria com OSCIP continuam disciplinados pelo Decreto n. 3.100/99 e pela Portaria n. 507/2011, o termo de compromisso cultural, pela IN n. 1/2015 do Ministério da Cultura, e os convênios do SUS perduram também sob a égide das normas de controle previstas na Lei n. 8.666/1993 e na Portaria n. 507/2011.

Em síntese, o controle preconizado pela lei das parcerias é moderno, na medida em que incorpora as mais atuais práticas contábeis e de auditoria, válidas internacionalmente, e confere merecido lugar de destaque ao controle social; é sistemático, na medida em que articula racionalmente todos os agentes e pessoas diretamente envolvidas ou submetidas ao controle, em consonância com controles mais amplos (Ministério Público e Tribunal de Contas); tem por diretriz a prioridade na aferição do resultado, coordenando toda função fiscalizadora e controladora nesse sentido. A lei está posta; o sucesso da atividade de controle preconizada pela nova lei vai depender, em grande medida, de uma mudança de mentalidade dos agentes incumbidos dessa função.[251]

Esse arcabouço normativo é de boa qualidade se comparado ao direito anterior, suprindo-lhe graves lacunas, sem deixar de respeitar as conquistas amadurecidas e positivadas pelo direito anterior.

Cabe ao controle reinventar-se: ser mais transparente (nas normas, nos entendimentos, nas medidas que impõe), mais inteligente (focado no resultado), mais flexível (calibrando sua intensidade em função do vulto da parceira), mais eficiente (que

[251] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que "A Lei n. n. 13.019/2014 adotou uma série de medidas que, se devidamente monitoradas pelos órgãos de controle, podem contribuir para moralizar as parcerias com entidades do terceiro setor e corrigir os abusos que atualmente se verificam" (*Parcerias na administração pública*, p. 310).

entregue resultados, proteja o patrimônio público e dê segurança à atividade colaborativa público-privada), mais articulado (articulação essa tanto entre os controles formais-institucionais, quanto entre esses e os sociais) e, por fim, mais pedagógico, preventivo e dialógico, que repressivo.

Numa visão prospectiva, é possível afirmar, comprovando nossa tese, que a lei foi bem arquitetada para respaldar os crescentes desafios que a missão de controle enfrenta em função da evolução das parcerias de fomento e colaboração do Estado com o terceiro setor, pois cada vez mais empregadas como instrumento prioritário para aprimoramento de políticas públicas no domínio social.

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del dirito amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos", in Revista de Direito do Estado, ano 1, n. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório Final* de comissão parlamentar de inquérito, destinada a apurar, no prazo de 180 dias, as denúncias veiculadas a respeito da atuação irregular de organizações não-governamentais – ONGs, nos termos do Requerimento 22/2001. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.2senado.leg.br>.

_____. Senado Federal. *Relatório Final* de comissão parlamentar de inquérito, destinada a apurar o repasse de recursos federais para ONGs e OCPIs no período de 1999 até 30 de abril de 2009, nos termos do Requerimento n. 201/2007. Brasília. 2010. Disponível em: <http://www.2senado.leg.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos e Instituto Pro Bono. Série pensando o direito n. 16/2009: Estatuto jurídico do terceiro setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/publicacoes>. Acesso em: 11.04.2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), *Glossário de termos do controle externo*. Brasília. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Serprog), *Manual de auditoria operacional*. 3. ed. Brasília. 2010.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG) e Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2010*, Rio de Janeiro, IBGE, 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 11.04.2016.

_____. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*. Brasília: Governo Federal, 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

CAÇA ao privilégio. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 08 maio2016. Opinião, p. A2.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política: a história que vivi*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Aspectos jurídicos do terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: MP, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges;

_____. *Manual de direito administrativo.* 28. ed. São Paulo. Atlas: 2015.

_____; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Controle da administração pública e responsabilidade do estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito privado*, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. *Manual básico de derecho administrativo*. 12. ed. Madri: Tecnos, 2015.

CONTI, José Maurício (Coord.). *Orçamentos públicos: a lei n. 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Comentário ao art. 193. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1892-1901.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In.: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoEstado.com.br>. Acesso em: 03.06.2016.

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

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo, Atlas, 2013.

_____. (Coord.); RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.), *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Serviços Públicos. In.: Adilson Abreu DALLARI; Carlos Valder do NASCIMENTO; Ives Gandra da Silva MARTINS (Coord.). *Tratado de Direito Privado*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/Una evaluación de las tendencias contemporaneas del derecho administrativo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na lei n. 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/2014.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado.* Coimbra: Almedina, 2009.

FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos. Diretrizes para nova legislação do terceiro setor. In: FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos (Orgs). *Mudança social e reforma legal: estudos para uma nova legislação do terceiro setor*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 1999.

FGV PROJETOS e SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Pesquisa sobre as organizações da sociedade civil e suas parcerias com o governo federal*. Brasília/Rio de Janeiro: FGV Projetos/Secretaria-Geral da Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/iniciativas/mrosc/estudos-e-pesquisas/sumario-executivo-fgv.pdf>. Acesso em: 06/04/2016.

FREEMONT-SMIT, Marion R. H. *Governing nonprofit organizations*: *federal and state law and regulation*. Cambridge, Massachusetts; London, England: First Harvard University Press paperback edition, 2008.

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

GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. El fomento. In.: ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

_____. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. De contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados? In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/2014.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LOPES, Laís de Figueiredo. Novo regime jurídico da lei n. 13.019/2014 e o decreto federal n. 8.276/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do estado com organizações da sociedade civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/2014.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro setor, empresas e estado*: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

_____. *Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde*. 306 p. 2009. Tese (Doutorado em Direito) USP. São Paulo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). Funções administrativas do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Col. Tratado de Direito Administrativo, v. 4/coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

_____. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Regime jurídico e uso dos bens públicos. In. DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de direito administrativo*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

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, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/2014.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. In: *Revista digital de direito administrativo*, v. 3, n. 2, p. 453-473, jul. 2016.

MAYER, Lloyd Hitoshi; WILSON, Brendan M. Regulating charities in the twenty-first century: an institutional choice analysis. In: *Chicago-Kent Law Review*, v. 85, n. 2, p. 479/550, abr. 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do ministério público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODESTO, Paulo. Reforma legal do terceiro setor no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos (Orgs). *Mudança social e reforma legal: estudos para uma nova legislação do terceiro setor*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 1999.

_____. Parcerias público-sociais em transformação (prefácio). In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/2014*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MORAND-DEVILLER, Jaqueline. *Droit administratif*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2011.

_____. As mutações do direito administrativo francês. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Fabrício. Organizações sociais e a lei n. 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/2014*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Constitucionalidade da Lei Federal n. 9.637/1998, das organizações sociais: comentários à medida cautelar da Adin n. 1.923-DF, do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, jul.-dez. 2007.

_____. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *in Boletim de Direito Administrativo*, ano 25, n. 4, São Paulo: NDJ, 2009.

_____. C*ontrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 150-160, fev. 2009.

_____. Organizações sociais. In DALLARI, Adilson Abreu et al. (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2013, p. 59-95.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil: aspectos relevantes da lei n. 13.019/2014. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, a. 31, n. 4, princípio 395-409, abr. 2015.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I, parte general*. 17. ed. v. 2. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e direitos humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Aspectos jurídicos do terceiro setor*. 2. ed., São Paulo: MP Editora, 2008.

POZAS, Luis Jordana de. Ensaio de una teoria del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, v. 48, p. 41-54, 1949.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESENDE, Fabrício Lopes Contato. Controle de resultados e avaliação de desempenho nas novas parcerias da administração pública com entidades sem fins lucrativos. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 247-261.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982.

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

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*. 2008. 256 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Comentários sobre a convivência do controle de resultados e de meios nas parcerias voluntárias: uma análise a partir da Lei Federal n. 13.019/2014. In: *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, a. 8, n. 16, p. 123-135, jul./dez. 2014.

SCHOENMAKER, Janaína. *Controle das parcerias entre o estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas*. 2009. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito) USP. São Paulo.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). *Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. 2009. 511 p. Tese (Doutorado em Direito) USP. São Paulo.

_____. Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do estado na área da saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, LUIZ ARNALDO PEREIRA (Coord.). *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39-61.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Parcerias para o desenvolvimento produtivo de medicamentos: a questão do preço. In: *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, jan./mar. 2014.

_____. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. In.: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: regulamentação no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Peirópolis, 2006.

TEIXEIRA, Josenir. Campo de incidência da lei federal n. 13.019/2014: contrato de gestão e termo de parceria. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/2014.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Estudos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

*Grande Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, verbete "religião". Disponível em: <http://www.houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 05 jun. 2016.

VELLOSO, Andrei Pitten. Financiamento e fiscalização das OSCIPs. *Jornal Carta Forense*, fev. 2015, p. A10.

VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

ZANCANER, Weida. O perfil jurídico do credenciamento. In.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.) *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Comentários aos arts. 12 a 21. In: CONTI, José Maurício. (Coord.) *Orçamentos públicos: a lei n. 4.320/64 comentada.* São Paulo: RT, 2008.