UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DAIANE VIEIRA MELO COSTA

O CONTROLE DOS REPASSES PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR NO ESTADO DE SÃO PAULO E A LEI Nº 13.019/14: UM OLHAR CRÍTICO PARA A ATUAÇÃO DAS ENTIDADES SEM FINALIDADES LUCRATIVAS.

São Paulo

2018

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

O CONTROLE DOS REPASSES PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR NO ESTADO DE SÃO PAULO E A LEI Nº 13.019/14: UM OLHAR CRÍTICO PARA A ATUAÇÃO DAS ENTIDADES SEM FINALIDADES LUCRATIVAS.

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, na linha de pesquisa "Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito" como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza.

São Paulo

2018

Costa, Daiane Vieira Melo.
O Controle dos Repasses Públicos ao Terceiro Setor no Estado de São Paulo e a Lei nº 13.019/14: um olhar crítico para a atuação das entidades sem finalidades lucrativas. / Daiane Vieira Melo Costa. 2018.
....100 f.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2018.
Orientador(a): Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza.
1. Repasses Públicos. 2. Terceiro Setor. 3. Lei nº 13.019/14. 4. Organizações da Sociedade Civil
I. Souza, José Fernando Vidal. II. Titulo.

CDU 34

DAIANE VIEIRA MELO COSTA

O CONTROLE DOS REPASSES PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR NO ESTADO DE SÃO PAULO E A LEI Nº 13.019/14: UM OLHAR CRÍTICO PARA A ATUAÇÃO DAS ENTIDADES SEM FINALIDADES LUCRATIVAS

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

São Paulo, 25 de junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza
Orientador
UNINOVE

Prof. Dr. Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci
Examinador Interno
UNINOVE

Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis
Examinador Externo
UNIMEP

Aos meus amados filhos Beatriz e Raul, com todo o carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Divino Criador por esta oportunidade e auxílio durante todo o percurso para a conclusão deste trabalho. Aos meus familiares e esposo pela paciência e horas que lhes foram furtadas, especialmente à minha mãe Ilda, que além de me apoiar nos momentos difíceis cuidou dos meus queridos filhos enquanto eu me debruçava nesta árdua tarefa.

Ao meu orientador por sua peculiar visão de mundo que me deu subsídios não apenas neste trabalho, mas em minha maneira de pensar, propiciando amadurecimento e um incansável desejo de progredir intelectualmente.

Aos professores do programa de mestrado da Universidade Nove de Julho pelos valiosos ensinamentos e conhecimentos compartilhados sem os quais seria impossível o desenvolvimento desta dissertação, bem como aos colegas de turma que sempre me motivaram e não permitiram que eu desistisse deste sonho.

RESUMO

É objeto deste trabalho o controle dos repasses públicos ao terceiro setor no Estado de São Paulo. Os tipos de controles utilizados para a fiscalização dos repasses foram abordados com destaque às alterações da Lei nº 13.019/14, conhecida como o novo marco regulatório do terceiro setor. Quanto à atuação das entidades sem finalidades lucrativas, a perspectiva de análise teve como pressuposto o paradigma da constitucionalização do direito. A pesquisa foi essencialmente bibliográfica com a consulta de jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado. Para o desenvolvimento do raciocínio foi utilizado o método hipotético-dedutivo, cuja hipótese que se confirmará nas considerações finais é a de que os controles previstos nas legislações não são suficientes para garantir a boa gestão dos recursos públicos transferidos às entidades sem finalidades lucrativas. Como métodos auxiliares foram empregados o método histórico quanto à contextualização destas entidades no Brasil e no exterior, assim como o método estatístico para a análise dos repasses financeiros efetuados pelos municípios do ABCD nos últimos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Repasses Públicos. Terceiro Setor. Lei nº 13.019/14. Organizações da Sociedade Civil.

ABSTRACT

The purpose of this work is the control of public transfers to the third sector in the State of São Paulo. The types of controls used for the supervision of public transfers were addressed with emphasis on the amendments to Law 13.019/14, known as the new regulatory framework for the third sector. As for the performance of non-profit making entities, the analysis perspective was based on the paradigm of the constitutionalisation of law. The research was essentially bibliographical with the consultation of jurisprudence of the Court of State Accounts. The hypothetical-deductive method was used for the development of the reasoning, the hypothesis that will be confirmed in the final considerations is that the controls provided in the legislations are not sufficient to guarantee the good management of the public resources transferred to the non-profitable entities. As auxiliary methods, the historical method was used for the contextualization of these entities in Brazil and abroad, as well as the statistical method for the analysis of financial transfers made by ABCD municipalities in recent years.

KEY-WORDS: Public transfers. Third sector. Law 13.019/14. Civil Society Organizations.

Sumário

Introdução 10

1 Diálogos entre os setores Público e Privado 12

1.1. Do Estado Liberal para o Estado Social e o Estado Democrático de Direito 13

1.2. A Reforma Administrativa 15

1.3. Princípio da subsidiariedade e as parcerias com a iniciativa privada 17

1.4. O Terceiro Setor no Brasil como alternativa para a prestação de serviços públicos ... 19

1.5. Terceiro Setor e o Ordenamento Jurídico Brasileiro 24

1.5.1. Organizações Sociais e OSCIPS 28

1.5.2. Inovações da Lei 13.019/14 conhecida como o marco regulatório do Terceiro Setor .. 35

2. Outras perspectivas de atuação das Entidades do Terceiro Setor 42

2.1. A Constitucionalização do Direito Administrativo e seus impactos nas relações público-privadas 45

2.2. Responsabilidade Social, Sustentabilidade e Terceiro Setor 48

2.3. O controle das Organizações do Terceiro Setor 52

2.3.1. Controle interno das Entidades 58

2.3.2. Administração Pública 60

2.3.3. Ministério Público 62

2.3.4. Tribunal de Contas 63

2.3.5. Controle Social 65

3. Os repasses ao terceiro setor no Estado de São Paulo à luz dos princípios da Lei nº 13.019/14 69

3.1. A relevância do terceiro setor diante do volume de recursos públicos que movimenta no Estado de São Paulo 80

3.2. A prestação de contas ao TCESP 82

3.3. Recomendações do TCESP quanto ao melhor uso do dinheiro público nos ajustes firmados com as Entidades do Terceiro Setor 85

3.4. Ensaios para um controle mais efetivo dos recursos públicos transferidos às entidades do terceiro setor 89

Conclusão 91

REFERÊNCIAS 94

Introdução

O presente trabalho terá como objeto de estudo o controle dos repasses financeiros de origem pública às entidades do terceiro setor. Para tanto será empregado o método hipotético-dedutivo, cuja principal hipótese a ser verificada é a de que a legislação prevê mecanismos de controle aos recursos públicos transferidos ao terceiro setor, no entanto, estes não são suficientes para inibir a má administração destes recursos.

Para fins desta pesquisa, a má administração compreende não apenas os desvios de recursos propriamente ditos, mas também qualquer repasse financeiro que não acarrete em um melhor custo-benefício para a administração pública, ou seja, a não demonstração de que o serviço público prestado diretamente pelo órgão público tem um resultado menos efetivo do que aquele ofertado pela entidade não governamental.

O capítulo inicial contextualizará o referencial teórico do terceiro setor que engloba as organizações que não estão nem no primeiro setor de cunho estatal, tampouco no segundo setor, correspondente ao universo empresarial. Assim, as organizações do terceiro setor possuem iniciativa privada em sua criação e gestão, porém, estão voltadas para a realização do interesse geral e não para a persecução de uma finalidade lucrativa. Em outras palavras, eventual lucro auferido na atividade é convertido para a própria entidade não havendo distribuição deste para os seus administradores e/ou proprietários.

A pesquisa será essencialmente bibliográfica com a consulta de acórdãos e orientações do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Como método auxiliar, nos primeiros capítulos haverá um levantamento histórico para justificar a pertinência da temática aqui trabalhada, posto que houve um aumento significativo no volume de recursos públicos transferidos ao terceiro setor nos últimos anos, e que este número cresce anualmente. Ademais, serão trazidos alguns estudos que demonstram que o terceiro setor vem ganhando relevância na economia não apenas no Brasil, mas em outros países da América Latina e Europa, sendo os Estados Unidos da América por razões históricas e sociais o país com maior destaque para as atividades voluntariadas e filantrópicas no geral.

Temas como a globalização, as mudanças do papel do Estado, bem como as mutações da própria administração pública que passa de imperativa para consensual, diante das demandas sociais emergentes e dos grandes avanços tecnológicos serão abordados para sedimentar que o fortalecimento das organizações civis é um fenômeno que tende apenas a crescer. Dessa forma, o princípio da transparência na gestão destas organizações e o controle, especialmente dos repasses financeiros de origem pública, é *conditio sine qua non* para uma sociedade justa e solidária.

Será feito o levantamento das legislações aplicáveis ao terceiro setor no Estado de São Paulo, as quais são pulverizadas em diferentes diplomas legais e possuem legitimação na Constituição Federal. Serão enfatizados os tipos de controles e fiscalização dos recursos públicos transferidos às entidades sem fins lucrativos, com destaque ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, devido à maior facilidade de acesso aos dados deste órgão que são disponibilizados ao público em geral.

Será averiguado se as Prefeituras Municipais divulgam os dados relativos aos repasses ao terceiro setor, e em caso positivo, se esta divulgação está em conformidade com os preceitos mínimos do novo marco regulatório do terceiro setor, a Lei nº 13.019/14. De um universo com 645 Municípios, a amostra a ser utilizada será apenas a da região do grande ABCD no Estado de São Paulo, a qual foi escolhida com base na similitude cultural entre as cidades abrangidas e a sua representatividade orçamentária. O objetivo aqui será confirmar ou não o cumprimento da transparência dos repasses ao terceiro setor pelo órgão público, uma vez que para que haja um controle efetivo, principalmente no tocante ao controle social, é imprescindível que a sociedade civil tenha conhecimento destas transferências governamentais.

Por fim, serão feitas algumas considerações quanto à comprovação da economicidade dos repasses financeiros ao terceiro setor, pressupondo-se que a impossibilidade de demonstrá-la, ao menos a princípio, seria suficiente para macular a prestação de contas dos órgãos públicos aos Tribunais de Contas.

1 Diálogos entre os setores Público e Privado

Há uma verdadeira mudança de paradigma quanto ao papel do Estado na sociedade pós-moderna, de tal modo que a administração autoritária e hierárquica sede lugar a uma gerência voltada ao cidadão-cliente, consensuada e legitimada nos valores democráticos, a qual se utiliza da parceria como meio para atingir a eficiência na prestação dos serviços públicos.

> Ao repensarmos o papel e a importância do governo federal, constatamos que a era do governo nacional está chegando ao fim. A sociedade não pode mais olhar para o governo federal como o principal solucionador de problemas. A confiança no governo e nos políticos diminuiu; os limites do Estado foram reconhecidos. Isso desencadeou uma maciça transferência das funções sociais do nível federal para os níveis locais e do setor público para o privado. (AUSTIN, 2001, p. 23).

Nesta perspectiva, o Estado substitui paulatinamente a intervenção direta nas relações econômicas e na prestação dos serviços públicos, para a intervenção indireta, ou seja, agindo como um regulador e fomentador.

No sistema jurídico constitucionalizado há uma maior aproximação entre Estado e sociedade. O Estado Democrático de Direito relativiza a dicotomia público-privada, com entidades sociais realizando funções públicas sem pertencer à estrutura organizativa estatal.

> Verifica-se uma privatização de atividades estatais e uma fuga crescente do direito administrativo, com suas fórmulas rígidas tradicionais e a busca do direito privado que, por ser utilizado pela Administração Pública, acaba se mesclando com o direito administrativo, ficando a meio caminho entre o público e o privado. (PIETRO, 2012, p. 7).

A dicotomia entre público e privado[1] não é mais tangível com a tendência a privatização do direito público e publicização do direito privado. No tocante a privatização do público o marco inicial ocorreu com a Reforma Administrativa que

---

[1] Meirelles (2012, p. 38) expunha: *"O Direito é dividido, inicialmente, em dois grandes ramos: Direito Público e Direito Privado, consoante a sua destinação. O Direito Público, por sua vez, divide-se em Interno e Externo* [...] *O Direito Privado tutela predominantemente os interesses individuais, de modo a assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e a fruição de seus bens, quer nas relações de indivíduo a indivíduo, quer nas relações do indivíduo com o Estado. Biparte-se o Direito Privado em Direito Civil e Direito Comercial".*

será tratada mais adiante. Por outro lado, especialmente em épocas de crise, observa-se uma maior intervenção do Estado na economia com o intuito de mitigar as desigualdades provocadas pelas forças de mercado.

> O reconhecimento de um espaço público não estatal tornou-se particularmente importante em um momento em que a crise do Estado aprofundou a dicotomia Estado-setor privado, levando muitos a imaginar que a única alternativa à propriedade estatal é a privada". (BRESSER PEREIRA, 1997, cad.3 p 30)[2].

Cabe aqui expor as ideias de Nohara (2015, p. 43) a qual conclui pela existência de:

> [...] uma alteração substancial na dinâmica da sistemática constitucional sobre a atividade econômica, sendo que a dissolução das fronteiras entre público e privado, num contexto de crise e escassez, provoca a intensificação da regulação na seara do mercado (poder de polícia), imprimindo, por outro lado, aspectos de concorrência no âmbito da prestação de serviços públicos delegados.

A mesma autora propõe que uma contraofensiva ao processo de privatização do público seria uma maior abertura dos canais de discussão, privilegiando-se a soberania popular.

1.1. Do Estado Liberal para o Estado Social e o Estado Democrático de Direito

Para a compreensão das novas perspectivas e demandas da Administração Pública indissociável é a noção do papel do Estado na pós-modernidade. Nota-se que na medida em que o Estado se transforma o papel da Administração Pública também vai sendo modificado.

Embora o surgimento do Estado seja anterior ao denominado Estado Liberal, este será considerado como o ponto de partida para a compreensão da evolução das funções da Administração Pública, uma vez que a consagração dos ideais da Revolução Francesa em 1789, especialmente o princípio da legalidade e a limitação

---

[2]Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=100.

do poder estatal, deram origem ao Estado de Direito e consequentemente ao Direito Administrativo enquanto ramo do Direito Público em contraposição ao Direito Privado. Em outras palavras, as relações envolvendo Estado e particular passam a ser objeto de um ramo específico do Direito ao lado do Direito Privado quando a complexidade de organização social possibilitava uma clara dicotomia do Direito em Público e Privado.

De acordo com Oliveira R. (2014, p. 34):

> No período anterior, não se concebia a existência de Direito Administrativo autônomo, uma vez que não havia limites impostos à atuação estatal. O Estado absoluto (Estado de Polícia - *Polizeirecht*), vigente nos séculos XIV a XVIII, caracteriza-se pela centralização do poder nas mãos do monarca, que possuía poderes ilimitados. A vontade do Rei era a própria vontade do Estado, a lei suprema (*l'Étatc'est moi*). Dessa forma, o Estado por não se encontrar limitado pela ordem jurídica, não poderia ser responsabilizado pelos danos eventualmente causados a terceiros (*The king can do no wrong*).

A sociedade do Estado Liberal temia a arbitrariedade que caracterizou o período anterior, tendo, por consequência como anseio o abstencionismo estatal, isto é, o respeito às liberdades individuais e a não interferência na ordem social e econômica. "A consagração do Estado de Direito refletiu a tendência a eliminar os critérios religiosos e carismáticos como fundamento da legitimação do poder político" (JUSTEN FILHO, 2011, p. 70).

Após a Revolução Industrial há uma mudança quanto à concepção do papel do Estado o qual deveria intervir nas relações sociais e econômicas como resposta ao aumento das desigualdades sociais do período liberal. Além disso, a partir da Segunda Guerra Mundial, no século XX, o Estado passa a intervir na economia para prestar serviços públicos à população.

O crescimento do Estado é diretamente proporcional à ampliação do poder de polícia, que no Estado Social de Direito passa a atuar em setores não relacionados à segurança, alcançando as relações entre particulares.

> [...] reconhece-se que a realização dos direitos fundamentais exige não apenas um Estado de Direito caracterizado pela ausência de atuação em face dos problemas e da realidade socioeconômica. A finalidade buscada não é apenas limitar o poder estatal. É necessário limitar o poder estatal, mas também é indispensável que o Estado seja um instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social. Impõe-se a existência

> de um Estado intervencionista, cuja atuação seja voltada a obter a concretização dos valores fundamentais.
> A evolução da Civilização impõe que esse Estado de Direito incorpore instrumentos de realização de valores essenciais – o que é indicado pela expressão Estado Social e Democrático de Direito. (JUSTEN FILHO, 2001, p. 71).

No entanto, "esse estado da busca do bem-estar social, o welfarestate, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos" (BARROSO, 2010, p. 67). O crescimento da máquina estatal resultou na ineficiência das atividades administrativas, com a prestação de serviços públicos aquém do desejável e uma administração burocrática, morosa e cara.

Dentre os aspectos negativos gerados pelo Estado Social de Direito podemos elencar "[...] a preocupação com as normas do Direito Natural, vigente no período do Estado Liberal, deixou de existir; obedece-se a lei apenas porque ela contém uma ordem e não porque ela seja justa. A lei passou de instrumento de realização do bem comum para instrumento de realização da vontade de grupos" (PIETRO, 2012, p. 11-12). Assim, não há mais interesse público, mas sim interesses públicos, representados por variados setores e atores sociais.

Para alguns autores, houve o retorno dos ideais liberais e não uma mudança de paradigma das funções estatais. Grau (2015, p. 25) leciona que "não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte", uma vez que no capitalismo liberal, havia atuação estatal na emissão da moeda e por meio do poder de polícia.

1.2. A Reforma Administrativa

Com a finalidade de readequar as funções estatais, no Brasil foi implementada a Reforma Administrativa com a edição de importantes emendas constitucionais: 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995 e 19 de 1998. Esta última acrescentou o princípio da eficiência[3] dentre os princípios da Administração Pública, e em conjunto

---

[3] Para Di Pietro (2014, p. 84) "o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública,** também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público". É válido mencionar que

com a Lei nº 9.491/1997 que alterou os procedimentos para o Programa Nacional de Desestatização, anteriormente instituído pela Lei nº 8.031/1990 marcaram a substituição da Administração Pública Burocrática pela Administração Pública Gerencial.

Por Administração Pública Gerencial entende-se aquela que tem como foco a obtenção de resultados, em contraposição à Administração Burocrática em que a ênfase está nos processos.

> A proposta de reforma do Estado considera a existência de quatro setores dentro do Estado: (1) o núcleo estratégico do Estado, (2) as atividades exclusivas de Estado, (3) os serviços não-exclusivos ou competitivos e, (4) a produção de bens e serviços para o mercado. No núcleo estratégico são definidas as leis e políticas públicas [...] As atividades exclusivas de Estado são aquelas em que o 'Poder de Estado', ou seja, o poder de legislar e tributar é exercido [...] Os serviços não-exclusivos ou competitivos do Estado são aqueles que, embora não envolvendo poder de Estado, o Estado realiza e/ou subsidia porque os considera de alta relevância para os direitos humanos, ou porque envolvem economias externas, não podendo ser adequadamente recompensados no mercado [...] Finalmente, devemos analisar o caso das atividades não-exclusivas de Estado. Nossa proposta é de que a forma de propriedade dominante neste setor deverá ser a pública não-estatal. (BRESSER PEREIRA, 1997, cad. 3, p. 24-28)[4].

Dessa forma, uma das maneiras de efetivação da administração gerencial é por meio das parcerias do Estado com a iniciativa estatal, ora por meio de regulação ora por meio do fomento. Nesta última, destacam-se as atividades sociais desenvolvidas pelo setor público não estatal – o Terceiro Setor, objeto deste trabalho.

No Estado pluriclasse há diversos interesses contemplados pela Carta Constitucional e a legitimidade da atuação administrativa vem ao encontro com o grau de satisfação dos administrados.

O interesse público, segundo Mello (2009, p. 181-191), sob a ótica jurídica é a solução adotada pelo legislador na edição da Constituição e das Leis. Não

---

o conceito de eficiência foi primeiramente formulado no âmbito da Administração de Empresas por Peter Drucker correspondendo ao fazer certo um processo qualquer. Posteriormente, agregou-se a este conceito a ideia de se fazer mais com menos, diferenciando-se da noção de eficácia por esta se restringir ao atingimento das metas pré-estabelecidas (resultado). Atualmente, tem sido utilizado o termo efetividade para indicar a união da eficácia com a eficiência, ou seja, a produção do máximo de resultado com a utilização do mínimo de recursos.

[4]Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=100.

podendo ser confundido com a somatória dos interesses individuais, tampouco como a contraposição do interesse privado.

Quanto à complexidade na gestão dos recursos públicos que devem atender aos diversos interesses emergentes do seio social, Coelho (2000, p. 48) ao mencionar os autores americanos Eggers e O'Leary reproduz:

> Um governo democrático possui limitações inerentes. A eficiência é limitada por razões sistêmicas. Numa democracia, a administração pública é fundamentalmente diferente de uma corporação privada, pois gasta-se dinheiro público e a sociedade como um todo deve opinar como esse dinheiro será gasto. Certamente, diferentes facções usarão sua influência política para beneficiarem a si próprias. Os autores citam um exemplo interessante fornecido por Michael Keeley, deputado de Los Angeles, que compara o governo de sua cidade a um ônibus, no qual têm assentos diferentes facções, tais como sindicatos, o conselho de cidadãos, o prefeito, grupos de interesses, etc. Cada assento está equipado com um breque e, portanto, várias pessoas podem parar o ônibus a qualquer momento, o que torna quase impossível dirigi-lo.

Com a Reforma do Estado, as organizações do terceiro setor passam a ser um potencial parceiro público na prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado.

1.3. Princípio da subsidiariedade e as parcerias com a iniciativa privada

O Estado subsidiário é caracterizado pela intervenção indireta nas relações sociais e econômicas, por meio da atividade de regulação e fomento. Parte-se da premissa de que o Estado não deve intervir diretamente quando a iniciativa privada for capaz de atender aos interesses sociais[5].

A subsidiariedade é consequência direta da democracia com o reconhecimento de que o poder legitimador do monopólio estatal demanda do povo,

---

[5] O princípio da subsidiariedade surge nos ensinamentos da Igreja Católica e é explicitado na Encíclica Quadragésimo Anno, do Papa Pio XI, de 1931, tendo o nº 79 o seguinte teor: "Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e capacidade, para confiá-lo à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é subsidiar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los".

de modo que o interesse público é aquele determinado pelos indivíduos, família, associações e organizações civis.

Como leciona Nalini (2001, p. 225-226):

> A democracia *representativa* está fornecendo sintomas muito nítidos de esgotamento. Agora é a vez da democracia *participativa* [...] Enquanto não se instaura o *recall* e o *veto popular*, o princípio da *subsidiariedade* pode funcionar mediante a criação de Organizações Não-Governamentais. As ONGs constituem a alternativa ao desalento e ao descompromisso. Por omissão dos bons é que os maus têm predominado na vida pública brasileira.

O princípio da subsidiariedade está implícito em diversos dispositivos constitucionais[6], no entanto, é no art. 173 pertencente ao título VII – Da Ordem Econômica e Financeira que ele aparece como premissa básica para a intervenção do Estado na economia:

> Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Na esfera política a subsidiariedade está presente na distribuição de competências dos entes federativos[7], com destaque ao ente municipal por estar mais próximo do cidadão, sendo aquele que tem maiores condições de satisfazer o interesse público. Assim, ao ente estadual e à união competem as situações que a municipalidade não tem condição de por si só atender a população.

E finalmente, no aspecto social as parcerias entre o público e privado são corolários do princípio da subsidiariedade.

---

[6] Artigos 1º, IV, 170, 174, 175, 197, 198, III, 204, I e II, 205, 209, 216, §1º, 217, 225, 227, §1º e outros da Constituição Federal.

[7] Quanto à organização administrativa o princípio da subsidiariedade está sob a roupagem da descentralização e desconcentração. Segundo Di Pietro (2014, p. 481): "**descentralização** é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Difere da **descentralização** pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, **desconcentrar**, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia."

Di Pietro (2012, p. 21) esclarece que:

> Não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo: neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da ideia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de **fomento.**

Segundo Torres (2001, p. 14) o princípio da subsidiariedade "restringe a atuação do setor público", por um lado, e incentiva "o fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; de outro, quando a sociedade se mostra incapaz de satisfazer seus próprios interesses". Em outras palavras, enquanto a subsidiariedade pressupõe uma atitude negativa estatal, o fomento caracteriza uma atuação por parte deste.

É por meio do fomento que o Estado estimula, incentiva e cria condições para que os interesses de diversos grupos sociais sejam alcançados por estes.

Por sua vez, as parcerias do setor público com o privado configuram-se como uma das técnicas de fomento.

1.4. O Terceiro Setor no Brasil como alternativa para a prestação de serviços públicos

Neste trabalho, será utilizado o referencial teórico do terceiro setor para referir-se às organizações com finalidades não lucrativas cuja atividade esteja voltada à prestação de um serviço voltado ao interesse social. Abre-se aqui um parêntese quanto ao que se compreende por não lucrativa, uma vez que é natural que em qualquer organização haja um superávit entre as receitas e despesas, com um resultado positivo na confrontação destas sem que isto desconfigure o caráter não lucrativo da instituição. Assim, tais organizações se diferenciam das demais por não distribuírem os lucros para os proprietários, de tal modo que o resultado positivo seja convertido à própria organização, ou ainda, à prestação de um serviço de interesse público.

O “terceiro setor” surge para situar as entidades que não pertencem nem ao primeiro setor constituído pelo Estado, tampouco ao segundo setor representado pelas empresas[8].

Conforme leciona Albuquerque (2006, p. 18) a expressão “terceiro setor” é tradução do termo inglês *third sector*, o qual nos Estados Unidos é utilizado em conjunto com *nonprofit* (organizações sem fins lucrativos) ou *voluntary sector* (setor voluntário). Na Inglaterra utiliza-se a expressão *charities* (caridades) e mais atualmente *philantropy* (filantropia) denotando a origem religiosa do voluntariado. Na Europa continental prevalece o termo “organizações não-governamentais” o qual remonta à denominação da Organização das Nações Unidas. No Brasil bem como em toda a América Latina, também se utiliza a expressão “sociedade civil” para referir-se ao terceiro setor[9].

Fernandes (1994, p. 20-21) concebe o terceiro setor como uma das combinações resultantes da conjunção entre público e privado conforme segue:

AGENTES	**FINS**	**SETOR**
Privados	Privados	Mercado
Públicos	Públicos	Estado
Privados	Públicos	**Terceiro setor**
Públicos	Privados	Corrupção

Portanto, tratam-se de organizações e iniciativas privadas voltadas para a produção de bens e serviços públicos.

Diante da escassez de estudos científicos e de um banco de dados sólido, é difícil mensurar com base precisa o quanto cresceu o terceiro setor nos últimos anos no âmbito global. A CIVICUS (Aliança Mundial para a Participação dos Cidadãos) por meio do estudo dos diretórios de diversas organizações e a *The Johns Hopkins Center to Civil Society Studies* (CCSS) foram as instituições que conseguiram reunir

[8] A maioria dos autores americanos considera que o primeiro setor é composto pelas empresas enquanto que o segundo setor seria o Estado (SALAMON, 1999, p. 24-25). Esta visão é compreensível tendo em vista a própria cultura americana pautado no Estado mínimo e a importância das empresas naquele contexto.

[9] A Lei 13.019/14, conhecida como o novo marco regulatório do terceiro setor, utilizou a expressão “organizações da sociedade civil” (OSC).

um maior número de informações quanto às características e as áreas de atuação das organizações sem fins lucrativos.

Dentre os dados fornecidos nas referidas pesquisas, extrai-se que o berço da filantropia de um modo geral são os Estados Unidos, e que houve um aumento significativo no número de organizações a partir da década de 1970, embora as ações ligadas a atividade voluntariada remontem aos séculos XVI e XVII com raízes na religião e na política.

> Os Estados Unidos são o país onde o terceiro setor mais se desenvolveu, em virtude, de uma cultura política voltada para o associativismo e o voluntarismo. O terceiro setor americano é, portanto, segundo a visão de vários analistas, um parâmetro mundial de comparação. Por isso mesmo, as agências financiadoras internacionais, como é o caso do Banco Mundial, estabelecem a relação do terceiro setor americano com as áreas governamentais como orientadora dos parâmetros a serem exigidos no gerenciamento dos recursos repassados pelo banco. (COELHO, 2000, p. 21).

A pesquisa desenvolvida por Salamon (1999, p. 418) referente ao ano de 1995 mostrou que os empregos no setor não lucrativo no Brasil corresponderam a 2,2% do total, percentual este bem aquém dos países europeus como Holanda, Bélgica e Irlanda que apresentavam percentual superior a 10, ou mesmo em relação a países latino americanos, com 3,7% a Argentina e 2,4% ao Peru.

Um importante exemplo de iniciativa não governamental na década de 60 são as *Cooperativas de Habitação no Uruguai*, que recebiam créditos estatais para a construção de moradias populares e chegou a responder por 41 % de toda atividade de construção de habitações do Uruguai (FERNANDES, 1994, p. 46).

Na América Latina, o nascedouro destas organizações são os movimentos populares e movimentos sociais que correspondiam à contestação ideológica de um período marcado pelo autoritarismo. Dentre tais movimentos destacou-se no continente a Teologia da Libertação da Igreja Católica cuja ideologia pautava-se na proteção dos pobres[10].

---

[10] A palavra comunidade na década de 70 foi inspirada pela renovação religiosa, como uma expressão sociológica norteada pelos projetos sociais como uma nova forma de ser da igreja católica. Nas Comunidades Eclesiais de Base (CEB) aspirava-se pela participação dos fiéis sendo um importante capítulo da história das associações no continente latino americano.

Nos Estados Unidos o movimento negro sob a liderança de Martin Luther King Jr. e Malcom X aproximava os direitos civis e as identidades coletivas no interior de uma mesma sociedade.

Com atuação internacional a Organização das Nações Unidas foi responsável pela articulação do movimento das mulheres na década de 70, priorizando a temática nas agências de cooperação internacional.

Na área ambiental o *greenpeace* é uma organização não governamental criada em 1971 que teve diversos êxitos com repercussão global, com o fim de testes nucleares, desmatamento e regulamentação de caça às baleias[11].

Logo, o crescimento de organizações e ações não voltadas ao lucro é uma realidade com dimensões internacionais.

No Brasil desde a colonização, o Estado e a Igreja Católica estiveram entrelaçados, competindo a esta última atribuições de cunho eminentemente estatais, como o registro civil, a manutenção de escolas e a assistência social. Na prestação de serviços de saúde, a primeira Santa Casa de Misericórdia data de 1543 em Santos. Esta Irmandade até 1837 tinha natureza caritativa, e após, até 1940 passou a ter natureza filantrópica[12].

Com a proclamação da República houve a separação entre Estado e Igreja, no entanto, os serviços sociais prestados pelo Estado mantiveram-se precários até 1930, o que manteve em atividade as instituições de caridade e beneficência[13].

O art. 16 do Código Civil de 1916 reconheceu as sociedades sem fins lucrativos, as fundações e a associações como pessoas jurídicas de direito privado. Em 1935 foi editada a lei federal nº 91 que concedia o título de **utilidade pública federal** às organizações que serviam desinteressadamente a coletividade[14]. Em 1959 criou-se o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos pela Lei 3.777/1959 que isentava de contribuição patronal previdenciária as entidades reconhecidas de utilidade pública, a qual foi revogada pelo Decreto lei nº 1.522/1977.

---

[11] http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/As-vitorias-no-Brasil-e-no-mundo/

[12] https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico

[13] Takeshy (2007, p. 164).

[14] A Lei nº 91/1935 foi revogada pela Lei nº 13.204/2015.

As organizações não governamentais propriamente ditas surgem no regime militar e vão se consolidando na medida em que as associações civis são fortalecidas, o que ocorre a partir da década de 70.

Segundo dados referentes às datas de fundação das organizações ligadas a Abong[15], a maioria das organizações foram fundadas a partir de 1985 o que pode ser explicado pela promulgação da Constituição Federal em 1988 que descentralizou as políticas sociais e previu a participação popular na formulação destas por meio dos conselhos em áreas como a saúde, educação e assistência social. Assim, o crescimento e importância das organizações da sociedade civil coincidiram com o processo democrático brasileiro.

Ao tratar do terceiro setor Justen Filho (2011, p. 295) expõe:

> É evidente que essas entidades não são integrantes da Administração Pública. Mas isso não significa ausência de incidência de princípios, regras e formalidades próprias do direito público. A relevância crescente desse setor tem sido reiterada em inúmeras páginas desta obra e justifica uma análise do tema, inclusive para indicar sua submissão parcial ao regime privado. Mas existe grande dificuldade em determinar, de modo mais preciso, o conteúdo do regime jurídico aplicável a tais entidades. É problemático determinar exatamente as regras de direito público que serão aplicáveis, o que gera problemas práticos de grande relevo. Afigura-se, no entanto, que tais dificuldades somente poderão ser solucionadas de modo preciso por via da edição de regras legais.

O trabalho voluntário cresce nos anos 90 no Brasil não apenas dentro das organizações do terceiro setor, mas no contexto das próprias empresas que passaram a considerar em sua agenda a questão da responsabilidade social[16]. No

---

[15]www.abong.org.br.

[16] Segundo OLIVEIRA J. (2008, p. 1-14) “O estudo da responsabilidade social de empresas engloba o entendimento da relação complexa que existe entre as empresas e a sociedade [...] Algumas empresas já estão hoje entre as maiores entidades econômicas do mundo, com receitas maiores que o Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países. Em 2005, 100 empresas estavam entre as 150 maiores entidades do mundo em termos econômicos [...] No Brasil, a situação não é diferente quando comparamos o poder econômico das empresas aos PIBs dos estados (para não falar dos municípios). Por exemplo, a Cia Vale do Rio Doce (CVRD), uma empresa privada, teve uma receita bruta consolidada de R$ 29,02 bilhões em 2004. Isso é maior que o PIB de 12 estados brasileiros, e que os PIBs de Alagoas, Sergipe, Acre e Roraima somados [...] é inegável o poder econômico das empresas [...] Suas decisões, além dos impactos econômicos, têm impactos sociais, ambientais e políticos [...] Responsabilidade social é um tema de grande interesse para as empresas também. Uma das razões para isso é o impacto que as questões ligadas à RSC podem ter no valor econômico das empresas. Além de impactos econômicos diretos de uma atitude socialmente irresponsável, como o recebimento de multas, paralisações e indenizações, há também o impacto sobre a marca da empresa a longo prazo”.

diálogo entre segundo e terceiros setores e o Estado edita-se a Lei nº 9.608/1998 – Lei do voluntariado, com o intuito de diminuir as ações trabalhistas movidas por prestadores de serviços voluntários que tiveram um impacto negativo no orçamento de diversas entidades que praticavam de alguma forma a filantropia.

Posteriormente, foram criadas as leis nº 9.637/1998 e nº 9.790/1999 que qualificavam as entidades sem fins lucrativos em organizações sociais e organizações da sociedade civil, respectivamente. Tais diplomas legais serão objeto de estudo do capítulo subsequente.

O Código Civil de 2002 estabeleceu as formas jurídicas de associações e fundações para as organizações não lucrativas.

A lei nº 13.019 de 31 de julho de 1914 que entrou em vigor quinhentos e quarenta dias após a sua publicação para a União e os Estados, e apenas a partir de 1º de janeiro de 2017 em relação aos Municípios ficou conhecida como o marco regulatório do terceiro setor e originalmente previa uma série de requisitos para a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade civil (OSCs) visando um maior controle, transparência e economicidade na gestão destes recursos. No entanto, houve diversas alterações do texto inicial pela lei nº 13.204/2015.

Há diversas legislações esparsas nas três esferas de governo que cuidam das organizações sem finalidade lucrativa, sendo aqui elencadas apenas as principais para uma contextualização do leitor.

1.5. Terceiro Setor e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Conforme já exposto, de maneira sintética pode-se atribuir o surgimento do Terceiro Setor a três fatores: a mudança de paradigma da Administração Pública que passa de imperativa para uma Administração consensual[17], a busca pela

[17] Moreira Neto (2005, p. 8) atribui a esta mutação da Administração Pública aos seguintes fatores: “1º - consciência dos próprios interesses; 2º - maior nitidez dos valores; 3º globalização (nela incluídos os interesses e os valores); 4º pluralização e crescimento das demandas; 5º desenvolvimento do conceito de interesses transindividuais; 6º surgimento do público não estatal; e 7º reivindicação de maior participação".

eficiência na prestação dos serviços públicos e o princípio da subsidiariedade, o qual tem como corolário o fomento.

Em que se pesem as divergências doutrinárias[18] quanto a quais entidades pertencem ou não ao terceiro setor, neste trabalho foram excluídos do conceito os serviços sociais autônomos (Exemplos: Serviço Social da Indústria (SESI), Serviço Social do Comércio (SESC), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC)) devido ao tratamento diferenciado dispensado a estes, com o recebimento de receitas públicas[19] e controle estatal. Assim, tais organizações estão insertas no conceito de entidades paraestatais[20].

Em outras palavras, as entidades paraestatais se diferem das organizações não lucrativas por nelas existir a manifestação de império[21].

Excluíram-se também do presente as denominadas fundações de apoio, as quais surgem com o intuito de dar maior autonomia às universidades públicas, não se submetendo aos rigorosos procedimentos licitatórios e concursos públicos para a contratação de pessoal.

Pietro (2012, p. 289-298) trata destas instituições em capítulo intitulado:" Da utilização indevida da parceria com o setor privado como forma de fugir ao regime jurídico publicístico".

Por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em estudo[22] concluiu que por gerenciarem recursos públicos as fundações de apoio estão sujeitas a prestação de contas a este órgão, nos termos do art. 70, parágrafo único da CF/88. Desta forma, não pertencem ao terceiro setor.

Assim, serão tratadas como entidades do terceiro setor: as Organizações Sociais (OS) instituídas pela Lei nº 9.637/98, Organizações da Sociedade Civil de

---

[18] OLIVEIRA G. (2015, p. 339-347) considera tanto os serviços sociais autônomos quanto as fundações de apoio como entidades do terceiro setor.

[19] Recebem as contribuições sociais previstas no art. 240 da Constituição Federal.

[20] Na definição de Meirelles (2012, 68-69) *"*São pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos [...]".

[21]Regules (2006, p. 49).

[22] Processo TCA-34749/026/06.

Interesse Público (OSCIP) da Lei nº 9.790/99 e as Organizações da Sociedade Civil (OSC) previstas na Lei º 13.019/14.

Como explica Pontoni (2008, p. 56):

> Na busca de novos caminhos, por iniciativa da própria sociedade, surge uma alternativa ao setor público e privado, um setor que não é público e nem privado, o Terceiro Setor e a ideia é que nele se situem organizações privadas, sem o objetivo do lucro, dedicadas à execução de objetivos sociais ou públicos, sem as limitações do Estado e as ambições do mercado.

O terceiro setor é formado por organizações que nascem a partir de um patrimônio direcionado a um determinado fim (fundação) ou pela união de pessoas (associação). Não há qualquer definição da expressão terceiro setor em lei. O fundamento constitucional do terceiro setor está no direito de associação previsto no inciso XVII do art. 5º.

Frise-se que a ausência de fins lucrativos é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar uma organização como pertencente ao terceiro setor. Para tanto, a finalidade desta organização deve estar voltada ao interesse coletivo, de modo que também se excluem deste trabalho as entidades de *benefício mútuo*, cujos fins estão voltados exclusivamente para os seus membros[23].

O termo ONG (Organização não governamental) é uma expressão utilizada mundialmente para se referir a tais entidades da maneira mais genérica possível. No Brasil, principalmente após o advento da Lei 13.019/14 consagrou-se a expressão OSC (Organização da Sociedade Civil).

A prestação de serviços públicos por organizações do terceiro setor encontra guarida na Carta Constitucional em inúmeros dispositivos no capítulo da Ordem Social, ou ainda nos artigos 197 e 205 que expressamente estabeleceu que os serviços de saúde e educação podem ser prestados por organizações do terceiro setor. Em outros momentos, a Carta Maior deixa implícita esta atuação a exemplo do art. 204 que tratou da assistência social, estabelecendo que as diretrizes para as ações governamentais serão a descentralização-administrativa e a participação da população.

---

[23] A título ilustrativos temos como entidades de benefício mútuo os clubes recreativos.

Para não escapar do objeto deste trabalho, sem maiores delongas, as modalidades de descentralização que interessam ao terceiro setor são a por colaboração e por serviços, dentro da conceituação apresentada por Araújo (2010, p. 170):

> *Descentralização* é palavra que possui muitos significados, conforme o ângulo de que se observa a atividade de governar. A doutrina costuma apontar diversas modalidades de descentralização do poder político, dos serviços, das competências, sempre com a ideia de retirar do centro (órgãos *centrais*) poderes decisórios para a prestação do serviço público, e distribuí-los para *órgãos periféricos* (locais) ou *entidades* diversas do Estado, por razões orgânico-hierárquicas, territoriais ou de especialização, objetivando a racionalização e melhoria de tais serviços.

O constituinte ao cuidar da cultura, desporto e ciência e tecnologia trouxe a ideia do fomento nos artigos 215, 217 e 218. E ainda, privilegiando o setor não lucrativo, estabeleceu duas hipóteses de imunidade tributária no art. 150, VI, c quanto aos impostos às instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos e art. 195, § 7º[24] no tocante às contribuições sociais para entidades beneficentes de assistência social.

Há diversos diplomas legais de diferentes entes federativos versando sobre benefícios fiscais a determinada organizações do terceiro setor que cumprem as exigências estabelecidas na lei. No entanto, o estudo destes documentos foge à problemática desta dissertação.

Como nestes modelos de organizações da sociedade civil há uma extrapolação dos interesses pessoais de seus integrantes, o Estado reconhece tal peculiaridade fornecendo auxílios, subvenções e benefícios fiscais. Nos capítulos subsequentes serão analisadas as principais qualificações estatais a estas organizações.

Não há delegação de função pública para as entidades do terceiro setor, nas palavras de Regules (2006, p. 88):

> Somente há delegação quando o delegante transfere o exercício de uma atividade que lhe é própria. Não se delega aquilo que já pertence de direito

[24] Apesar de o texto literal do dispositivo constitucional usar a expressão “isenção”, trata-se de hipótese de imunidade tributária na medida em que esta se diferencia da isenção por ser uma previsão constitucional.

> ao delegatário. No que se refere aos serviços sociais (ou serviços públicos impróprios), o Estado obriga-se a controlar, fiscalizar e, até mesmo, a promover o desempenho de atividade de relevância pública pelos particulares, jamais delegar o seu exercício.

Destaca-se que as OSCs são importantes parceiras na implementação de políticas públicas, porém, jamais serão responsáveis pela formulação ou coordenação. Dessa forma, *mister* se faz que a Administração Pública tenha um corpo de servidores qualificados para fiscalizar o cumprimento dos projetos realizados por tais entidades.

1.5.1. Organizações Sociais e OSCIPS

As organizações do terceiro setor são pessoas jurídicas de direito privado, com regras de constituição, funcionamento e extinção estabelecidas no Código Civil (art. 45 e seguintes) e Lei de Registros Públicos (art. 114 e seguintes). Embora estejam sob a égide do regime privado, há derrogações para a aplicação de normas de direito público para receberem títulos e benefícios de qualquer ordem dos Poderes Públicos.

Os títulos e certificados conferidos pela Administração Pública às organizações do terceiro setor não criam uma nova entidade no mundo jurídico, mas tão somente reconhecem uma situação pré-existente.

O modelo das organizações sociais foi resultado da Reforma Administrativa de1997, delineada no caderno 2 do MARE[25]. Trata-se de uma qualificação por meio da qual a organização ficará habilitada a receber recursos financeiros, bens e equipamentos do ente federativo que a qualificou, devendo, por sua vez, cumprir as obrigações estabelecidas no **contrato de gestão** que trará as metas de desempenho com a finalidade de assegurar a efetividade dos serviços prestados ao público.

A qualificação federal de organização social foi instituída pela Medida Provisória nº 1.591/97, a qual foi, posteriormente, convertida na Lei federal nº 9.637/98 a “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à

---

[25]http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno02.pdf

proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e a saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”[26].

As diretrizes da referida lei são: o cidadão-cliente, ênfase nos resultados e controle social transparente[27]. As Organizações Sociais não integram a Administração Pública Indireta, pois, conforme Freitas (2009, p. 442) estão em uma zona mesclada entre o público e o privado.

Os requisitos para a qualificação estão elencados no art. 2º e consistem na comprovação do registro do ato constitutivo e aprovação da área pelo Ministro ou titular do órgão supervisor. No tocante ao registro, sinteticamente, deve dispor sobre a natureza social dos seus objetivos, finalidade não lucrativa, conselho de administração e participação de representantes do Poder Público e de membros da comunidade neste, publicação dos relatórios financeiros e relatório de execução do contrato de gestão e previsão de incorporação do patrimônio ao Poder Público dos bens legados e doados nos casos de desqualificação e extinção.

A Lei nº 9.637/98 extinguiu o Laboratório Nacional de Luz Síncroton e a Fundação Roquette Pinto, as quais foram reformuladas como Associação Brasileira de Tecnologia Síncroton (ABTLUS) e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto (ACERRP). Mencionada lei previu expressamente a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos públicos da União por organizações sociais como parte do Programa Nacional de Publicização – PNP[28] e facultou a cessão de servidores com ônus para a origem, além do uso de bens e da destinação de recursos orçamentários após assinatura do contrato de gestão.

Di Pietro (2014, p. 568) faz severas críticas quanto à qualificação de organização social, pois entende que:

> Elas se substituem ao Poder Público na prestação de uma atividade que a este incumbe; elas prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa de particulares, a sua qualificação como organização social constitui iniciativa do Poder Público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público. O grande

[26] Art. 1º.

[27] Art. 20.

[28] Reforma Administrativa.

> objetivo é fugir ao regime jurídico a que se submete a Administração Pública e permitir que o serviço público seja prestado sob o regime jurídico do direito privado[29].

Na mesma esteira, Freitas (2009, p. 446) expõe que "o regime das OSs comporta riscos de utilização indevida, sobretudo se se prestar à privatização mais ou menos dissimulada; além de não incorporar as vantagens organizacionais próprias e genuínas do Terceiro Setor".

Não obstante, as OSs foram expressamente consideradas entidades do terceiro setor por Bresser no caderno 2 do MARE, e são fiscalizadas pelo TCESP como assim o sendo (Instruções nº 02/16 do TCESP).

Para a seleção da organização social a lei não previu nenhum procedimento licitatório para tanto, e ainda, quanto à necessidade ou não de licitação o § 3º do art. 12 da Lei nº 9.637/98 dispensa os bens públicos destinados às organizações sociais de tal procedimento, o que será feito por meio de permissão de uso[30].

Regules (2006, p. 101) adverte que "a ausência de mecanismo relativo à preservação do princípio da isonomia no tocante à distribuição de bens, mesmo que a título de permissão de uso, implica em afronta à constituição Federal".

No entanto, como leciona Sunfeld (2005, p. 20), as legislações que antecedem as parcerias público-privadas[31], como a Lei 8.666/93 e a própria Constituição Federal (artigos. 22, XXVII, 37, XXI e 173) tinham como foco os principais contratos à época: as empreitadas de obra públicas, as quais pressupunham rigidez no procedimento e imparcialidade no julgamento:

---

[29] A mesma autora explica que a posição das organizações sociais seria bem semelhante à das concessionárias de serviço público, com a diferença de não receberem a remuneração do usuário, ou seja, serem mantidas com recursos públicos ao do ente que a qualificou.

[30] § 3º do art. 12.

[31] O mesmo autor classifica as parcerias público-privadas (PPPs) em sentido amplo e estrito. "Em sentido amplo, parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecido entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral" (2005, p. 18). Em sentido estrito são aquelas definidas pela Lei Federal 11.079/2004, ou seja, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Assim, em sentido amplo a base legal das parcerias está em legislações esparsas, incluindo a lei das PPPs - Lei 11.079/2004 (2005, p. 18-23).

> Mas, se esse modelo pode ser bom para as contratações de empreitadas, não se ajusta tão bem aos contratos de parceria. Primeiro porque em muitas delas o objetivo não é obter a proposta mais barata, e sim eleger a entidade que melhor encarne o perfil público; daí as leis das OS e OSCIPs afastarem a licitação para a celebração dos contratos de gestão e dos termos de parceria (2005, p. 20).

A questão foi submetida ao crivo do STF por meio da ADI 1923[32] ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, a qual foi julgada parcialmente procedente por maioria de votos, posto que embora constitucional a seleção da OS independente de procedimento licitatório, para a celebração de convênio com o poder público deve-se seguir critérios objetivos.

Por outro lado, em relação à possibilidade de uma OS que celebrou contrato de gestão com um determinado ente federativo prestar serviços diretamente sem licitação para outros órgãos e entidades da mesma esfera federativa, Oliveira G. (2008, p. 32) esclarece que:

> Não haveria afronta ao art. 37, inc. XXI, da Lei Maior, pois o legislador previu um caso de dispensa de licitação, justificado na atividade de fomento estatal a entidades privadas que submetem-se a um regime especial, com as quais o Poder Público mantém um especial e anterior vínculo colaborativo.

O contrato de gestão deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, devendo especificar o programa, metas, prazos de execução, critérios objetivos de avaliação de desempenho, além de limites e critérios para despesa com remuneração de pessoal[33]. O descumprimento das suas disposições pode acarretar na desqualificação da entidade[34].

A rigor, o contrato de gestão não prevê prestações recíprocas, mas sim conjugadas voltadas à satisfação de um mesmo interesse público, tendo, neste caso, para parte da doutrina a natureza de um convênio[35].

---

[32] Voto vencedor disponível em: http://portal.andes.org.br/imprensa/noticias/imp-ult-1468005415.pdf

[33] Art. 7º

[34] Art. 1.

[35] Neste sentido Regules (2006, p. 120) que cita neste raciocínio Diogo Figueiredo Moreira Neto e Celso Antonio Bandeira de Mello.

O Decreto º 5.504/05 tornou obrigatório o princípio licitatório às organizações sociais[36] nas contratações de bens e serviços públicos em decorrência de recursos públicos da União.

Outra importante qualificação a ser estudada é a de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, instituída pela Lei 9.790/99, regulamentada pelo Decreto 3.100/99.

No caso das OSCIPs o ato de qualificação é vinculado, nos termos do § 2º do art. 1º da referida lei, a qual no art. 2º exclui desta qualificação as sociedades comerciais, sindicatos, instituições religiosas, organizações partidárias, entidades de benefício mútuo, comercializadoras de plano de saúde, instituições hospitalares não gratuitas, escolas privadas não gratuitas, organizações sociais, cooperativas, fundações públicas ou criadas por órgãos públicas, bem como as organizações creditícias.

Também aqui por se tratar de um reconhecimento especial, as entidades qualificadas não passam a integrar nova categoria de pessoa jurídica. Neste sentido:

> Grande parte das peculiaridades jurídicas apontadas quanto às organizações sociais também se encontra presente nas OSCIP. A principal similitude entre as OS e as OSCIP reside na ausência de caracterização de uma nova espécie de pessoa jurídica, sob o ponto de vista estrutural. A organização civil de interesse público é uma pessoa jurídica de direito privado sem fim lucrativo. Portanto, trata-se de uma fundação ou associação civil, tal como se passa com a organização social. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 299).

No que concerne aos objetivos sociais da OSCIP, o art. 3º[37] primou pelo princípio da universalização dos serviços, sendo o rol de finalidades mais abrangente do que o das OSs.

Os requisitos para a qualificação estão dispostos no art. 4º da lei em epígrafe, que exige a previsão expressa nos estatutos da entidade da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

---

[36] Art. 1º, § 5º.

[37] *Promoção da assistência social, cultura patrimônio histórico e artístico, educação, saúde, segurança alimentar e nutricional, meio ambiente, voluntariado, desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito, assessoria jurídica gratuita, ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia, estudos e pesquisas técnicas e científicas, desenvolvimento de tecnologias alternativas e voltadas para a mobilidade de pessoas.*

economicidade e da eficiência, a adoção de práticas de gestão administrativas para coibir benefícios ou vantagens pessoais, conselho fiscal, transferência do patrimônio líquido para outra OSCIP em caso de dissolução, transferência do patrimônio adquirido com recursos públicos a outra OSCIP na hipótese de perda de qualificação, remuneração dos dirigentes respeitados os valores praticados pelo mercado, e por fim, normas de prestações de contas que observem os princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade, publicidade dos demonstrativos contábeis e relatório de atividades e auditoria independente da aplicação dos recursos objeto do termo de parceria.

Assim, o instrumento a ser firmado entre a entidade qualificada como OSCIP e o Poder Público é o **termo de parceria**, disciplinado no art. 9º da Lei nº 9.790/99.

O requerimento para a qualificação deve ser endereçado ao Ministério da Justiça[38] uma vez preenchidos os requisitos sendo a outorga da qualificação um ato vinculado, como já foi dito. A Portaria nº 362/16 disciplina o procedimento para tanto, assim como o cancelamento e perda da qualificação. A perda do título se dará a pedido ou em decisão proferida em processo administrativo ou judicial, assegurado o contraditório e a ampla defesa[39].

As OSCIPs assim como as OSs estão submetidas a um controle de resultados, sendo a estipulação de metas e resultados cláusulas essenciais[40] do termo de parceria.

Justen Filho (2011, p. 300) evidencia os avanços da Lei das OSCIPs em relação às disposições para a OS:

> A criação da nova figura merece aplausos pela correção de alguns defeitos sérios na disciplina da organização social e pela destinação ao atendimento de outras necessidades.
> A disciplina da organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) elimina esses vínculos da administração da entidade com o Poder Público.

---

[38] Art. 5º

[39] Art. 7º

[40] O § 2º do art. 10 estabelece as cláusulas essenciais do termo de parceria: programa de trabalho, metas, resultados, prazos de execução e cronograma, critérios objetivos de avaliação de desempenho, previsão de receitas e despesas, prestação de contas contendo o comparativo das metas com os resultados e a publicação dos demonstrativos contábeis e execução do termo de parceria.

> Estabelece objetivos para a obtenção da qualificação de OSCIP e faculta outra espécie de vantagens e benefícios, inclusive de natureza fiscal.

O art. 23 do Decreto nº 3.100/99 estabelece que para a escolha da OSCIP para a celebração do termo de parceria **poderá** ser feito o *concurso de projetos*. Embora seja uma faculdade do administrador público realizar o referido concurso, é importante que a escolha da OSCIP seja feita a partir de critérios objetivos, respeitando-se o princípio da impessoalidade[41], sob pena de infringir o texto constitucional[42].

Não há obrigatoriedade de as OSCIPs realizarem licitações nos moldes da Lei nº 8.666/1993 para as suas contratações, devendo adotar um regulamento próprio para tanto com observância dos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade, economicidade e eficiência (art. 14 da Lei nº 9.790/99). Todavia, quanto aos recursos públicos federais o procedimento licitatório, preferencialmente na modalidade pregão, deverá ser observado diante das disposições do Decreto 5.404/05.

Tanto a Lei das OSs quanto a Lei das OSCIPs aqui trabalhadas são leis federais e como tal são aplicáveis apenas à União. Os demais entes federativos possuem legislação própria quanto a estes modelos de parcerias. No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Complementar nº 864/98 e a Lei nº 11.598/03 é que tratam respectivamente do título de OS e de OSCIP na esfera estadual.

---

[41] Art. 37, *caput* da CF.

[42] Neste sentido: Acórdão de 23/11/16 do TCESP proferido nos autos do TC-073/020/13. Disponível em: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/573958.pdf e Acórdão 2862/2013 do TCU publicado no DOU de 30/10/2013.

1.5.2. Inovações da Lei 13.019/14 conhecida como o marco regulatório do Terceiro Setor

Como observado no subcapítulo anterior, há uma série de diplomas legais versando sobre certificações, qualificações e títulos em todas as esferas governamentais conferindo isenções, imunidades e benefícios de qualquer ordem às organizações da sociedade civil prestadoras de um serviço de interesse público com finalidade não lucrativa[43]. Não obstante, há também uma gama de regulamentações previstas de maneira esparsa para o firmamento da parceria entre a administração pública e essas organizações[44], favorecendo a insegurança jurídica.

Com o objetivo de uniformizar o arsenal legislativo do terceiro setor, a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 trazia no art. 1º em seu texto inicial menção expressa ao seu caráter nacional, ou seja, estabelecendo um regime jurídico único para as parcerias voluntárias envolvendo ou não a transferência de recursos financeiros entre a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias com as organizações da sociedade civil (OSCs).

Este texto foi muito questionado quanto a sua constitucionalidade, uma vez que na prática as parcerias são instrumentalizadas por convênio e não por contratos[45], independente da denominação que se dê ao ajuste (convênio, termo de parceria, contrato de gestão, termo de colaboração ou termo de fomento), pois em

---

[43] No âmbito federal havia o título de utilidade pública, instituído pela Lei nº 91/35, posteriormente revogado pela Lei nº 13.204/15; no Estado de São Paulo tinha-se a Lei nº 2.574/80 concedendo o título de utilidade pública estadual; Na área social o CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social possibilita a isenção da entidade do CSLL, COFINS, PIS/PASEP e INSS (art. 31 da Lei nº 12.101/2009); Quanto às entidades sem finalidade lucrativa que tem por objeto a defesa do meio ambiente, o CNEA – Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas fornecido pelo CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente possibilita que a entidade vote ou seja votada como representante no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente; os títulos de OSCIP e OS; etc.

[44] Apenas na esfera federal tem-se quanto a regulação de convênios a Lei nº 8.666/93, as Leis das OSs e OSCIPs, os Decretos nº 6.170/07, 6.619/08, 7.568/11, dentre outros.

[45] Meirelles (2012, p. 464) distingue os contratos administrativos dos convênios quanto ao interesse envolvido no acordo: nos contratos os interesses são contrapostos, ou seja, a administração pública visa à promoção do interesse público, enquanto o particular persegue o lucro, por outro lado, nos convênios os interesses são comuns entre os partícipes, de modo que ambos buscam a consecução de um interesse público.

matéria jurídica os institutos são abordados por sua natureza jurídica e não pela denominação.

Na concepção de Oliveira R. (2015, p. 12-13):

> A partir da premissa de que os contratos e os convênios são instrumentos jurídicos diversos, é forçoso concluir que a Constituição apenas estabelece a competência da União para elaborar normas gerais sobre contratos, na forma do art. 22, XXVII da CRFB, inexistindo autorização em relação aos convênios. Em consequência, ausente norma constitucional que contemple a prerrogativa de fixação de normas gerais, por parte da União, para os convênios, a conclusão é no sentido de reconhecer a autonomia federativa dos entes para estabelecerem as suas próprias normas, na forma do art. 18 da CRFB. Vale dizer, a regra é a autonomia federativa, o que inclui a autonomia legislativa, a exceção é a fixação de normas gerais por parte do ente central vinculantes aos demais entes. Desta forma, a elaboração de normas gerais por parte da União representa exceção que deve constar de dispositivo expresso na Constituição.

No entanto, o texto do art. 1º foi alterado pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015 que passou a estabelecer de maneira genérica o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, as OSCs, não retirando, com isso, a dúvida quanto ao caráter nacional ou federal da respectiva lei, pois o seu § 1º do art. 88 estabelece que em relação aos Municípios a lei entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017, continuando, portanto, a valer para os demais entes federativos.

Embora este trabalho não tenha o escopo de adentrar a fundo na problemática apresentada, não havendo decisões judiciais declarando a inconstitucionalidade da norma, ou de parte dela, haja vista que a mesma passou a vigorar em momento concomitante a esta pesquisa, a princípio, o regime jurídico instituído pela Lei nº 13.019/14 seria aplicável a todos os entes federativos.

A Lei nº 13.019/14 foi apelidada de o marco regulatório do terceiro setor[46] justamente por esta tentativa de consolidar o regime jurídico das parcerias com as organizações da sociedade civil não lucrativas. No entanto, houve inúmeras exceções trazidas posteriormente pela Lei nº 13.204/15 que para alguns integrantes do corpo técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo teria “jogado água sanitária” na ideia original da lei.

---

[46] Para muitos autores referida lei seria o segundo marco regulatório enquanto as Leis nº 9.637/98 e 9.790/99 que instituíram as OSs e OSCIPs seriam o primeiro marco regulatório do terceiro setor.

Apesar das críticas, o marco regulatório do terceiro setor inseriu várias regras de *accountability*[47] com a finalidade de um maior controle e transparência nas parcerias firmadas entre a Administração e as organizações da sociedade civil (OSCs), representando, portanto, em avanços para o terceiro setor.

O art. 2º da lei define a OSC como entidade privada sem fins lucrativos que não distribua eventuais resultados, aplicando-os integralmente no objeto social. Para a concretização das parcerias envolvendo ou não a transferência de recursos financeiros o mesmo dispositivo legal cria os seguintes instrumentos: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação.

O termo de colaboração é o instrumento que formaliza as parcerias propostas pela administração pública envolvendo a transferência de recursos financeiros. O termo de fomento, por sua vez, também se refere às parcerias com transferência de recursos financeiros, contudo, a proposta é feita pela organização da sociedade civil. Por fim, o acordo de cooperação é o instrumento que formaliza a parceria entre a administração pública e a OSC que não envolva a transferência de recursos financeiros[48].

O art. 3º dispõe sobre a não incidência da legislação, a qual não se aplica aos termos de parcerias, contratos de gestão, transferências aos serviços sociais autônomos, determinados pagamentos feitos a organismos internacionais, convênios, termo de compromisso cultural, transferências do art. 2º da Lei nº 10.845/04 e arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947/09 e transferências homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal com disposições em tratados, acordos e convenções internacionais.

Aqui cabe um parêntese para informar que no texto original apenas se excluíam da aplicação da lei os contratos de gestão, transferências voluntárias regidas por lei específica e as oriundas dos tratados, acordos e convenções internacionais, sendo as demais exclusões decorrentes das modificações da Lei 13.204/15. Em relação a esta última, talvez a crítica mais dura que possa lhe ser

---

[47] A palavra de origem inglesa *accountability* está sendo empregada neste trabalho como sinônimo de responsabilidade ética, pressupondo a prestação de contas e transparência do responsável na gestão do recurso público possibilitando um maior controle por parte dos interessados na destinação destes recursos.

[48] Incisos VII, VIII e VIII-A do art. 2º da Lei 13.019/14.

atribuída é a de ter ampliado as situações de não obrigatoriedade da realização do chamamento público para a escolha da OSC, inserindo mais hipóteses de dispensas no rol taxativo do art. 30, ou ainda, ampliando o alcance dos casos que importem em inexigibilidades, constantes do rol exemplificativo do art. 31[49].

Tanto num caso como noutro, a ausência de chamamento público deverá ser justificada, e o extrato da justificativa publicado no sítio oficial da administração pública no mesmo dia em que for efetivado, privilegiando-se, assim, o princípio da impessoalidade e transparência.

Portanto, é obrigatória a motivação nas dispensas e inexigibilidades do chamamento público, ou seja, a indicação da situação fática e o respectivo enquadramento legal. “Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática” (MEIRELLES, 2012, p. 107).

A lei instituiu o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS) no art. 18 e seguintes como instrumento por meio do qual as OSCs, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar propostas ao poder público para avaliar a possibilidade de realização de um chamamento público para a celebração de parceria. Trata-se aqui de um mecanismo de participação popular, o qual é deflagrado em vários dispositivos do texto normativo, em especial no art. 5º[50].

Neste aspecto, pode-se afirmar que houve avanços na legislação atual com o fortalecimento dos valores democráticos e incentivo ao exercício da cidadania. Quanto a estes últimos:

> O percurso do direito administrativo retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia [...] O conceito original de Estado de Direito foi sendo enriquecido pela evolução histórica. As experiências trágicas dos

---

[49] No texto original a inexigibilidade ocorreria apenas quando houvesse inviabilidade de competição em razão da natureza singular do objeto do **plano de trabalho,** após a alteração a inviabilidade de competição passou a ser aquela decorrente da natureza singular do objeto da **parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica**.

[50] “O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: I – o reconhecimento da participação social como direito do cidadão”;

> regimes totalitários, em especial o alemão, o italiano e o soviético, vividas ao longo do século XX, conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem respeito à soberania popular e aos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 73).

Os requisitos para a celebração do termo de colaboração e termo de fomento estão previstos nos artigos 33 a 35, dentre os quais se encontra a exigência de escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade. Embora não haja na legislação uma obrigatoriedade de as entidades sem fins lucrativos contabilizarem os recursos financeiros de maneira segregada, isto é, por fundos[51], Olak e Nascimento (2006, p. 124-135) sugerem que tais entidades assim o façam primando pelo princípio da transparência uma vez que recebem doações e transferências de recursos públicos[52].

A legislação possibilita a atuação em rede por duas ou mais organizações da sociedade civil. Cuida-se aqui do consórcio entre entidades sem fins lucrativos para reunirem esforços na consecução da promoção de um interesse público. É importante destacar que a atuação em rede não se confunde com o instituto da subcontratação.

O art. 39 veda a celebração de parcerias com OSCs sem autorização para funcionamento ou que não esteja regularmente constituída, omissa quanto ao dever de prestar contas da parceria anterior, que tenha como dirigente membro do poder público, que esteja suspensa ou impedida de contratar com a administração, ou ainda, que tenha contas julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas, dentro outras vedações.

As cláusulas essenciais dos instrumentos de parceria estão estipuladas no art. 42 e consistem em: descrição do objeto, obrigações das partes, valor total e cronograma de desembolso (se envolver transferência de recursos), contrapartida,

---

[51] A expressão fundo é utilizada para referir-se a uma concentração de recursos de diferentes procedências que devem ser empregados para a consecução de um determinado fim. A segregação dos fundos, do ponto de vista contábil e não físico, tem por objetivo assegurar o cumprimento das atividades e/ou projetos para os quais os recursos foram destinados.

[52] Apesar de não ser exigência legal a segregação contábil, os recursos financeiros recebidos em face da parceria devem ser depositados em conta corrente específica, conforme preceitua o art. 51. Essa medida visa dar uma maior transparência e controle das despesas realizadas e receitas auferidas na execução da parceria.

vigência e hipóteses de prorrogação, obrigação de prestar contas, forma de monitoramento e avaliação, obrigatoriedade de restituição de recursos, definição da titularidade dos bens remanescentes, prerrogativa da administração em assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação para evitar a descontinuidade, a movimentação dos recursos em conta bancária específica (se envolver transferência de recursos), o livre acesso dos agentes do poder público, controle interno e Tribunais de Contas quanto à documentação relacionada ao instrumento, à faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as condições e sanções, sendo o prazo de comunicação desta intenção nunca inferior a 60 dias, indicação do foro e obrigatoriedade de prévia tentativa de solução administrativa, responsabilidade exclusiva da OSC pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, bem como os encargos trabalhistas previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto.

Ainda com relação ao instrumento de parceria, será parte integrante deste o plano de trabalho que poderá ser revisto por aditivo ou apostila para alteração tanto de valores quanto de metas.

A prestação de contas da parceria ao poder público concedente deve ser feita em até 90 dias do término da vigência ou no final do exercício quando o prazo for superior a um ano, nos moldes do art. 69 da Lei 13.019/14.

Poderão ser avaliadas como regulares quando demonstrarem o cumprimento dos objetivos e metas constantes do plano de trabalho, regulares com ressalva quando constatada qualquer impropriedade de natureza formal que não acarrete em dano ao erário ou irregulares se comprovada à omissão de prestar contas, descumprimento de objetivos e metas, dano ao erário decorrente de ato ilegítimo ou antieconômico, ou desfalque ou desvio de dinheiro público. Neste caso, após finalizada a etapa recursal, a OSC poderá solicitar autorização para ressarcir o erário por meio de ações compensatórias mediante a apresentação de novo plano de trabalho.

Pode-se inferir que o novo marco regulatório do terceiro setor é bem completo e prevê uma série de requisitos para a celebração dos ajustes do setor público com as entidades não lucrativas, facilitando as atividades de controle ao mesmo tempo em que incentiva a participação popular. No entanto, não houve a

uniformização da legislação do terceiro setor, tendo em vista a gama de situações em que não há a incidência da lei em tela.

Quanto à prestação de contas da parceria por parte do poder público aos órgãos de controle interno e externo, o assunto será tratado no capítulo quatro deste trabalho.

2. Outras perspectivas de atuação das Entidades do Terceiro Setor

O fenômeno da globalização sob todos os seus aspectos: econômicos, jurídicos e sociais implicou na mudança de paradigma do conceito de Estado posto que com a eclosão de soberanias supra estatais, a soberania econômica nacional vem sendo paulatinamente substituída por regulações bilaterais e multilaterais.

Segundo Beck (1999, p. 14) a globalização trouxe pleno domínio do poder de negociação aos empresários, o que já havia sido superado com o Estado do bem-estar social capitalista e suas bases democráticas. Com isso,

> O humor negro da história entra em cena: são justamente os *perdedores* da globalização que deverão pagar tudo, o Estado social e o funcionamento democrático, enquanto os *vencedores* seguem em busca de lucros astronômicos e se esquivam de suas responsabilidades para com a democracia do futuro. De onde se segue esta conclusão: a famosa questão da justiça social deve ser reformulada teórica e politicamente na era da globalização. (BECK, 1999, p. 21-22).

Para Jameson (1996, p. 79) globalização e Estado Pós-moderno são o mesmo fenômeno. Já Friedman (2009, p. 13-21) considera que a globalização passou por três momentos: o primeiro entre 1492 a 1800 que diminuiu o mundo de grande para médio, compreendendo as embarcações de Colombo sendo a força dinâmica da integração entre o Velho e Novo Mundo a potência muscular (força física, cavalos-vapor e vapor); o segundo mais ou menos entre 1800 a 2000, diminuindo o tamanho mundial de médio para pequeno, tendo como força dinâmica de integração as empresas multinacionais; por fim, o terceiro momento da globalização teria como força integradora a *capacidade dos indivíduos de colaborarem e concorrerem no âmbito mundial*, fenômeno este que o autor denomina de *plataforma do mundo plano*. Neste último, o tamanho do mundo passa de pequeno para minúsculo e *achatamento quer dizer que estamos interligando todos os centros de conhecimento do planeta e costurando uma única rede global*[53].

---

[53] O autor em tela, chega em tais conclusões ao viajar para a Índia e notar traços característicos dos americanos nos indianos, além da terceirização de mão-de-obra para aquele país de empresas americanas e europeias, diante dos recursos tecnológicos que permitem a delegação de toda atividade que possa ser digitalizada e decomposta.

O sistema jurídico diante do fenômeno da globalização passa por um processo de intensa modificação, uma vez que o Estado-nação já não possui autonomia para implementar suas políticas públicas e tomar decisões sem qualquer influência do contexto internacional. Nesta perspectiva, Faria (2004, p. 14-15) expõe que:

> Vencida a fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo de uma economia globalizada [...] Este é o momento histórico em que a nação passa a ser identificada como *fonte de soberania*, ou seja, como a consequência concreta do direito de uma dada comunidade ou de um povo de se autodeterminar politicamente e de fazer valer, dentro de seu território, a universalidade de suas decisões [...].

Esta interdependência dos mercados acentuou ainda mais as diferenças entre os países ricos e pobres, e praticamente inviabilizou a capacidade destes últimos de implementar suas próprias políticas monetárias, fiscais e cambiais, pois são mais dependentes dos empréstimos dos bancos internacionais[54].

A globalização, ainda sob o aspecto econômico, trouxe inúmeras consequências negativas aos países emergentes, principalmente em relação ao capital especulativo dos mercados financeiros internacionais. Cuida-se aqui de um grupo de investidores que buscam lucros em um curto prazo de tempo, aplicando suas divisas em um determinado país, que ao primeiro sinal de crise são retiradas de maneira massiva, desvalorizando a moeda e alavancando o risco país. O chamado capital especulativo é prejudicial à medida que não possui relação com a

---

[54] Em 1989 na capital dos Estados Unidos foi realizado um seminário liderado pelo economista John Williamson para se discutir as reformas necessárias para que os países da América Latina superassem a crise dos anos oitenta que ficou conhecida como a década perdida. O resultado deste encontro foi publicado em 1990 e ficou conhecido como o Consenso de Washington, sendo posteriormente adotado como política oficial do Fundo Monetário Internacional - FMI. *A receita básica, no âmbito macroeconômico, resumia-se a um rigoroso equilíbrio das contas públicas, a ser* "alcançado mediante um severo programa de austeridade fiscal, que exigia a realização de profundas reformas administrativas, previdenciárias e fiscais, além de substantivos cortes nos gastos governamentais, com redução do funcionalismo, privatização de estatais e supressão de benefícios sociais. No plano microeconômico, preconizava-se a desoneração tributária do capital, a desregulação dos mercados, especialmente o financeiro, e a flexibilização das obrigações trabalhistas para incrementar a competitividade internacional das empresas. Além disso, sugeria-se o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção à propriedade intelectual e à prestação de serviços" (LEWANDOWSKI, 2004, p. 65). Os países que necessitavam dos recursos dos bancos internacionais como o BIRD ou FMI adotaram tais medidas sem que isso diminuísse o abismo entre países ricos e pobres.

produção de bens e serviços, ou seja, busca apenas lucrar com uma determinada situação, não trazendo qualquer benefício para a economia local[55].

Ademais, a globalização universalizou padrões culturais e a "necessidade de equacionamento comum dos problemas que afetam a totalidade do planeta, como a degradação do meio ambiente, a explosão demográfica, o desrespeito aos direitos humanos" (LEWANDOWSKI, 2004, p. 52).

O fim das barreiras comerciais entre os Estados, a aproximação dos povos conjugada com a revolução tecnológica culminaram na extensão do poder do mercado financeiro, surgindo o questionamento quanto à possibilidade de se exigir das organizações privadas ações que antes eram exclusivamente demandadas perante o Estado.

A significância, amplitude e complexidade dos problemas humanos exaurem a capacidade estatal de solucioná-los ou a menos amenizá-los, sendo as organizações não lucrativas uma alternativa para tanto. Por sua vez, o cenário mundial fortalece as iniciativas da sociedade civil diante da relativização da soberania estatal, cabendo ao cidadão participar dos debates políticos e até mesmo se impor perante a regulação dos mercados, pois em última análise se não são eles que ditam os padrões de consumo na condição de destinatários finais podem, ao menos em tese, impor sua vontade última (por enquanto não há a obrigação legal de se consumir determinado produto ou de se investir em um dado segmento econômico).

Quanto ao papel do terceiro setor nestas mudanças, se por um lado representa uma maior participação da sociedade fortalecendo as bases democráticas, por outro, pode ser um instrumento do reducionismo estatal atendendo a uma demanda neoliberal. Portanto, sem a pretensão de defender ou

---

[55] No Brasil, por exemplo, poderíamos citar a questão da bolha imobiliária em que após o governo adotar uma política expansionista especialmente na área da construção civil a partir de 2008, com a liberação de créditos e a promoção do programa "Minha Casa Minha Vida" houve o chamado *boom imobiliário* com os preços sendo duplicados e até triplicados nos anos de 2011 e 2012. Obviamente, os maiores beneficiários da especulação imobiliária foram os grandes investidores que possuíam capital para as transações e não a população que viu o sonho da casa própria se distanciar ainda mais tendo em vista o descolamento do valor do imóvel e de sua renda. Os valores dos imóveis no país estão passando por um processo de ajuste natural da demanda desde então sendo anualmente corrigidos abaixo da inflação. É importante salientar que o posicionamento aqui adotado quanto à existência de uma bolha imobiliária brasileira não é aceita pela maioria dos economistas e decorre da análise empírica do panorama econômico da autora.

não o fortalecimento das organizações não lucrativas, deixa-se aqui o viés crítico que pode ser atribuído à prestação de serviços públicos por estas Entidades sem as devidas cautelas.

Na sequência, serão abordados alguns aspectos que a atuação das organizações do terceiro setor deve pressupor tendo em vista o contexto atual do Estado, neoconstitucionalismo e efetividade dos direitos humanos em prol de uma sociedade mais justa e solidária.

2.1. A Constitucionalização do Direito Administrativo e seus impactos nas relações público-privadas

O Direito Administrativo também passa por modificações decorrentes do paradigma do Estado Constitucional, também denominado de *neoconstitucionalismo* segundo o qual as normas constitucionais passam a ter supremacia em relação às demais normas, e todo o ordenamento jurídico passa a ser interpretado de acordo com o texto constitucional.

Como já pontuado no primeiro capítulo desta pesquisa, ao final do século XX pressupõe-se a sociedade participativa como base do princípio democrático, havendo, portanto, uma verdadeira mutação na administração pública que passa de impositiva para cidadã.

> O advento da Administração Pública consensual gera consequências internas e externas na organização administrativa. Na relação externa (Administração Pública e o particular) sai a autoridade e entra o consenso, com destaque para formalização de novas parcerias (ex.: contrato de gestão com organizações sociais). Por outro lado, na relação interna da Administração Pública há uma crescente simplificação de procedimentos administrativos e busca por resultados, em atenção à eficiência administrativa (ex.: contrato de gestão formalizado com agências executivas). (OLIVEIRA R., 2015, p. 44).

A própria concepção de Estado no Brasil foi sendo modificada de acordo com o processo de constitucionalismo, o qual, Bonavides (2010, p. 361-370) divide em três fases: a primeira no século XIX durante o Império, vinculada ao modelo francês e inglês, a segunda, após a Proclamação da República alinhada com o modelo norte-americano, e a terceira, a partir da década de 30, com traços do

constitucionalismo alemão (Constituições de Weimer e Bonn), a qual se estende até o presente século.

De acordo com Barroso (2010, p. 243-244) há três modelos institucionais de Estado nos últimos quinhentos anos: o Estado pré-moderno caracterizado pela pluralidade de fontes normativa, com a doutrina e a jurisprudência criando o Direito *(jusnaturalismo*). O Estado legislativo de direito (positivista), com fulcro no princípio da legalidade, em que a doutrina tem o papel de descrever as normas, enquanto a jurisprudência torna-se atividade técnica. Finalmente, o Estado constitucional de direito, a partir da Segunda Guerra Mundial, tem como característica a subordinação da legalidade a uma Constituição, ou seja, para serem válidas as normas necessariamente devem ser compatíveis com o texto constitucional, isto é, os valores retornam ao Direito (*pós-positivismo*).

Logo, como corolário do *neoconstitucionalismo* as políticas públicas devem ser acima de tudo eficientes no sentido de tornarem efetivos os objetivos da Carta Maior, não podendo estes se restringirem a meros anseios ou ideais a serem perseguidos. Corrobora com este entendimento (MOREIRA NETO, 2009, p. 5):

> É o que os franceses costumam apontar como característica de um *Étatpropulseur*, que nada mais é que aquele dedicado a um exercício afincado do dever de fomento, que, entre nós, já se define constitucionalmente como um macro objetivo governamental, uma vez que reiteradamente contido em todos os enunciados dos objetivos fundamentais da República, nos quatro incisos do art. 3º da Carta Federal. Desponta, assim, a partir desse alto cometimento constitucional, que a responsabilidade dos governos em lograr o atingimento daqueles objetivos através de políticas públicas eficientes, não mais deve ser entendida como mera responsabilidade jurídica, tal como hoje pacificamente se reconhece no reiterado referendo da prática constitucional europeia, já acatada em decisões de nosso Supremo Pretório e tida até como uma das características diferenciais do constitucionalismo pós-moderno [...].

Por sua vez, o fenômeno da globalização trouxe a demanda pelo equacionamento dos problemas globais, e consequentemente enfatizou os direitos humanos de solidariedade de terceira dimensão[56]. As demandas sociais atuais sugerem uma convergência de sujeitos responsáveis pela concretização a saber,

---

[56] Optamos pelo termo em vez de geração por este último dar a ideia de superação de uma classe de direitos em detrimento de outra, quando na realidade o que se tem é a convivência das três gerações de direitos, a saber: primeira dimensão: direitos de liberdade, segunda dimensão: direitos de igualdade e terceira dimensão: direitos de solidariedade (SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 110-114).

poder público, coletividade, empresas privadas e organizações da sociedade civil sem fins lucrativos.

No contexto da constitucionalização do direito, os direitos fundamentais passam a ter efeito vinculante perante o Estado que não pode simplesmente se abster de intervir na liberdade individual, devendo prestar determinados serviços e garantir aos destinatários das normas jurídicas políticas públicas efetivas no sentido de concretizar os direitos sociais seja diretamente, seja por meio de parcerias com a iniciativa privada.

Na mesma esteira, os direitos humanos devem ser igualmente observados e concretizados pelos diferentes atores sociais, pois além de ter reconhecimento supra estatal no âmbito internacional expressam valores que estão além do ordenamento jurídico, surgindo em um dado contexto histórico no interesse de uma classe, *"espraiando-se num universo cada vez mais amplo de pessoas e direitos"* (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 205).

As organizações do terceiro setor possuem como própria razão de existência a busca pela concretização dos direitos fundamentais, pois são criadas com a finalidade de modificar a realidade social. No caso das OSCIPs a legislação expressamente prevê no inciso XI do art. 3º que a promoção dos direitos humanos é uma das finalidades que a pessoa jurídica pode ter para solicitar a qualificação.

Não obstante, tais entidades empregam colaboradores para a consecução de suas atividades e, portanto, devem agir de acordo com a legislação trabalhista e compatível com os direitos fundamentais em tais relações, pois no processo de constitucionalismo além da eficácia vertical dos direitos fundamentais sendo esta entendida como a relação entre o Estado e os cidadãos, a eficácia ocorre também de maneira horizontal, atingindo as empresas e os particulares, e consequentemente as organizações do terceiro setor. Enfatiza-se aqui a questão da legislação trabalhista, pois é nesta seara que mais se percebe a violação dos direitos fundamentais.

Como já pontuado, a visão *neoconstitucionalista* importa na impregnação dos mandamentos constitucionais em todas as normas estatais ainda que de cunho eminentemente privado. Além disso, com a diluição do poder estatal oriunda do fenômeno da globalização, os direitos fundamentais que sempre foram resultados de uma luta histórica entre os detentores de poder e os destinatários deste passam a

ser exigidos das entidades privadas, independente de terem ou não uma finalidade lucrativa, já que estes atores passaram de coadjuvantes a protagonistas no Estado pós-moderno.

2.2. Responsabilidade Social, Sustentabilidade e Terceiro Setor

A temática da responsabilidade social no meio corporativo vem ganhando terreno desde a década de oitenta, podendo ser sinteticamente compreendida como a preocupação das empresas privadas em manterem um bom relacionamento com todos os seus públicos: acionistas, investidores, funcionários, fornecedores, clientes e comunidade[57].

Uma das primeiras empresas que inseriu em sua estratégia de *marketing* a responsabilidade social foi a *The Body Shop*, indústria de cosméticos, criada em 1976 por uma ativista dos movimentos feminista e ambiental. A empresa tinha como pressuposto a não experimentação dos produtos em animais, o apoio à defesa dos direitos humanos e proteção ambiental, e todo o sucesso de sua imagem resultou em mais de 2100 lojas em 55 países no ano de 2007 (OLIVEIRA J., 2008, p. 133-134).

Por outro lado, como ilustração negativa, temos o “boicote da Nike” no final dos anos noventa, em que a empresa sofreu grandes prejuízos após a divulgação dos baixos salários, condições precárias, jornadas excessivas e trabalho infantil na fabricação de seus produtos na Ásia (OLIVEIRA, J. 2008, p. 86-91).

No caso das empresas privadas a agenda da responsabilidade social tem por fim último o aumento nos lucros, sendo, portanto, mais uma estratégia para atingir um determinado público de consumidores do que um comprometimento social. Por outro lado, no caso das entidades sem finalidade lucrativa a responsabilidade social está intrínseca a sua atividade a qual se volta sempre a um fim social.

Neste trabalho o termo responsabilidade social não está sendo utilizado como sinônimo de ação social, pois é mais abrangente. Enquanto a ação social é

---

[57] São também conhecidos como *Stakeholders*: público estratégico composto por todas as pessoas que de alguma forma possuem interesse na empresa.

qualquer realização da empresa no sentido de atender a comunidade, a responsabilidade social é um conjunto de princípios que direcionam todas as ações e relações empresarias. Neste ínterim, uma doação empresarial seria uma ação social, mas não necessariamente, implicaria em dizer que a empresa age com responsabilidade social, já que pode coexistir a filantropia e a degradação do meio ambiente em uma mesma empresa, por exemplo.

É importante também aqui se fazer uma distinção dos conceitos de filantropia, assistencialismo e cidadania corporativa. Goldstein (2007, p. 57-58) sintetiza *que* "a filantropia visa ao bem-estar de um único público de relacionamento da empresa – a comunidade*"* enquanto a responsabilidade social visa todos os *stakeholders*, ou seja, a filantropia está ligada ao assistencialismo, que teria com o antídoto a parceria. Já a cidadania corporativa "refere-se à organização que apenas cumpre com suas obrigações civis, segue a conduta ética que se espera dela e respeita a legislação vigente"*.* Diverge da responsabilidade social que vai, além disto, para contemplar de maneira voluntária aspectos que não seriam obrigações da empresa, a princípio, mas que visam uma sociedade mais sustentável, justa e solidária.

Após afirmar que o século XXI será o das *alianças*, Austin (2001, p. 17) prevê que "as relações de cooperação migrarão progressivamente das alianças tradicionalmente filantrópicas, caracterizadas pelo doador benevolente e pelo donatário agradecido, para as alianças estratégicas".

Com uma abrangência maior tem-se o conceito de função social que compreende a responsabilidade social, ou seja, a corresponsabilidade da organização com o desenvolvimento social. "Dever ético de pôr em prática as políticas sociais tendentes a melhorar as condições e a qualidade de vida de todos os nossos semelhantes." (LUCCA, 2009, p. 329).

A função social na iniciativa privada, seja pelo setor lucrativo ou não, encontra-se fundamentada nos artigos 1°, 3° e 170 da Constituição Federal com a valorização do trabalho, da livre iniciativa e do desenvolvimento voltados para a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo-se a todos uma existência digna. Assim, compreende-se na função social a noção de solidariedade, ou seja, a atuação privada voltada para os fins sociais e ambientais.

Embora a expressão tenha surgido no meio corporativo, a gestão social pode e deve ser praticada por órgãos e entidades públicas assim como por organizações sem finalidade lucrativa que é o escopo deste trabalho.

Nesta esteira explica Sem (2015, p. 362) “O comprometimento social com a liberdade individual obviamente não precisa atuar apenas por meio do Estado; deve envolver também outras instituições: organizações políticas e sociais, disposição de bases comunitárias, instituições não governamentais [...]”.

Sanches e Silveira (2013, p. 122) explicam que a função social não implica apenas em cumprir as obrigações legais e observância dos direitos trabalhistas e tributários, mas “no compromisso com a preservação ambiental, relacionamento ético com fornecedores e consumidores, bem como o cuidado com o impacto de sua atuação na comunidade”. Em outras palavras, deve a iniciativa privada dos setores lucrativos ou não exercerem suas atividades com vistas ao desenvolvimento sustentável[58].

A responsabilidade social, portanto, engloba o viés ambiental que nas lições de Souza e Mezzaroba (2013, p. 232-233) importa em “examinar a dinâmica do crescimento econômico, as mudanças sociais, o processo de globalização e as crises econômica e ambiental que orientam a política mundial”. Os mesmos autores advertem que o conceito de *desenvolvimento sustentável* atualmente se tornou “tão amplo que não se sabe mais se é uma mera ideia, uma visão, um conceito ou uma utopia” . Assim, a expressão deve ser empregada para a superação do que existe, “pressupondo um crescimento econômico compatível com a existência dos recursos naturais”.

Sob esta perspectiva, nota-se que a questão do desenvolvimento sustentável é muito mais política quando se parte do conceito para uma abordagem de conteúdo prático, pois não adianta se promover medidas compensatórias ou a administração do risco ambiental se já está mais do que comprovado que os

---

[58] Oliveira J. expõe sobre o caso da Shell em Vila Carioca – SP (2008, p. 55-63) no Brasil, a qual adotou todas as regras ambientais vigentes à época, no entanto, contaminou o solo e lençol freático com a limpeza dos tanques de gasolina nos anos setenta. O autor propõe uma série de questionamentos quanto aos padrões socioambientais das multinacionais como: a obrigatoriedade de seguirem padrões mais rigorosos por disporem de mais recursos e tecnologias? Deveriam despoluir o meio ambiente que contaminou ou gastar dinheiro com outras demandas sociais e ambientais mais urgentes? Deve responder por problemas do passado mesmo que tivesse cumprido rigorosamente a legislação e utilizado a tecnologia disponível na ocasião?

recursos naturais são finitos e, portanto, há um limite natural imposto aos níveis atuais de consumo que não se mantém no longo prazo.

É condição para a sobrevivência do planeta e das gerações futuras que a sociedade, Estado e empresas atuem de maneira compatível com o desenvolvimento sustentável. Por seu turno, as organizações do terceiro setor por serem voltadas a uma finalidade pública devem necessariamente agirem de maneira sustentável e com responsabilidade social no desempenho de suas funções, ainda que não tenha entre o seu objeto social especificamente a defesa do meio ambiente. Desta forma:

> As organizações do terceiro setor possuem papel de destaque no desenvolvimento sustentável, sustentado e includente, estando presentes de maneira crescente nos cenários nacionais e internacionais, ocupando um espaço deixado pela atuação dos Estados. (SOUZA; COSTA, 2016, p. 47).

É sabido que as organizações não governamentais, especialmente, no âmbito internacional têm papel de destaque na luta pela preservação ambiental, pressionando empresas e Estado, bem como sensibilizando a coletividade neste sentido. Como já citado no primeiro capítulo, o *greenpeace* foi responsável por várias conquistas que vão desde a demarcação de terras indígenas até o fim de testes nucleares.

No entanto, de maneira alguma se pretende nesta pesquisa que as organizações da sociedade civil substituam o Estado, mas sim complemente sua atuação reconhecendo-se as formas de cooperação entre primeiro e terceiros setores. Aliás, em alguns momentos, requer-se de tais entidades na persecução dos fins sociais inclusive que se volte contra o poder estatal, como leciona Santos (1999, 45-47):

> [...] a nova articulação entre o Estado e o terceiro sector não implica necessariamente a complementaridade entre um e outro e, muito menos, a substituição de um pelo outro. Dependendo do contexto político, essa articulação pode consistir mesmo na confrontação ou oposição [...] o terceiro setor está sujeito aos mesmos vícios que ultimamente têm sido atribuídos ao Estado e cuja superação é esperada do terceiro sector.

O mesmo autor chama a atenção para o fato de o terceiro setor ter emergido nos países centrais e utilizado por estes como estratégia no domínio da assistência internacional induzindo o nascimento deste nos países menos desenvolvidos.

No Brasil, como esboçado no capítulo inicial, o nascimento do setor não lucrativo está mais ligado aos movimentos sociais, que a princípio tinham ideologias opostas às forças estatais, com as relações de parcerias reforçadas após a Reforma Estatal nos anos noventa.

Logo, apesar da legitimidade social e legal das OSCs e de sua importância no contexto da globalização para a promoção dos direitos fundamentais e desenvolvimento sustentável, com fundamento na responsabilidade social, para que se evitem relações promíscuas entre estas e o Estado, especialmente, quando as parcerias envolvam a transferências de recursos públicos, de suma importância se torna a temática dos controles e monitoramento destas atividades, o que será objeto do próximo capítulo.

2.3. O controle das Organizações do Terceiro Setor

Inicialmente, foram abordadas as transformações no Direito oriundas do fenômeno da globalização, do Estado Pós-Moderno e da vertente do *neoconstitucionalismo*. Esta última corroborou com a constitucionalização dos fundamentos do Direito Administrativo[59], que na prática além de ampliar os direitos pressupõe uma atuação estatal efetiva, legítima e não apenas legalista, como foi anteriormente. Com a reaproximação dos valores morais e principiológicos ao Direito, no afã de dar efetividade aos mandamentos constitucionais, o modelo de políticas públicas "ganha expressiva ampliação material para admitir a possibilidade de *controle de resultados*, pois que deverá ser, além de legal, também legítimo,

[59] Podem ser identificadas três fases do Direito Administrativo nas lições de Moreira Neto (2015, p. 01). A primeira observada na Era Napoleônica caracterizava-se pelo esforço dos administrativistas em distinguir a disciplina das demais áreas do Direito, enfatizando-se os *atos administrativo* que se diferenciavam dos atos legislativos e judiciais. Posteriormente, o foco dos administrativistas passa a ser o estudo da produção e sequencia dos atos administrativos com vistas à obtenção de um resultado, isto é, o estudo dos *processos administrativos.* Finalmente, na terceira fase, a constitucionalização do Direito conduz ao estudo do *complexo processual das políticas públicas*, balizado no princípio da eficiência. Neste contexto, "a modelagem das políticas públicas é uma atividade político-administrativa destinada a cumprir os objetivos predeterminados pela Constituição".

moralmente orientado e eficiente" (MOREIRA NETO, 2015, p. 3). Segundo o mesmo autor:

> [...] a eficiência na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada, como de fato o é (art. 37, CF), mas ser interpretada como um mandamento constitucional inafastável, de modo que o *devido processo legal*, por meio do qual se realiza a gestão pública, a aparelhe com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, termos, verificações, etc.) necessários para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, até a *efetiva realização dos resultados.* (MOREIRA NETO, 2009, p. 3).

Ademais, no capítulo inicial destacou-se o princípio da subsidiariedade do Estado Democrático de Direito, pelo qual a atuação estatal deve ser subsidiária a iniciativa privada sempre que esta for capaz de atender ao interesse social em melhores condições, restando ao Poder Público, neste caso, as atividades de regulação e fomento.

Destaca-se que nas parcerias firmadas entre o Estado e o terceiro setor a titularidade da prestação dos serviços públicos não é transferida em hipótese alguma a este último, havendo a transferência apenas da execução das atividades não exclusivas. Dessa forma, na hipótese da prestação de serviços por organizações da sociedade civil por meio de repasses financeiros, o Poder concedente tem o dever de acompanhar a gestão destes recursos e a qualidade dos serviços ofertados.

Atualmente, são inúmeras as organizações da sociedade civil que sobrevivem exclusivamente dos recursos estatais. Além disso, são imensuráveis os benefícios fiscais concedidos para estas entidades configurando renúncia de receita estatal. Logo, o interesse público resta evidente quanto ao controle da gestão e dos gastos realizados por tais entidades, primando pelo princípio da transparência. Neste sentido Freitas (2009, p. 453):

> Já pela natureza dos serviços prestados, já pela colaboração do Poder Público no desenvolvimento das atividades encetadas por tais organizações, as pessoas jurídicas de direito privado do Terceiro Setor, seja ao receberem qualificativos de OSs ou de OSCIPs [...] seja ao receberem, mediante convênios, recursos públicos, devem observar, de modo incontornável, princípios e controles publicistas. A atuação integrada e sistemática do controle, com efeito, revela-se indispensável para coibir os frequentes e acintosos desvios de finalidade. Faz-se, nessa linha, impositiva a sinergia na fiscalização das ONGs, por exemplo, na esfera federal, pela

> interação mais intensa de COAF, CGU, e TCU. Também se mostra recomendável a adoção de aperfeiçoamento normativo que trate de disciplinar melhor a fiscalização das ONGs, separando o joio do trigo, naturalmente sem prejuízo da utilização flexível das formas de governança, características do Terceiro Setor.

Não é tão incomum a criação de organizações não lucrativas por servidores públicos ou pessoas que mantém relações com a administração pública. Na hipótese, por exemplo, de uma Organização Social que presta serviços na área da saúde ser administrada pela Secretária Municipal de Saúde, ou seja, a responsável pela transferência dos recursos públicos na área, ainda que demonstrada a economicidade e a eficiência da entidade na prestação dos serviços à coletividade estaria configurada a afronta ao princípio da impessoalidade. Para Mello (1994, p. 58) “Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”.

Como esclarece Nunes (2006, p. 54) “o interesse público inerente às atividades desenvolvidas pelas entidades do Terceiro Setor justifica o controle destas, já que é o Patrimônio social que está em jogo”. Quando há repasses de recursos públicos para estas entidades, torna-se ainda mais patente o interesse público envolvido, devendo ser mais amplo e intenso o controle.

No entanto, para se estudar o tema do controle das organizações do terceiro setor e dos recursos públicos a elas transferidos, sendo esta uma zona mista entre as esferas pública e privada consequentemente os controles devem se revestir de características próprias do setor privado lucrativo e do setor estatal. Conforme expõe Salinas (2013, p. 6):

> [...] o desenho institucional do regime de controle a ser exercido pelo Estado sobre as atividades desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor não deva ser idêntico aos regimes de controle estatal acima descritos. Pois, se o fosse, pouca ou nenhuma vantagem o Estado teria em celebrar parcerias com as entidades do terceiro setor.

Tome-se como exemplo a prestação de contas que é realizada anualmente por todos os órgãos e entidades públicas da esfera municipal[60] ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Nesta, a origem encaminha a relação de todos os balancetes, contendo informações detalhadas, mensalmente, pelo sistema próprio do Tribunal denominado AUDESP (Auditoria Eletrônica de Órgãos Públicos). A partir destes balancetes, é possível relacionar todos os empenhos efetuados pelo fiscalizado o que por um lado facilita o trabalho da fiscalização, e por outro onera os cofres daquele que presta a informação, pois a transmissão envolve a contratação de uma empresa especializada que converte a contabilidade do órgão aos códigos para a leitura do sistema.

No setor lucrativo o controle dos processos e a prevenção de riscos são princípios da governança corporativa, sustentada nos pilares da transparência, *accountability* (prestação de contas) e *compliance.* Quanto a este último, também conhecido por gestão de conformidade, não se confunde com o mero atendimento das normas formais, sendo uma política de regras, padrões e procedimentos éticos norteadores do comportamento da empresa no tratamento aos seus colaboradores e no mercado em que atua.

A credibilidade da instituição no meio empresarial é fundamental para o seu sucesso, sendo o principal controle ou ao menos um dos mais efetivos aquele realizado pelas regras de mercado, ou seja, a disposição do consumidor em adquirir um produto ou serviço por determinado valor.

Por outro lado, para a Administração Pública, Nohara (2012, p. 813) define o controle como “o conjunto de mecanismos que permitem a **vigilância**, a **orientação** e a **correção** da atuação administrativa para que ela não se distancie das regras e princípios do ordenamento jurídico e dos interesses públicos que legitimam sua existência”. Nesta definição, a vigilância corresponderia à fiscalização sendo, portanto, o ato de controlar mais abrangente que o ato de fiscalizar.

---

[60] Na esfera estadual os dados relativos às despesas, em regra, são alimentados no SIAFEM – Sistema Integrado de Administração Financeira para Estados e Municípios, a partir do qual o TCESP efetua a fiscalização. Os dados armazenados no referido sistema são disponibilizados pela Secretaria da Fazenda para consulta a qualquer interessado, desde que este efetue um cadastro no site: https://www6.fazenda.sp.gov.br/.

Por sua vez, Siraque (2004, p. 104) traz um conceito ainda mais abrangente de controle, definindo-o como o “ato de vigiar, vistoriar, inspecionar, examinar, guiar, fiscalizar, restringir, conter algo, velar por algo ou a seu respeito, inquirir e colher informações”.

A Constituição Federal cuida do controle interno e externo dos três Poderes no art. 70 dentro da seção IX do capítulo I do título IV denominada: Da **Fiscalização** Contábil, Financeira e Orçamentária (grifo nosso), assim, parece empregar o termo controle como sinônimo de fiscalização.

Nesta pesquisa optou-se pela utilização da expressão controle da maneira mais genérica possível, contemplando além da fiscalização, quaisquer atos e procedimentos de verificação com o fim de assegurar que as parcerias realizadas entre o poder público e a organização da sociedade civil sem fins lucrativos atendam ao interesse público. Ou seja, todos os recursos públicos transferidos ao terceiro setor e tudo aquilo que se deixa de arrecadar devem ser convertidos em benefício da sociedade.

O controle dos repasses públicos ao terceiro setor pode se dividir em formal e material, conforme explica Salinas (2013). O controle formal de maneira análoga ao controle da administração pública caracteriza-se pelo caráter interno, hierárquico e rígido. Já o controle material conta com a participação de atores da sociedade civil assumindo característica híbridas de controle administrativo e controle da implementação das políticas públicas.

Em outras palavras, o controle pode ser de meio (formal) ou de resultados (material). Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.019/14 o principal instrumento de transferência de recursos públicos ao terceiro setor era o convênio, o qual foi inicialmente criado para instrumentalizar os repasses a outros órgãos públicos sendo, consequentemente, de cunho estritamente formal. Os termos de parceria e os contratos de gestão, firmados entre o poder público e as OSCIPs e OSs, respectivamente, por serem mais específicos e adequados às parcerias do Estado com o terceiro setor já estavam mais voltados ao controle de resultados, com a verificação do cumprimento dos planos de trabalho para a execução da parceria.

A Lei nº 13.019/14 conhecida como marco regulatório do terceiro setor trouxe três instrumentos para a formalização das parcerias entre o poder público e a organização da sociedade civil: termo de colaboração, termo de cooperação e

acordo de cooperação. Embora com a edição da lei coexistam os contratos de gestão e termos de parceria, o enfoque deste capítulo será a nova lei, diante do caráter nacional desta, posto que para cada nível federativo: federal, estadual e municipal há legislações específicas para os termos de parceria e contratos de gestão, dificultando uma análise mais geral e uniforme como é a proposta desta pesquisa.

Qualquer que seja o instrumento utilizado para a parceria, as disposições do marco regulatório do terceiro setor privilegiam o controle material como, por exemplo, no art. 67, § 4º, I ao tratar do parecer técnico do gestor na prestação de contas estabelecendo que este deverá observar os resultados já alcançados e seus benefícios, ou ainda, no art. 72 que pressupõe o cumprimento dos objetivos e metas do plano de trabalho para que a prestação de contas seja julgada regular.

O controle pode ser prévio, concomitante e posterior ao instrumento de parceria, sendo o prévio anterior a efetivação da parceria como no chamamento público[61] para a escolha da organização do terceiro setor, ou ainda, o preenchimento dos requisitos[62]e não vedações[63]para a celebração do termo de colaboração ou de fomento.

Os controles concomitantes são aqueles que ocorrem durante a execução do plano de trabalho constantes das funções de monitoramento e avaliação. A principal inovação da trazida pela Lei nº 13.204/15 que alterou o marco regulatório do terceiro setor foi a criação da comissão de monitoramento e avaliação para o acompanhamento da execução da parceria. Por fim, após a execução da parceria tem-se o momento das prestações de contas[64] que nada mais são do que controles posteriores ou supervenientes.

Pode-se classificar os controles como interno e externo a entidade. Em relação a este último, diante da relevância social e interesse público envolvidos especialmente quando há transferência de recursos públicos, além daquele exercido pelo órgão concedente que é um dos entes federativos (federal, estadual e

---

[61] O chamamento público está disciplinado na Lei nº 13.019/14 nos arts. 23 a 32.

[62] Art. 33 a 38 da Lei nº 13.019/14.

[63] Art. 39 a 40 da Lei nº 13.019/14.

[64] Art. 63 a 72 da Lei nº 13.019/14.

municipal), o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a sociedade também são agentes fiscalizadores das atividades do setor não lucrativo.

2.3.1. Controle interno das Entidades

Neste subcapítulo, a expressão controle interno em nada se assemelha à previsão constitucional de que cada órgão deve instituir o seu controle interno. Tratam-se de mecanismos de controles desenvolvidos dentro da própria entidade com o objetivo de prevenir riscos e monitorar os processos dando maior credibilidade de suas atividades à sociedade.

Se no setor lucrativo a imagem da instituição é imprescindível para sua própria existência, dadas as exigências dos consumidores por padrões de qualidade e comprometimento social, com maior razão a imagem das organizações não lucrativas é fundamental para sua continuidade. Isto porque os recursos para a consecução de suas atividades dependem de persuasão, ou seja, a credibilidade da organização é que atrai doações privadas, o trabalho voluntário, bem como os investimentos do primeiro setor por meio de renúncias de receitas ou repasses.

A adoção de políticas de *compliance, accountability* e de transparência perante a sociedade, atuando de maneira sustentável e responsável do ponto de vista social são formas de controles internos da organização. Todavia, como estes temas já foram abordados no capítulo terceiro deste trabalho, para evitar uma enfadonha repetição, neste tópico serão estudados mecanismos de controles internos mais específicos.

A constituição de um órgão colegiado independente e capacitado com a função de apreciar as contas da entidade é fundamental para evitar arbitrariedades dos dirigentes. No texto inicial da Lei nº 13.019/14, no inciso II do art. 33, exigia-se para a celebração das parcerias que a organização da sociedade civil tivesse a revisão de um conselho fiscal ou equivalente dotado de atribuições para opinar sobre os relatórios financeiros, contábeis e patrimoniais realizados. No entanto, este dispositivo foi expressamente revogado pela Lei nº 13.204/15.

O conselho fiscal foi inicialmente previsto pela lei das sociedades anônimas – Lei nº 6.404/76, o qual tem atribuição de denunciar erros, fraudes ou crimes que vier a ter conhecimento. A previsão em epígrafe visa proteger os acionistas

minoritários, e de maneira semelhante deveria ser obrigatório para as organizações sem fins lucrativos diante do interesse social envolvido.

Nunes (2006) defende que mais que uma atribuição os membros do conselho fiscal de organizações do terceiro setor que tomarem conhecimento de crime possuem o dever de comunicar o Ministério Público, com fulcro no art. 27 do Código de Processo Penal, em face do *múnus* público que exerce.

A auto-regulação também é fundamental para o bom andamento das atividades da organização sem fins lucrativos. A sujeição desta a um código de ética acarreta em maior credibilidade perante a sociedade.

A capacitação e qualificação dos gestores da entidade também são importantes para um melhor gerenciamento, devendo ser promovidos cursos de capacitação constantes aos dirigentes e colaboradores.

Outra ferramenta importante de controle interno é a correta escrituração contábil e demonstrativos fidedignos da situação da entidade.

A NBC T 10.19[65] aplica-se especificamente às entidades do terceiro setor, e por suas disposições, verifica-se que estas também se sujeitam aos Princípios Fundamentais de Contabilidade e demais Normas Brasileiras de Contabilidade com suas devidas adaptações.

No aspecto contábil, embora não seja obrigatória, a segregação dos fundos na contabilização (OLAK; NASCIMENTO, 2006) é imprescindível para uma gestão transparente.

Por fim, com o fito de prevenir eventuais problemas na execução dos projetos, as parcerias com o Estado, sob o ponto de vista das OSCs devem contemplar três critérios de análise, como expõe Takeshy (2007, p. 166-167): *critério econômico-financeiro:* análise da periodicidade dos relatórios e das prestações de contas e cronogramas de desembolsos; *dependência x autonomia:* verificação de até que ponto o projeto trará uma relação de dependência à organização; e *estratégia organizacional*: a parceria deve estar coerente com a estratégia institucional previamente definida.

---

[65] Normas Brasileiras de Contabilidade: NBC T – 10 Aspectos contábeis específicos em entidades diversas. NBC T – 19 Entidades sem finalidade de lucros.

2.3.2. Administração Pública

Trata-se do controle pelo órgão ou entidade pública concedente do repasse. A administração pública, para fins da Lei nº 13.019/14 (art. 2º, II), compreende todos os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias.

No controle prévio, cabe a administração pública a adoção de critérios objetivos e eficientes na escolha da organização da sociedade civil. Neste quesito o novo marco regulatório apresentou avanços ao tornar obrigatório o chamamento público para a seleção da entidade, salvo nas hipóteses de dispensas e inexigibilidades previstas na própria lei. O instituto é disciplinado na seção VIII do capítulo II e obriga a administração pública a adotar procedimento claros, objetivos e simplificados além de critérios a serem seguidos quanto aos objetos, metas, custos e indicadores quantitativos ou qualitativos de avaliação de resultados.

O edital do chamamento público deverá ser divulgado no sítio oficial do órgão ou entidade estatal, com antecedência mínima de trinta dias, contendo necessariamente: a programação orçamentária, o objeto da parceria, datas, prazos, condições, local, formas de apresentação das propostas, valor, condições, minuta do instrumento, datas, critérios de seleção e julgamento das propostas e condições para interposição de recursos.

Além de um procedimento objetivo para a escolha da entidade, deve o poder público verificar a capacidade desta em cumprir as metas estipuladas no projeto como forma de controle prévio ou preventivo da parceria. Sob este aspecto, a Lei nº 13.019/14 dispõe de uma séria de requisitos para a celebração do ajuste (art. 33 a 35), os quais consistem na existência mínima de um, dois ou três anos, a depender da esfera governamental, escrituração segundo os princípios fundamentais de contabilidade, experiência prévia na realização do objeto da parceria, instalações físicas, dentre outros. Ainda no controle prévio, os arts. 39 e 40 cuidam das vedações para a celebração da parceria, sendo impedidas, a título exemplificativo, as entidades que não prestarem contas da parceria anterior, tenham contas rejeitadas pela administração pública nos últimos cinco anos, ou ainda, julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas de sua esfera da Federação.

No tocante ao controle concomitante, as atividades de monitoramento e avaliação, tratadas no art. 58 e seguintes, poderão ser realizadas com o apoio técnico de terceiros e resultarão num relatório técnico que conterá uma descrição resumida das atividades e metas da parceria, cumprimento das metas e indicadores estabelecidos no plano de trabalho, valores transferidos e análise dos documentos relativos às despesas realizadas. Este relatório deverá ser submetido a uma comissão de monitoramento e avaliação designada.

Por fim, no controle posterior à execução do objeto do projeto, deve a administração pública estabelecer critérios objetivos para a avaliação do desempenho da organização da sociedade civil, tendo em vista a qualidade dos serviços prestados e o cumprimento das metas pré-estabelecidas, priorizando-se, desse modo, o controle dos resultados, não se restringindo a análise de aspectos contábeis, cronograma ou outros puramente legalistas. Para tanto, é importante que o poder público disponha de um corpo técnico capacitado para a análise da prestação de contas e do objeto da parceria.

A Lei nº 13.019/14 disciplina a prestação de contas da organização da sociedade civil à administração pública entre os arts. 63 a 72. Os prazos para a apresentação das contas são estipulados no instrumento de parceria e compete à administração pública o fornecimento de manuais para a orientação das organizações parceiras.

É válido destacar que os pareceres técnicos acerca das prestações de contas devem avaliar a eficácia e efetividade da execução da parceria, devendo obrigatoriamente avaliar: os resultados, impactos econômicos ou sociais, grau de satisfação do público-alvo e sustentabilidade das ações após o término do pactuado (§ 4º do art. 67).

Com o fito de responsabilizar os dirigentes de organizações do terceiro setor que desviarem recursos públicos, deve o administrador público que tomar conhecimento de qualquer irregularidade comunicar os órgãos de fiscalização, a saber: o Tribunal de Contas e o Ministério Público, sob pena de omissão (NUNES, 2006).

2.3.3. Ministério Público

A maioria dos historiadores consideram que o nascimento formal do Ministério Público foi durante o reinado de Felipe IV (1285-1314) na França com a Ordenança de 25 de março de 1302, inicialmente, com o objetivo de reagir ao poder dos senhores feudais.

No Brasil, as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 utilizavam a expressão “Promotor de Justiça”. Porém, apenas com o Código de Processo Penal do Império de 1832 foram atribuídas funções aos promotores públicos, especialmente a de denunciar os crimes públicos.

As Constituições de 1934, 1946 e 1967 fizeram referência expressa ao Ministério Público, no entanto, é a partir da Constituição Federal de 1988 que este passa a defender propriamente o interesse público primário, e não o interesse do Poder Executivo, o qual passou a ser incumbência da Advocacia Geral da União no âmbito federal e das procuradorias nos âmbitos estaduais e municipais.

A Constituição no art. 127 conferiu ao membro do *parquet* a função de atuar em defesa dos interesses sociais, buscando atender às necessidades da sociedade brasileira.

Há duas maneiras distintas de fiscalização do Ministério Público no terceiro setor. A primeira em relação ao velamento das fundações com subsidio no art. 66 do Código e Civil e a segunda quanto ao controle das demais organizações sem fins lucrativos constituídas sob a forma de associações. Nesse sentido, Paes (2010, p. 27) conceitua o terceiro setor como “o conjunto de iniciativas da sociedade civil organizada, visando ao desenvolvimento social” podendo assumir as formas jurídicas de associação ou fundação pelo Direito Civil as quais:

> [...] com solidariedade, ética e responsabilidade social amparadas no amor ao próximo e na perseverança das pessoas naturais que as integram e administram, crescem e se apresentam hoje como fator indissociável para o desenvolvimento do País.

A fiscalização das fundações privadas está prevista entre os artigos 62 a 69 do Código Civil e deve ser abrangente o suficiente para verificar se a gestão dos dirigentes alcança os objetivos do instituidor.

No Estado de São Paulo as prestações de contas das fundações privadas devem ser encaminhadas anualmente à Promotoria de Justiça de Fundações por meio do SICAP – Sistema de Cadastro e Prestação de Contas.

Com relação às demais entidades do terceiro setor que não adotem a forma de fundação, também cabe o controle finalístico do Ministério Público com fulcro da tutela dos interesses difusos e coletivos, previstos no inciso II do art. 129 da Constituição Federal. Como esclarece Nunes (2006, p. 126):

> [...] a defesa do Patrimônio Público é a mais justificável razão para que o Ministério Público venha a instaurar Inquérito Civil e Ações Civis Públicas relacionadas com entidades de Interesse Social. Entretanto, as referidas entidades também são instrumentos para a consecução dos serviços de relevância pública. Assim, submetem-se à fiscalização do Ministério Público quanto ao efetivo respeito à Constituição no desempenho desse mister. As entidades de Interesse Social também lidam com outros interesses difusos e coletivos, como a Infância e Juventude, Proteção ao Deficiente Físico etc.

A mesma autora elenca outros instrumentos além do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública de que dispõe o Promotor de Justiça no controle do terceiro setor como o mandado de segurança, as ações cautelares ou até mesmo a ação de prestação de contas contra o dirigente da entidade. Pode também solicitar judicialmente a quebra do sigilo fiscal e bancário durante a investigação ou processo judicial.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o controle pelo Ministério Público das organizações sem lucrativos constituídas sob a forma de fundação é ordinário, enquanto que o controle das organizações associativas é provocado, a partir do conhecimento de denúncias e irregularidades.

2.3.4. Tribunal de Contas

A Constituição Federal, em seu art. 70, atribui ao Congresso Nacional a função atípica de exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e respectivas entidades da administração direta e indireta, mediante o controle externo. Tal incumbência é exercida com o auxílio[66] do

---

[66] Há uma discussão doutrinária intensa quanto à posição dos Tribunais de Contas atualmente no sentido de este ser apenas um órgão auxiliar do Poder Legislativo ou de ter autonomia para decidir e

Tribunal de Contas da União, cujas competências estão preceituadas no art. 71 da Carta Magna.

Pelo princípio da simetria constitucional, os Estados-membros devem adotar o modelo delineado pela União. Assim, a Constituição do Estado de São Paulo de maneira análoga atribui o controle externo à Assembleia Legislativa que contará com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP. Neste sentido, Mello (1994, p. 117):

> Todas as disposições constitucionais atinentes ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização incumbentes aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal – cujos membros designam-se Conselheiros e serão em número de sete – bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, atendidas as disposições estabelecidas nas respectivas Constituições estaduais (art. 75 e parágrafo único).

De acordo com o parágrafo único do art. 32 da Constituição Estadual devem prestar contas "qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos [...]".

> Os *Tribunais de Contas* são instituições tradicionais de controle externo dos atos da Administração, com antecedentes que remontam à Idade Média, tendo sido desenvolvidos principalmente na França (*cous de comptes*) , Itália (*corte dei conti*) e outros países, como Alemanha e Bélgica, cada um com configurações próprias de autonomia (no Brasil, é órgão auxiliar, mas distinto, do Legislativo) e que pode aqui ser definido como órgão administrativo, parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer o controle externo, fático e jurídico sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, com decisões sem a definitividade jurisdicional. (ARAÚJO, 2010, p. 1205).

Por se tratar de um Tribunal Administrativo, suas decisões estão sujeitas ao controle jurisdicional exercido pelo Poder Judiciário.

---

ter sua decisão vinculada nos aspectos financeiros, orçamentários, patrimoniais e contábeis tendo em vista sua capacidade técnica para emitir juízos sobre tais matérias. Contudo, optou-se pela expressão auxílio por ser aquela utilizada na Constituição Federal e Constituições Estaduais independente do significado que esta alcance nos dias atuais já que a questão em muito se distancia do objeto de pesquisa aqui apresentado.

Qualquer cidadão, partido político, associações ou sindicatos possuem legitimidade para denunciar irregularidade ou ilegalidades perante a Corte de Contas, consoante a literalidade do § 2º do artigo 74 da Carta Constitucional.

A prestação de contas da parceria firmada entre o poder público e a organização do setor não lucrativo ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo será objeto de estudo do último capítulo desta dissertação.

2.3.5. Controle Social

O princípio democrático está diretamente ligado à participação política, isto é, a participação dos destinatários do poder. Todo poder emana do povo como estabelece a Carta Magna assegurando a participação popular indireta na democracia representativa, e diretamente nos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular[67]. Além disso, a participação é garantida em órgãos colegiados com atribuições de políticas públicas, como os Conselhos de Estado, de que são exemplo o CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social e o CONANDA - Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A Lei Maior reconhece a participação popular em diversos dispositivos constitucionais, como no art. 10 que assegura a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos, no inciso VII do art. 194 com a participação dos órgãos colegiados na Seguridade Social, no inciso III do art. 198 em que a participação da comunidade é uma diretriz fundamental das ações e serviços públicos de saúde, ou ainda, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a disciplina das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta (art. 3º).

A participação dos cidadãos na formulação de políticas públicas pode ser exercida de maneira individual ou associada e não se confunde com o controle público exercido por estes cidadãos, o qual aqui denominamos de controle social. A principal distinção destes institutos reside no momento em que ocorrem, pois a participação é anterior a tomada de decisão, enquanto a atividade de controle pressupõe a existência de uma decisão

---

[67] Parágrafo único do art. 1º e art. 14, incisos I, II e III da CF.

Segundo Britto (2015, p. 1-6) o controle social do poder é uma forma do exercício do direito de cidadania e como corolário é um direito público subjetivo, diferenciando-se da participação social que é expressão de poder político. Assim, enquanto o controle é exercido após a externalização do ato administrativo, como por exemplo, na verificação do cumprimento das cláusulas de um contrato administrativo, a participação popular é exercida em conjunto com o Poder Público na criação das regras de interesses gerais.[68]

Em síntese, a soberania que antes se fundamentava no Estado desloca-se para o povo, consagrando-se a soberania do regime democrático. Para que a atuação do Estado seja legítima e não apenas legalista, voltada para satisfazer o interesse social, com fulcro no princípio da boa administração pública, Moreira Neto (2015, p. 5) destaca três orientações institucionais: o fomento público, a participação popular e a colaboração social na gestão pública.

Segundo Siraque (2004, p. 12) o controle social é aquele exercido pelos cidadãos ao fiscalizarem as atividades do Estado, ou seja, cuida-se aqui do direito à prestação de contas da *res pública.*

Uma vez diferenciados os conceitos de participação popular e controle social para fins informativos, neste subcapítulo destacam-se tanto a participação quanto o controle social na formulação e implementação de políticas públicas nas parcerias com o terceiro setor.

Os Consultores da CONAM (Consultoria em Administração Municipal Ltda.) que prestam assessoria em diversas prefeituras no Estado de São Paulo ao tratarem dos contratos de gestão amplamente difundido na área da saúde lecionam que (2008, p. 15):

> A contratualização na administração pública pode ser utilizada como mecanismo de planejamento e avaliação de desempenho das organizações públicas, mas apenas naquelas atividades cuja natureza econômica permita

[68] Para este mesmo autor (2015, p. 7) “[...] não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando constitucional que força o Estado a olhar para trás. A parte privada, o grupo, ou o conjunto da sociedade, nenhum deles pretende fazer da liberdade ou da cidadania um elemento de anulação do poder político, à base do ‘cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta’. O objetivo colimado não é fazer ‘oposição’ ao Governo – convenhamos – mas, ‘negociar’ com ele a produção de uma nova regra jurídica pública. Aqui, uma emanação da soberania popular, e, destarte, poder. Ali, uma emanação da cidadania, ou da liberdade e, portanto, direito”.

> a implementação desses instrumentos sem riscos para a efetividade das políticas públicas. O contrato de gestão, assim, não virá em substituição da relação hierárquica, necessária num ambiente político que se proceda a uma ampla 'feudalização' dos espaços de Poder. Para que se evite essa tendência disfuncional, é requisito essencial que a sociedade seja convidada a participar da gestão desses contratos, de modo a assegurar o controle social e externo da gestão estatal e a satisfação dos interesses dos usuários.

O art. 11 da Lei das OSCIPs no âmbito federal (Lei nº 9.790/1999) previu expressamente o acompanhamento e fiscalização do Conselho de Políticas Públicas do termo de parceria firmado entre o Poder Público e uma OSCIP.

> Em suma, dada a extrema e crescente importância do Terceiro Setor, o controle sistemático dessa modalidade de cooperação entre o Poder Público e a sociedade deve ter presente que aqui se encontra uma das mais promissoras fontes de mobilização articulada e transparente de forças voluntárias. As mesmas forças que mantêm vívidas as perspectivas de viabilização de um caminho que não conduz ao assistencialismo paternalista, nem afasta o Estado de seu papel irrenunciável, tampouco reduz o cidadão a espectador/vítima da guerra 'desregulatória' de todos contra todos. (FREITAS, 2009, p. 453).

Privilegiando a participação popular, a Lei das Organizações Sociais (art. 3º da Lei nº 9.637/98) estipulou que o Conselho de Administração deve ser composto de até 10% de membros eleitos dentre os associados, no caso de associação e 10% de membros indicados ou eleitos na forma do estatuto e entre 10% a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral.

O novo marco regulatório do terceiro setor reconhece expressamente a participação social como direito do cidadão no art. 5º, criando o PMIS (Procedimento de Manifestação de Interesse Social) como instrumento para concretizar a participação[69].

O mesmo diploma legal ao tratar do monitoramento e avaliação das metas e objetivos do ajuste, previu que na hipótese de o prazo da parceria ser superior a um ano, sempre que possível, será realizada uma pesquisa de satisfação com os beneficiários de modo que o resultado dessa avaliação também sirva de subsídio ao relatório técnico de monitoramento e avaliação. Assim, contemplou o controle social

---

[69] Foi incluído no texto original dispositivo que veda condicionar a realização de chamamento público ou celebração de parceria à prévia realização de PMIS pela Lei 13.204/15.

como uma das maneiras de se proceder ao controle concomitante da execução do objeto da parceria.

O art. 60, por seu turno, explicitou o controle social da execução da parceria pelos conselhos de políticas públicas das áreas, aos quais incumbem as funções de acompanhar e fiscalizar, independente do controle exercido pela administração pública.

Logo, a participação e o controle social estão previstos na legislação do terceiro setor, no entanto, a positivação por si só não garante que sejam efetivos. Para tanto, é necessária também a capacitação dos envolvidos e, ainda, a divulgação dos dados referentes as parceria nos sítios oficiais do poder público concedente e das entidades, primando-se pelo princípio da transparência.

3. Os repasses ao terceiro setor no Estado de São Paulo à luz dos princípios da Lei nº 13.019/14

No contexto do neoconstitucionalismo há uma nova abordagem do papel da Constituição nos sistemas jurídicos dos estados, com enfoque aos direitos fundamentais e à força normativa da carta maior. Em relação aos princípios, antes vistos como meros instrumentos de inspiração e interpretação dos direitos, passam a ter força cogente e compõem em conjunto com as regras as normas jurídicas que regem a sociedade.

Sob este prisma, Justen Filho (2011, p. 108-109) esclarece:

> Uma das maiores preocupações da doutrina dos últimos anos envolveu a natureza e a relevância dos princípios jurídicos. Tornou-se inquestionável sua natureza normativa, e os princípios deixaram de ser considerados como propostas irrelevantes, destituídas de cunho vinculante.
> Os princípios obrigam, talvez em termos mais intensos do que as regras. Já se disse que infringir um princípio é mais grave do que descumprir uma regra. Isso deriva de que o princípio é uma síntese axiológica: os valores fundamentais são consagrados por meio de princípios, que refletem as decisões fundamentais da Nação. A regra traduz uma solução axiológica, que pode concretizar-se em diversas alternativas concretas.

Neste capítulo serão feitas algumas considerações quanto aos repasses financeiros ao terceiro setor realizados no Estado de São Paulo à luz dos princípios preconizados na nova lei em seu artigo 5º. Este dispositivo legal fornece os fundamentos e princípios aplicáveis às parcerias entre a administração pública e as OSCs.

Como já observado em momento anterior, a abrangência da Lei nº 13.019/14 é nacional e aplica-se, portanto, às parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil no Estado de São Paulo.

É importante frisar que os repasses aqui considerados excluem os efetuados pela Prefeitura Municipal de São Paulo. Esta exclusão deve-se ao fato de os dados aqui utilizados e a prestação de contas analisada se referirem ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual não é o órgão competente para verificação das

contas do município em epígrafe, o qual pertence à jurisdição do Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP[70].

Pela literalidade do artigo 5º da Lei nº 13.019/14 os fundamentos que devem nortear as parcerias, a saber: gestão pública democrática, participação social, fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos. Todos estes fundamentos foram destacados no subcapítulo do controle social das organizações do terceiro setor, e com relação à transparência, dada sua íntima relação com o ***princípio da publicidade***, será analisada em conjunto com este e verificado se na prática os municípios estão divulgando os repasses em seus sítios oficiais, sendo escolhida a amostra da região do grande ABCD (Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e Diadema).

A publicidade consiste na "divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos" (MEIRELLES, 2012, p. 97). Não se trata de um elemento do ato, mas de um requisito de eficácia, com o fim de dar conhecimento e propiciar o seu controle por qualquer interessado. Para as organizações do terceiro setor também é exigida a publicidade de seus atos.

Como corolário do princípio da publicidade a transparência como forma de dar visibilidade ao ato também está prevista como fundamento no mesmo artigo 5º da Lei nº 13.019/14.

Assim, a divulgação dos atos praticados pela gestão da entidade não lucrativa não é suficiente, fazendo-se necessária também que a informação seja acessível, clara e compreensível a todos os cidadãos[71].

No tocante à transparência, o novo marco regulatório do terceiro setor determina que a administração pública deve manter em seu sítio oficial na internet a relação de todas as parcerias com os seus respectivos planos de trabalho até cento e oitenta dias após a finalização[72].

---

[70] Embora o § 4º do art. 31 da Constituição Federal de 1988 tenha proibido a criação de Tribunais de Contas Municipais, aqueles que já existiam permaneceram a exemplo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo criado em 1969.

[71] A transparência é um paradigma na Lei nº 12.527/11 - Lei de Acesso a Informação, a qual se aplica no que couber às entidades do terceiro setor que recebam recursos públicos, por disposição expressa do artigo 2º.

[72] Artigo 10.

Quanto à organização da sociedade civil incumbe a divulgação na internet e em locais visíveis de suas sedes e estabelecimentos de todas as parcerias celebradas com a administração pública[73].

As informações que deverão constar nestas divulgações deverão conter no mínimo: data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável, nome da OSC e CNPJ, descrição do objeto, valor total da parceria e totais liberados, situação da prestação de contas e remuneração da equipe de trabalho quando forem utilizados para tanto os recursos da parceria.

Conforme proposto na introdução deste trabalho, com a finalidade de verificar se os repasses financeiros ao terceiro setor estão sendo divulgados pelas prefeituras municipais, foram consultados os sítios oficiais dos municípios da região do grande ABCD, por meio do navegador *Google Chrome*, durante o mês de julho de 2017, isto é, seis meses após a entrada em vigor do novo marco regulatório do terceiro setor. Constatou-se que nenhuma delas divulgava a rigor todas as informações mínimas preconizadas *ipsis litteris* no parágrafo único do artigo 11 do diploma legal em comento.

As impressões quanto às consultas realizadas nos sites foram sintetizadas conforme segue:

Prefeitura Municipal de Santo André: na página inicial há um ícone denominado “informações e transparência”, dentro do qual é aberto um novo *link* para a visualização dos repasses concedidos. Neste, constam as relações de todos os repasses concedidos desde 2012, com a disponibilização de arquivos em *pdfs* separados por ano. Nos arquivos constam informações quanto ao tipo de ajuste, nome da entidade e CNPJ, fonte de recursos e o valor total de ajuste.

Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo: na página inicial há um *link* para o portal da transparência, no qual, para a verificação das despesas há um ícone apenas para os convênios. As informações fornecidas são: número, ano, nome da entidade, objeto, início e fim, não havendo, portanto, qualquer menção

[73] Artigo 11.

quanto ao valor do ajuste. Nota-se que na medida em que os convênios finalizam, vão sendo retirados da relação. O convênio mais antigo que constava da relação havia sido finalizado em julho, o que atende o artigo 10 da Lei nº 13.019/14 que exige a divulgação em até 180 dias do encerramento.

Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul: a página inicial dispõe de um *link* para o portal de transparência, e neste, os repasses ao terceiro setor estão na opção "Contas Públicas". No entanto, a disponibilização é somente em relação às leis que autorizam os repasses ao terceiro setor, com a relação das beneficiárias na própria legislação, não havendo a divulgação dos ajustes propriamente ditos.

Prefeitura Municipal de Diadema: dentre os sítios visitados, este foi o mais acessível e amigável em relação ao cidadão comum, um que vez que o *link* para os convênios dentro do portal da transparência municipal permite a busca avançada dos ajustes, por ano, entidade beneficiada, ou ainda, Secretaria a qual o repasse é vinculado. As informações disponibilizadas são desde o ano de 2011, contendo: ano, CNPJ e nome da beneficiária, número do processo e Secretaria. No entanto, para se verificar o valor do repasse, é necessária uma outra forma de navegação por intermédio do ícone despesa, o que dificulta um pouco o acesso ao público leigo.

De um modo geral, na extensão da amostra selecionada, as Prefeituras divulgam os dados relativos aos repasses financeiros ao setor não lucrativo, atendendo ainda que parcialmente aos princípios da publicidade e transparência.

O novo marco regulatório prevê expressamente o ***princípio da legalidade***. Também previsto no *caput* do artigo 37 da CF como princípio da administração pública implica o dever do administrador público de agir conforme a lei e o direito. Não se trata aqui de mera faculdade, diferenciando-se do princípio da legalidade em relação aos particulares, os quais podem fazer tudo aquilo que a lei não proíba. Para o administrador público, só é permitido fazer o que a lei autoriza. Meirelles (2012, p. 91) esclarece que "as leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública* e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários". Logo, sua observância é um poder-

dever do qual o desvio além de invalidar o ato praticado, sujeita o infrator à responsabilização disciplinar, civil e até mesmo penal.

No entanto, considerando que as entidades do terceiro setor possuem natureza híbrida, qual seria a concepção do princípio da legalidade expressamente previsto na legislação? Neste caso, a interpretação deve ser feita de acordo com o princípio aplicável ao administrador público, tendo em vista a finalidade pública das atividades destas organizações? Ou ainda, por terem a natureza privada, estariam mais próximas à observância da legalidade do particular ao qual é facultado fazer tudo aquilo que a lei não veda? Parece que a primeira alternativa é a melhor solução. No mesmo sentido:

> Nas OSCIP e indubitavelmente em todas as entidades de interesse social o princípio da legalidade deve ser observado. Os integrantes das entidades, associados ou membros, dirigentes ou Conselheiros em todas as suas atuações, quer no âmbito de uma assembleia geral, quer no seio de um Conselho Curador ou Fiscal, quer no exercício de uma Diretoria Administrativa, têm como condicionante à sua liberdade ou vontade pessoal a obediência às normas estatutárias da entidade. Norma estatutária que é lei para a entidade. É certo também que o princípio para uma OSCIP ou para uma associação ou fundação é muito mais amplo do que a mera sujeição do administrador em sentido lato ao estatuto, pois está ele obrigado à lei e evidentemente ao Direito, ao ordenamento jurídico, e às normas e princípios constitucionais. (PAES, 2005, p. 5).

Portanto, a legalidade a que se sujeita o dirigente da organização do terceiro setor assemelha-se à legalidade do administrador público.

Quanto ao ***princípio da legitimidade***, pode-se dizer que está intrinsecamente relacionado com o princípio democrático, ou ainda, como fundamento do Estado Democrático de Direito nos moldes do artigo 1º da Constituição Federal. Desta feita, há o reconhecimento de que o poder emana do povo sendo o interesse da coletividade e as necessidades sociais que legitimam o poder estatal.

Para Moreira Neto (2008, p. 46) que considera a legitimidade como um dos paradigmas da administração pública moderna[74] tem-se que:

---

[74] Para este autor são quatro os paradigmas da administração pública atual: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados (2008).

> [...] sob o prisma da legitimidade serão constitucionais as ações públicas de prestação que respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais. Ao revés, serão inconstitucionais as ações públicas de prestação que não respeitem esses limites.

Transportando-se o princípio da legitimidade às organizações da sociedade civil pode-se afirmar que o fim social para o qual são instituídas consiste na própria razão de existir destas entidades, as quais nascem fundadas neste princípio e não podem dele se afastar no desenvolvimento de suas atividades.

Em outras palavras, a atuação de uma entidade privada voltada para o interesse privado a descaracteriza por si só como pertencente ao terceiro setor.

Já o ***princípio da impessoalidade***, inicialmente previsto no artigo 37, *caput,* da CF, como um dos princípios da administração pública, pode ser estudado sob dois aspectos: um do ponto de vista do administrado e outro sob a ótica do administrador. Na primeira perspectiva, o princípio se aproxima da finalidade pública norteadora da administração, de modo que esta não pode beneficiar ou prejudicar alguém. Por outro lado, a impessoalidade faz com que os atos administrativos sejam imputados à administração e não ao funcionário que o executou.

Assim, novamente, aproximando-se o princípio aplicável a administração pública no contexto do terceiro setor, decorre que os beneficiários das atividades devem estar em pé de igualdade, não se permitindo distinção já que a finalidade pública deve também nortear a atuação do terceiro setor. Já com relação aos atos praticados pelos empregados da OSC, não se imputam a eles, mas sim ao órgão que manifestou a vontade da entidade como, por exemplo, o Conselho Curador.

Segundo Paes (2005, p. 5), “a impessoalidade implica o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador”.

A compreensão do ***princípio da moralidade*** requer a distinção entre moral e direito, pois, caso parta-se da percepção de que o direito e a moral se correspondam o princípio da moralidade seria sinônimo do princípio da legalidade.

Di Pietro (2014, p. 77) expõe que a moral e o direito podem ser representados por dois círculos concêntricos em que o maior corresponde à moral e o menor ao direito. “**Licitude** e **honestidade** seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *nomomne quod licethonestum et* (nem tudo o que é legal é honesto)”.

Logo, quando se verificar que a atuação da OSC embora esteja em conformidade com o estatuto, ofenda a moral, aos bons costumes, ou ainda, aos princípios de justiça e equidade estará em desacordo com o princípio da moralidade, podendo acarretar na invalidade do ato.

Outros princípios igualmente aplicáveis aos ajustes com o terceiro setor são o da eficiência, eficácia e economicidade, sendo estes últimos a própria razão de ser das parcerias entre o setor público com o privado, uma vez que é sob o fundamento de este último ser mais eficiente, eficaz e econômico na gestão dos recursos e oferecimento dos serviços à sociedade é que se justifica a descentralização.

O ***princípio da eficiência*** foi inserido no artigo 37 *caput* da Constituição Federal em 1998 por meio da Emenda Constitucional nº 19, sendo posteriormente enfatizado com a Emenda Constitucional nº 45 em 2004 que assegurou a razoável duração do processo nos âmbitos judicial e administrativo como um direito fundamental.

Cuida-se aqui da exigência de que a atividade administrativa tenha os atributos da presteza, perfeição e rendimento funcional como esclarece Meirelles (2012, p. 102), não bastando a observância dos preceitos legais, exigindo-se "resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".

Segundo Di Pietro (2014, p. 84):

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Considerado por Moreira Neto (2008, p. 111) como um paradigma para a administração pública, a eficiência estaria ligada a ideia de funcionalidade do Direito Público, assim:

> Como o Estado tem razão de existir e como missão constitucional servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais, é evidente que a teoria funcional do Direito Público se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencional ou retoricamente satisfaçam a essa vocação.

Em outras palavras, a eficiência requer a escolha do melhor meio para se obter os melhores resultados, sob os aspectos tanto quantitativos quanto qualitativos, devendo nortear a atuação das organizações sem fins lucrativos. O administrador de uma OSC deve atuar com presteza, perfeição e rendimento funcional no intuito de alcançar os melhores resultados na consecução das finalidades estatutárias.

O ***princípio da eficácia*** é um corolário do princípio da eficiência, e apesar da imprecisão do termo na doutrina, de um modo geral há um razoável consenso de que um ato eficaz seja aquele que produziu os efeitos jurídicos esperados. Nesta perspectiva, a eficiência iria além da eficácia, pressupondo a produção dos efeitos dos atos com os melhores meios para a obtenção dos melhores resultados.

De qualquer forma, a legislação do terceiro setor exige expressamente que a atuação das organizações não lucrativas seja eficaz e eficiente.

De modo análogo ao princípio da eficácia, a ***economicidade*** também corresponde a uma das facetas do princípio da eficiência e deve ser aplicado aos administradores das organizações sem fins lucrativos por determinação explícita.

Atuar com economicidade é observar a relação custo-benefício, ou seja, que os recursos empregados tenham sido os mais econômicos e vantajosos à entidade, sem comprometer os resultados. Nas palavras de Paes (2005, p. 7):

> Sintetizando, economicidade traduz antes de tudo um compromisso econômico com o cumprimento de metas governamentais, inseridas na equação custo e benefício, onde a eficiência e a eficácia estão introduzidas como finalidade última de toda e qualquer receita destinada a um interesse público.

Embora de fácil compreensão em termos teóricos, este princípio é bastante complexo na prática, especialmente, considerando que os órgãos públicos de um modo geral ainda não adotaram a contabilidade de custos. Se a administração pública sequer é capaz de mensurar os custos dos serviços prestados à população, quiçá compará-los com os custos envolvidos nos repasses ao terceiro setor.

Observa-se na prática que a demonstração da viabilidade das transferências ao terceiro setor são feitas em bases estimativas.

Nesta pesquisa, buscaram-se estudos que comprovassem a economicidade dos repasses financeiros ao terceiro setor em relação à prestação dos serviços públicos pela própria administração pública, e ao menos quanto à divulgação destes na rede, verificou-se que são escassos.

No âmbito do Estado de São Paulo, foram localizados dois estudos específicos para a área da saúde que se dignaram a este fim.

Um deles foi desenvolvido por servidores da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, que compararam os resultados dos hospitais gerenciados pela administração direta do Estado de São Paulo com aqueles geridos por Organizações Sociais, as quais correspondiam a 52% de um total de 81 hospitais públicos estaduais em 2013. A pesquisa revelou os seguintes resultados:

> Os hospitais administrados pelas Organizações Sociais de Saúde apresentaram melhores resultado quanto ao tempo médio de permanência, à taxa de ocupação, à renovação de leitos, à utilização de sala de operação, à taxa de cesáreas, à taxa de cesáreas em primíparas e à infecção hospitalar. Conclusões: Os resultados obtidos são similares aos estudos comparativos anteriores que demonstram melhor desempenho, produtividade e qualidade pelas unidades administradas pelas Organizações Sociais de Saúde. (RODRIGUES; BITTAR; MAGALHÃES; MENDES, 2015).

Assim, o estudo demonstra os resultados no “atacado” e não no “varejo” comparando os resultados de um modo geral e não especificamente para cada parceria.

Outro estudo disponibilizado na internet refere-se a um trabalho de uma das diretorias do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que comparou a gestão de seis hospitais, três gerenciados pela administração direta do Estado de São Paulo e três por Organizações Sociais. Neste trabalho, diante da pequena representatividade da amostra e da não apuração por métodos criteriosamente estatísticos, partindo-se apenas das informações prestadas pela origem, os resultados apresentados não tiveram o condão de apreciar a maior eficiência de uma ou de outra gestão,

elencando apenas semelhanças e diferenças que apresentaram um determinado padrão. Sinteticamente, alguns dos resultados apresentados foram[75]:

- "A capacidade hospitalar instalada (leitos existentes) dos hospitais das OSS é maior.
- Os hospitais da AD possuem quantidade maior de equipamentos de diagnóstico por imagem.
- Os hospitais das OSS possuem quantitativo maior de equipamentos por métodos ópticos.
- O quadro da categoria "assistência social" é maior nos hospitais da AD.
- O valor/hora proveniente das medianas de salários da categoria 'Diretor Técnico/Médico' é maior para os hospitais das OSS.
- A taxa de rotatividade das categorias 'enfermeiro', 'médico cirurgião-geral' e 'médico-pediatra' é maior nos hospitais da AD.
- Os hospitais das OSS possuem mais serviços especializados terceirizados.
- Indicador de Recursos Humanos: as relações enfermeiro/leito e médico/leito são maiores nos hospitais da AD.
- Indicador de Qualidade: a taxa de mortalidade geral é menor nos hospitais da AD".

Como já exposto, o novo marco regulatório do terceiro setor não revogou os termos de parceria firmados com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, tampouco os contratos de gestão com as Organizações Sociais. Nestes casos, as legislações estaduais aplicáveis são respectivamente a Lei nº 11.598/03 e a Lei Complementar nº 846/98.

No caso da LC nº 846/98 que rege os contratos de gestão, o artigo 8º determina que estes devam observar os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já com relação ao termo de parceria, o artigo 14 da Lei Estadual nº 11.598/03 diz que a Lei federal nº 9.790/90 aplica-se no que couber. Esta última, por

---

[75]Diretoria de Contas do Governador do TCESP. **Comparação de hospitais estaduais paulista: Estudo comparativo entre gerenciamento da administração direta e das organizações sociais da saúde.** São Paulo, 2010.

sua vez, regulamenta os termos de parceria no âmbito federal e prevê expressamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e economicidade em seu artigo 4º, inciso I.

Portanto, os princípios aplicáveis à administração pública são também aplicáveis ao terceiro setor de um modo geral.

No âmbito do Estado de São Paulo, em relação aos repasses estaduais ao terceiro setor, o Decreto nº 51.291/06 cria o CPATES (Cadastro de Parceiros do Terceiro Setor) e determina que todas as Secretarias de Estado, Fundações e Autarquias devem encaminhar ao Departamento de Controle e Avaliação da Secretaria da Fazenda todos os ajustes firmados com estas entidades. Por sua vez, o Decreto nº 51.346/06 com a finalidade de controlar e fiscalizar os recursos públicos geridos pelas entidades do terceiro setor, considerando os princípios da administração pública, estabelece que as transferências deverão ser feitas somente por intermédio da Conta Única do Sistema Integrado de Administração Financeira para Estados e Municípios – SIAFEM/SP.

Além dos princípios explicitados na legislação, é válido elencar aqui o princípio da subsidiariedade das parcerias público-privadas, o qual já foi explorado no histórico do próprio reconhecimento do terceiro setor pelo Estado.

As parcerias na área social das organizações do terceiro setor com o Poder Público, independente do instrumento a ser utilizado para tanto, devem estar embasadas nos princípios da subsidiariedade e economicidade. Afirma Regules (2006, p. 114-115) que:

> [...] o Poder Público não poderá lançar mão de instrumentos de ‘parceria’ se dispuser da prestação direta de serviços públicos de modo mais satisfatório, seja no aspecto quantitativo, seja em qualidade. Se a ‘parceria’ (convênio, termo de parceria, contrato de gestão) não resultar em prestação de serviço suficiente e adequado, o Poder Público deverá intervir para restabelecer a implementação de medidas administrativas que afirmem os direitos constitucionais consagrados no sistema constitucional.

Finalmente, conclui-se que ainda que não houvesse as disposições expressas na legislação do terceiro setor, tendo em vista o interesse social das organizações do terceiro setor seriam aplicáveis a elas os princípios da administração pública.

3.1. A relevância do terceiro setor diante do volume de recursos públicos que movimenta no Estado de São Paulo

Neste tópico serão trazidos alguns dados retirados do site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para fins ilustrativos e de observação de tendências.

Conforme informações consolidadas[76] pelo referido órgão, os repasses financeiros de origem municipal no Estado de São Paulo apresentaram os montantes da tabela – Repasses de origem Municipal. É importante esclarecer que foram considerados apenas os recursos que entraram no caixa da municipalidade, com exceção à Prefeitura de São Paulo, posto que a fiscalização desta é realizada pelo Tribunal de Contas do Município.

Repasses de origem Municipal - R$			
	2013	2014	2015
Recurso Federal	1.503.806.032,93	1.787.811.312,20	1.854.512.726,25
Recurso Estadual	134.173.449,97	200.972.145,82	180.654.860,74
Recurso Municipal	4.302.840.841,56	5.268.750.486,06	5.298.535.397,82
Total	**5.940.820.324,46**	**7.257.533.944,08**	**7.333.702.984,81**

Verifica-se que no Estado de São Paulo a transferência de recursos públicos às entidades sem fins lucrativos tem crescido paulatinamente com o decorrer dos anos. E ainda, nota-se que os valores repassados têm uma grande representatividade monetária, o que requer controle e fiscalização para que a utilização destes recursos seja revertida em benefícios para a coletividade.

Para se ter uma ideia da relação entre os repasses financeiros ao terceiro setor e o orçamento das prefeituras, bem como a destinação destes recursos nas diferentes funções de governo, foram elaboradas as tabelas a seguir expostas com base na relação dos empenhos dos arquivos disponibilizados no Portal da Transparência Municipal[77]: Utilizou-se como amostra a região do ABCD.

---

[76] Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/primeiro-terceiro-setores.

[77] Disponível em: http://transparencia.tce.sp.gov.br/.

Orçamento e repasses ao terceiro setor nos municípios do ABCD - R$						
	2014		2015		2016	
	Orçamento	Repasses ao 3º setor	Orçamento	Repasses ao 3º setor	Orçamento	Repasses ao 3º setor
Santo André	2.176.392.659,65	**324.186.894,90**	2.275.433.685,00	**320.080.725,40**	2.403.223.463,28	**351.708.021,98**
São Bernardo do Campo	3.557.315.145,81	**714.182.880,30**	3.656.875.829,88	**720.530.362,20**	3.810.561.311,27	**757.715.286,15**
São Caetano do Sul	1.090.838.695,14	**123.016.508,60**	1.209.865.372,93	**178.887.870,30**	1.273.987.223,63	**196.942.495,60**
Diadema	1.024.704.042,76	**86.056.817,64**	1.067.497.138,92	**83.676.776,69**	1.221.195.950,79	**96.102.544,55**

% dos repasses ao terceiro setor pelos municípios do ABCD em relação ao orçamento			
	2014	2015	2016
Santo André	14,90%	14,07%	14,63%
São Bernardo do Campo	20,08%	19,70%	19,88%
São Caetano do Sul	11,28%	14,79%	15,46%
Diadema	8,40%	7,84%	7,87%

Santo André – Repasses 2016	
Função	***Total R$***
Saúde	56.838.537,63
Educação	27.033.465,98
Assistência Social	7.544.048,87
Cultura	2.525.978,35
Desporto e Lazer	1.896.516,92
Transporte	250.000,00
Administração	13.996,80
Total	**96.102.544,55**

São Bernardo do Campo – Repasses 2016	
Função	***Total R$***
Saúde	683.905.371,00
Educação	52.577.810,22
Assistência Social	11.565.557,43
Desporto e Lazer	5.766.100,00
Transporte	3.435.747,50
Cultura	439.700,00
Comércio e Serviços	25.000,00
Total	**757.715.286,15**

São Caetano do Sul – Repasses 2016	
Função	***Total R$***
Saúde	190.276.888,20
Educação	3.684.185,40
Assistência Social	2.665.522,00
Segurança Pública	199.500,00
Cultura	116.400,00
Total	**196.942.495,60**

Diadema – Repasses 2016	
Função	***Total R$***
Saúde	56.838.537,63
Educação	27.033.465,98
Assistência Social	7.544.048,87
Cultura	2.525.978,35
Desporto e lazer	1.896.516,92
Transporte	250.000,00
Administração	13.996,80
Total	**96.102.544,55**

A partir destes dados, nota-se que a maior parte dos repasses públicos ao terceiro setor está concentrada na área da saúde, o que em regra é feito por meio de um contrato de gestão com uma OS, que por sua vez, foge da incidência da Lei nº 13.019/14 por expressa determinação do seu artigo 3º, inciso III.

Desta feita, os aprimoramentos nos controles e mecanismos de se medir a eficiência na gestão dos recursos repassados possuem maior relevância no contexto das legislações que versam sobre as Organizações Sociais.

3.2. A prestação de contas ao TCESP

O órgão ou entidade pública estadual ou municipal que efetuar repasses financeiros ao terceiro setor se sujeita à prestação de contas da gestão dos valores transferidos ao Tribunal de Contas correspondente.

A prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP é regida elas disposições das Instruções nº 02/2016. A disciplina em relação aos repasses para o terceiro setor constantes do Livro VI, seguindo a mesma lógica

das prestações de contas anuais dos administradores públicos em geral, divide-se em área estadual e área municipal.

As Instruções nº 02/2016 são posteriores à edição do novo marco regulatório do terceiro setor e, considerando que este último entrou em vigor em relação aos municípios somente a partir de 1º de janeiro de 2017[78], os artigos 182 a 187 trouxeram disposições transitórias neste interregno. Nestas, basicamente estipulou-se que os auxílios, subvenções e contribuições deveriam seguir as exigências da Lei Federal nº 4.320/64 e artigo 25 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), cujo processo autuado na origem deveria conter ao menos: plano de trabalho, lei autorizadora do repasse, estatuto social da beneficiária, justificativas quanto ao critério de escolha da entidade, notas de empenho, declaração de compatibilidade e adequação das transferências, termo de ciência e de notificação assinado pelas partes da tramitação do processo no TCESP e cadastro do responsável pelo órgão ou entidade pública.

O artigo 101 das Instruções define as modalidades de ajustes para o repasse de recursos públicos, os quais podem ser: contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração, termo de fomento e convênios, sendo estes últimos instrumentos tanto para os repasses com o terceiro setor quanto para os repasses para outros órgãos ou entidades públicas.

Em relação aos repasses em âmbito estadual, anualmente o órgão ou entidade pública estatal deverá encaminhar na mesma data da prestação de contas anual[79] a relação de todos os repasses financeiros ao terceiro setor e a relação dos contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração, termos de fomento, acordos de cooperação e atos jurídicos análogos.

Na esfera municipal os órgãos ou entidades devem informar todos os repasses financeiros às organizações da sociedade civil no SisRTS – Sistema de Repasses Públicos ao Terceiro Setor que consiste em um banco de dados.

---

[78] Artigo 88, §1º da Lei nº 13.019/14. É válido mencionar que em âmbito federal e estadual a lei entrou em vigor a partir de 23 de janeiro de 2016, ou seja, 545 dias após a sua publicação, podendo também vigorar a partir desta data em relação ao Município que por ato administrativo local a implantasse.

[79] Todo gestor de órgão da administração direta e autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público deve anualmente prestar contas ao TCESP nos termos do artigo 2º, III da LC nº 709/93.

Quanto aos ajustes firmados com o setor não lucrativo, as informações devem ser prestadas no sistema AUDESP (Auditoria Eletrônica do Estado de São Paulo) no módulo seletividade. Neste serão inseridas uma série de informações como tipo de ajuste, valor, objeto, entidade beneficiada, dentre outras, com a finalidade de o próprio sistema a partir de uma matriz de risco selecionar aqueles que serão acompanhados pela Corte de Contas.

Tanto no caso do SisRTS quanto do AUDESP as informações vão sendo prestadas na medida em que os ajustes vão sendo realizados, possibilitando um controle quase que simultâneo.

Para a área estadual a regra geral é que os ajustes que atinjam o valor de remessa devem ser autuados no TCESP. Este valor para o exercício de 2017 corresponde a R$ 4.761.000,00[80].

É evidente que além do mecanismo de seletividade do sistema AUDESP para a área municipal e do valor de remessa para a área estadual, qualquer ajuste é passível de ser analisado e verificado *in loco* pela fiscalização do TCESP, sendo nesta seara de suma importância as denúncias e comunicações de irregularidades ao Tribunal, conforme preceituam os artigos 110 a 112 da Lei Orgânica (Lei Complementar n 709/93). Enfatizando-se que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para fazer referida denúncia.

Os processos de prestações de contas referentes aos ajustes com o terceiro setor que atingem o valor de remessa devem ser encaminhados ao Sistema e-TCESP em até 5 dias úteis da assinatura. No tocante a esfera municipal, os processos selecionados devem ser encaminhados em até 5 dias úteis a contar da requisição por intermédio, também, do Sistema e-TCESP. Este último nada mais é do que o processo eletrônico que tramita no TCESP, cuja instrução deverá ser feita com os documentos elencados nas instruções, de acordo com a modalidade de ajuste.

De um modo geral, devem ser encaminhados: publicação da intenção de celebrar o contrato de gestão, concurso de projetos ou edital de chamamento público, conforme o caso, proposta técnica e orçamentária, estatuto social da

---

[80] Nas instruções 02/2016 em diferentes dispositivos o valor de remessa foi estipulado em R$ 4.472.000,00 corrigido anualmente pela variação da UFESP.

entidade beneficiada, ata de julgamento e publicação do resultado, certificado de qualificação da entidade quando esta for OS ou OSCIP, notas de empenho, relatórios conclusivos sobre a execução do objeto, plano de trabalho, cronograma, demonstrativo dos custos, publicação do extrato do ajuste, dentre outros.

3.3. Recomendações do TCESP quanto ao melhor uso do dinheiro público nos ajustes firmados com as Entidades do Terceiro Setor

Neste subtópico, a pesquisa foi direcionada na busca de jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acerca dos repasses públicos ao terceiro setor, sendo todas as informações aqui coletadas do sítio deste órgão que é de consulta pública acessível a qualquer cidadão.

Num primeiro momento, com um caráter mais geral verificou-se a existência de seis súmulas[81] disciplinando os repasses ao setor não lucrativo:

Súmula Nº	Teor
1	Não é lícita a concessão de subvenção para bolsa de estudo e assistência hospital com caráter personalíssimo.
2	É inconstitucional a aplicação de Auxílios ou Subvenções, direta ou indiretamente, na manutenção de culto religioso.
3	Não é lícita a concessão de Auxílios e Subvenções a entidades com fins lucrativos ou com a finalidade específica de valorização patrimonial.
4	As despesas somente poderão correr à conta da destinação constante do ato concessório.
40	O repasse de recursos financeiros a entidades do terceiro setor depende da efetiva compatibilidade entre as finalidades estatutárias da beneficiária e o objeto da transferência.
41	Nos repasses de recursos a entidades do terceiro setor não se admite taxa de administração, da gerência ou de característica similar.

[81] Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas. Acesso em 28 de julho de 2017.

A concessão de qualquer auxílio em caráter personalíssimo afrontaria o princípio da impessoalidade, uma vez que os repasses financeiros não podem privilegiar ou prejudicar determinadas pessoas. Também haveria nesta hipótese lesão ao princípio da moralidade, diante do aspecto antiético da medida. Assim, a súmula nº 1 prima pelos princípios administrativos constitucionais.

Sob este prisma decidiu o TCESP:

> A justificativa para celebração do ajuste de fl. 148 revela que o convênio foi firmado com o propósito de repassar recursos à Associação dos Trabalhadores e Funcionários Públicos Municipais de Botucatu para desenvolvimento de ações em vista à satisfação pessoal de seus associados e familiares. Os gastos efetuados almejaram o pagamento de despesas relacionadas ao refeitório da entidade e dos profissionais que atendem os associados, conforme indica a planilha apresentada à fl. 150. Ante o exposto, conforme bem colocado pela Fiscalização, os repasses encontram-se desprovidos de interesse público, caracterizando ofensa os princípios da impessoalidade e da moralidade estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal, envolvendo a aplicação das verbas municipais em benefício de um grupo particular, fechado e determinado. (Processo nº 131/002/15, Decisão de 25/08/2015, Sentença publicada no DOE em 04/09/2015).

Quanto à súmula nº 2, considerando que a República Federativa do Brasil é um estado laico, o auxílio para a manutenção de determinado culto religioso também iria de encontro ao princípio da impessoalidade, bem como ao da moralidade.

Com relação à vedação da concessão de auxílios e subvenções às entidades lucrativas, prevista na súmula nº 3, trata-se aqui da literalidade da Lei nº 4.320/64 que no § 3º do artigo 12 divide as subvenções em econômicas e sociais, sendo as primeiras destinadas às empresas públicas e as segundas às instituições públicas ou privadas sem finalidade lucrativa. Logo, não faria qualquer sentido o financiamento do setor privado pela administração pública, o que além de afrontar os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa causaria distorções no mercado e afrontaria o princípio da livre concorrência (artigo 170, IV da CF).

Com a entrada em vigor do novo marco regulatório do terceiro setor a concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições devem ser formalizadas por meio de termo de colaboração ou de fomento.

A súmula nº 4 visa assegurar o princípio da legalidade, assegurando-se a finalidade com a qual o ato concessório foi constituído.

Na mesma linha, a súmula nº 40 prevê a estrita observância do princípio da legalidade que deve ser aplicado nos repasses públicos ao terceiro setor. O estatuto da entidade sem fins lucrativos enquanto norma deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de desvio de finalidade.

Já a Súmula nº 41 está diretamente relacionada com os princípios da economicidade e moralidade. A taxa de administração seria uma forma de remuneração pela gestão dos recursos públicos, que por sua vez descaracterizaria a atividade como sem finalidade lucrativa.

Em relação à cobrança de taxa de administração o TCESP mantém jurisprudência firme no sentido da irregularidade da cobrança, dando ensejo a inúmeras decisões pela irregularidade, conforme segue:

> Ao contrário do defendido pela defesa, a Taxa de Administração fixada em prol da Entidade não é compatível com o instrumento em tela, porque detém natureza remuneratória, contraprestacional, e que não se amolda ao conceito de convênio, quanto ao mais fixada em percentual sobre os valores do repasse, descaracterizando o simples pagamento de despesas próprias do Ajuste. (Processo nº 2617/007/07, Decisão de 12/03/2013, Acórdão publicado no DOE em 23/03/2013).

> É entendimento consagrado nesta Corte de que o ganho econômico obtido por meio de taxa de administração cobrada por entidade do terceiro setor é indevido, pois descaracteriza o vínculo jurídico do instituto escolhido para formalização da parceria com o Poder Público, que neste caso foi constituída mediante a celebração de convênio, cuja principal característica é o interesse recíproco das partes. (Processo nº 1675/002/08, Decisão de 21/05/2014, Acórdão publicado no DOE em 02/07/2014).

> [...] a impropriedade detectada pela Fiscalização relativa à cobrança da Taxa de Administração, não enfrentada quando da apresentação das razões de defesa, por configurar irregularidade na aplicação dos valores repassados, não pode ser relevada, devendo o montante der devolvido aos cofres públicos. Com efeito, este Tribunal pacificou entendimento pela irregularidade de cobrança de Taxa de Administração, independente da modalidade do repasse, por descaracterizar a formação de vínculo de cooperação entre as partes, configurando ganho econômico não permitido para instrumento da espécie. (Processo nº 2791/009/14, Decisão de 25/04/2016, Sentença publicada no DOE de 03/05/2016).

Para a pesquisa de acórdãos do TCESP é necessário ter de antemão o número do processo. Diante da dificuldade em se obter tais números manualmente nas publicações na imprensa oficial, os quais são de conhecimento das partes interessada, no caso: órgão ou entidade pública que transferiu os valores e a

entidade sem fins lucrativos que os recebeu, optou-se pela utilização de decisões pré-selecionadas pelo TCESP e elencadas nos manuais que também estão disponíveis para qualquer interessado no sítio eletrônico[82].

Além da taxa de administração, há decisões recorrentes na Corte de Contas rejeitando a prestação de contas apresentada pelo órgão concessor que justificam o repasse financeiro ao terceiro setor na área da saúde alegando única e exclusivamente que não possui quadro ou estrutura capaz de fornecer os serviços à população:

> [...] as alegações trazidas pelo Instituto, dando conta da precariedade de estrutura e de pessoal da Prefeitura, assim como da dificuldade de contratação de profissionais médicos pelos municípios pequenos, não são aptas a demonstrar a economicidade da subvenção. Frise-se que a demonstração da economicidade é ônus do Poder Público Concessor. Também, incumbe ao Município o dever de fiscalizar a escorreita aplicação dos recursos repassados à entidade privada, de sorte a verificar, entre outros, se a destinação está consoante aos termos pactuados no contrato ou plano de trabalho, se não está havendo desvio de finalidade, se o Ente está cumprindo o 'padrão mínimo de eficiência. (Processo nº 1570/009/10, Decisão de 15/08/2013, Sentença publicada no DOE em 08/10/2013).
>
> [...] não basta ao Poder Público simplesmente entregar a Saúde nas mãos do particular, cobrando somente aquilo que ele próprio teria condições de oferecer, pois, se assim o fizer, estará apenas se desincumbindo de obrigações típicas do Estado [...] É imprescindível que, mesmo que em regime de colaboração, ao transferir suas atribuições constitucionais a um particular, exija a otimização dos recursos financeiros, tecnológicos e profissionais, assim como da qualidade dos serviços prestados, seja no tocante ao contato humano (pessoal qualificado e atencioso); à estrutura física (ambiente adequado, equipamentos modernos, medicamentos e materiais disponíveis etc.), ou ao atendimento (redução das filas e tempo de espera para consultas, cirurgias e outros procedimentos, por exemplo). (Processo nº 12032/026/14, Decisão de 06/10/2015, Acórdão publicado no DOE em 04/12/2015).
>
> Na medida em que não possui quadro próprio de servidores para as funções, pratica a contratação de terceiros para executar as atividades pactuadas no convênio. Esta conduta da APAE assemelha-se ao fenômeno da locação de mão-de-obra entre a Administração Pública e a aludida Associação, hipótese que não se amolda com a legislação trabalhista e com as regras estabelecidas no art. 37, caput, da Constituição Federal, mormente aos princípios da legalidade, moralidade e economicidade. Ademais, prática do uso de recursos públicos para contratação de pessoal por entidades do terceiro setor em atividades inerentes à Administração Pública evidencia burla ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, haja vista o recrutamento de pessoal com recursos públicos através de

[82] Disponíveis em: http://www4.tce.sp.gov.br/manuais-basicos.

> intermediação de pessoa jurídica de direito privado. (Processo nº 23/016/14, Decisão de 26/05/2015, Sentença publicada no DOE em 03/06/2015).

Por fim, a falta de metas bem definidas no plano de trabalho também dá ensejo à reprovação das contas, já que inviabiliza o controle dos resultados auferidos na parceria. Nesse sentido:

> As irregularidades, à parte a ofensa aos princípios afeitos à Administração Pública, se consubstanciam diante da ausência de delineamento do objeto e de instrumentos de aferição das metas, contra o que determina o princípio da transparência e o art. 10, § 2º, incisos I a IV, da Lei nº 9.790/99 [...] (Processo nº 11917/026/10, Decisão de 03/06/2014, Acórdão publicado no DOE em 04/07/2014).

Destaca-se que todos estes julgados ocorreram antes da vigência da Lei nº 13.019/14, a qual passou a vigorar durante a elaboração desta pesquisa. Não obstante os apontamentos efetuados pela fiscalização *in loco* em sede de acompanhamento da execução do objeto, como os processos que tramitam no TCESP só são decididos após a finalização do ajuste não foram localizadas decisões definitivas sob a égide da nova legislação.

3.4. Ensaios para um controle mais efetivo dos recursos públicos transferidos às entidades do terceiro setor

Este tópico foi segregado da conclusão por ter cunho mais especulativo do que científico, uma vez que as sugestões aqui apresentadas não foram e nem são passíveis de serem testadas.

Para um controle mais efetivo dos repasses financeiros ao terceiro setor, supõe-se que a demonstração da economicidade aliada aos resultados deveria ser obrigatória para formalização das parcerias, com metas bem definidas e auferíveis de maneira matemática. No entanto, para que fosse possível uma comparação numérica entre os resultados da parceria com a prestação dos serviços diretamente pelo poder público, este último deveria ter implantado definitivamente o sistema de custos, o qual na melhor das hipóteses ainda está em fase gestacional ao menos na maioria das Prefeituras do Estado de São Paulo.

Logo, se o Poder Público não tem sido capaz nem de quantificar os serviços por ele prestados à população de modo unitário, com menos razão poderia avaliar que outrem o fizesse de maneira mais econômica e mais efetiva.

No entanto, o rigor da aplicação da demonstração da economicidade no momento atual implicaria quase que na inviabilização das parcerias com as organizações da sociedade civil, o que não impede que haja sempre uma margem muito grande de discricionariedade tanto do gestor público ao optar pela prestação do serviço público por meio de uma entidade sem fins lucrativos, quanto em relação a esta última em relação à prestação de contas dos recursos recebidos.

Por sua vez, o controle social merece um grande destaque para a avaliação dos resultados de uma parceria entre o poder público e uma entidade não lucrativa, tendo em vista que a sociedade é a usuária dos serviços públicos prestados e a maior interessada na qualidade da oferta destes.

Analisando-se o novo marco regulatório do terceiro setor, observaram-se vários aspectos positivos quanto ao fortalecimento deste tipo de controle, ora com a previsão e incumbências dos conselhos de políticas públicas, ora com a positivação do Procedimento de Manifestação de Interesse Social para se firmar as parcerias.

Contudo, tais previsões na legislação não são suficientes para que o controle social seja mais efetivo, pois este requer capacitação e conhecimento por parte dos envolvidos, o que só é possível quando todas as informações relativas às parcerias do setor público com o privado sejam adequadamente divulgadas. Neste aspecto, de suma importância o papel dos Tribunais de Contas e do Ministério Público que devem fiscalizar o fiel cumprimento do princípio da transparência nos repasses financeiro aos terceiro setor.

Ainda quanto à divulgação das parcerias, para que a sociedade tenha uma visão holística das transferências dos recursos públicos é importante que o objeto das parcerias e valores estejam disponíveis para consulta, e que a forma de disponibilização dos dados permita que o consulente estabeleça relações entre as parcerias, verificando, por exemplo, as áreas mais beneficiadas, ou ainda, as entidades que foram contempladas com os maiores repasses financeiros.

Assim, o cidadão comum poderia avaliar a pertinência do gestor eventualmente privilegiar uma escola de samba em detrimento de uma creche com a transferência de mais recursos para essa ou aquela finalidade.

Conclusão

No capítulo inicial foi exposto que no Brasil, a exemplo de toda a América Latina o terceiro setor nasce com os movimentos sociais tendo o assistencialismo como sua principal característica. Com o passar do tempo, porém, após a Reforma Administrativa do Estado, as organizações da sociedade civil aproximaram suas relações com o Estado que reconheceu sua importância, intensificando as parcerias público-privadas, por meio do fomento de suas atividades ora injetando dinheiro, ora concedendo benefícios fiscais. Neste ínterim, o ativismo político e o papel de fiscalizar o poder público restam prejudicados por carecer de neutralidade, caminhando em sentido oposto ao do papel do terceiro setor nos países mais desenvolvidos que assumem relevante função no combate à corrupção e na definição e controle das políticas públicas.

Inicialmente os repasses financeiros ao terceiro setor eram realizados por convênios, posteriormente, no âmbito federal, a lei das OSs e a lei das OSCIPs criaram respectivamente o contrato de gestão e o termo de parceria, estabelecendo uma série de requisitos para a qualificação da entidade não lucrativa. Os estados federados e os municípios editaram suas próprias legislações, seguindo a mesma lógica das disposições federais.

Com a finalidade de uniformizar as legislações atinentes às transferências de recursos públicos ao terceiro setor e, ainda, estabelecer mecanismos que possibilitassem um maior controle, participação democrática, publicidade e transparências na gestão de tais recursos foi editada a Lei nº 13.019/14, objeto deste trabalho.

Quanto à expectativa de unificar a legislação é possível afirmar que se mostrou infrutífera, pois antes mesmo de a lei entrar em vigor houve uma série de alterações no texto inicial, as quais estabeleceram um rol de exceções à sua aplicação, como os convênios, contratos de gestão, termos de parceria e outros congêneres.

Por outro lado, a obrigatoriedade do chamamento público para a escolha da entidade parceira e o aprimoramento dos requisitos para se firmar o ajuste, demonstraram avanços na referida lei que criou o termo de colaboração o e o termo de fomento para a transferência de recursos públicos às denominadas organizações

da sociedade civil (OSC), bem como o acordo de colaboração para as parcerias que não envolvessem a transferência de recursos financeiros.

Durante o desenvolvimento deste foi pontuada a importância dos controles das entidades do terceiro setor, evitando-se desvios de finalidade e prevenindo-se riscos, principalmente tendo em vista o interesse social que está em jogo na gestão destas entidades. No entanto, observou-se que as formas de controle não devem ser as mesmas utilizadas para a administração pública, sob pena de se incorrer nos mesmos problemas de ordem burocrática que permeiam o setor público. Logo, priorizam-se os controles de resultados na execução do instrumento de parceria pelo setor público sem, no entanto, descartar os controles formais de ordem financeira, contábil e patrimonial.

No contexto da globalização, se o terceiro setor por um lado representa uma maior participação da sociedade com o fortalecimento das bases democráticas, por outro pode corresponder a um mero instrumento de reducionismo estatal em prol de uma agenda neoliberal. Assim, para que a segunda alternativa não se sobressaia, pontuou-se no tocante à atuação das entidades sem finalidades lucrativas que estas devem agir de maneira sustentável, implementando em seu planejamento estratégico a responsabilidade social como meio de desenvolvimento e competitividade nos moldes das tendências empresariais.

No último capítulo foi realizada uma busca no sítio oficial das prefeituras do ABCD para se verificar o cumprimento no tocante à divulgação das parcerias, verificando-se que na amostra todas estavam disponibilizando as informações, embora a forma como os dados foram expostos nem sempre permita uma análise mais apurada por um cidadão comum que não detenha conhecimentos na área de finanças públicas.

Com relação aos repasses financeiros destas mesmas prefeituras ao terceiro setor, foi realizado um levantamento de todos os empenhos emitidos por elas nos anos de 2013, 2014 e 2015, contatando-se que o volume de recursos transferidos às entidades não lucrativas tem crescido anualmente e que possuem maior incidência na área da saúde.

Cabe aqui esclarecer que a escolha da região do ABCD levou em conta principalmente as semelhanças entre estes municípios e a representatividade orçamentária, pois caso a amostra considerasse um número mais elevado de

prefeituras não haveria tempo hábil para a separação de todos os empenhos no decorrer de três anos. Por sua vez, como a amostra era muito pequena, se os municípios selecionados possuíssem muitas peculiaridades entre si restaria prejudicada a comparação entre eles, ou ainda, seria necessário um maior tempo no estudo das variações regionais o que fugiria muito do escopo desta dissertação.

Após todas as etapas de desenvolvimento do trabalho, em que se pese a dificuldade de se testar a hipótese inicial de que a legislação do terceiro setor não prevê mecanismos de controles suficientes para inibir a má gestão dos recursos públicos transferidos, de um modo geral, a pesquisa sinalizou que existem algumas falhas nas leis que regem o terceiro setor, como a não imposição de segregar os recursos financeiros auferidos pela contabilidade das entidades não lucrativas. Contudo, verificou-se que a lei nº 13.019/14 é bastante abrangente e detalhista quanto à divulgação dos recursos transferidos pelos órgãos públicos concedentes, tendo priorizado o controle e a participação social em diversos dispositivos, especialmente com a previsão do PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A. C. C. **Terceiro Setor: História e Gestão de Organizações.** São Paulo: Summus, 2006.

ARAÚJO, E. N. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AUSTIN, J. E.; Tradução por Lenke Peres. **Parcerias: Fundamentos e benefícios para o terceiro setor.** *Peter F. Drucker Foundation.* São Paulo: Editora Futura, 2001.

BARROSO, L. R. B. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECK, U. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo-Respostas à Globalização.** São Paulo: Terra e Paz, 1999.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª ed. São Paulo Malheiros, 2010.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: centro gráfico, 1988.

_____. **Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.** Regulamenta a Lei n 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, 30 de jun de 1998, 178º da Independência e 111º da República.

_____. **Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005.** Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Brasília, 5 de ago de 2005, 184º da Independência e 117º da República.

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

_____. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.** Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações das sociedades civis; e altera as Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 1º de ago., de 2014.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 18 de novembro de 2011.

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

_____. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 18 de mai., de 1998.

_____. **Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências**.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 19 de fev., de 1998.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 22 de jun. de 1993.

_____. **Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935.** Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 4 de set., de 1935.

_____. **Portaria nº 362, de 1º de março de 2016.** Dispõe sobre critérios e os procedimentos a serem observados para pedidos de credenciamento, seu processamento, manutenção, cancelamento e perda de qualificações e autorizações de funcionamento de organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, no âmbito das competências do Ministério da Justiça. Diário Oficial da União, 3 de março de 2016.

BRITTO, C. A. **Distinção entre "Controle social do poder" e "Participação popular"**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, Belo Horizonte, n. 61, 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239182>. Acesso em: 27 mar. 2017.

COELHO, S. C. T. **Terceiro Setor: Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos.** São Paulo: SENAC, 2000.

Consultores da CONAM. **O Terceiro Setor e o Município.** São Paulo Mageart, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública.** São Paulo: Atlas S.A., 2012.

_____. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Diretoria de Contas do Governador do TCESP. **Comparação de hospitais estaduais paulista: Estudo comparativo entre gerenciamento da administração direta e das organizações sociais da saúde.** São Paulo, 2010.

FARIA, J. E. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERNANDES, R. C. **Privado Porém Público: O terceiro setor na América Latina.** *CIVICUS Aliança Mundial para a Participação dos Cidadãos.* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo.** 7ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. TCE

FRIEDMAN, T. L. Tradução por Cristiana Serra, Sergio Duarte, Bruno Casotti e Cristina Cavalcanti **O mundo é plano: O mundo globalizado no século XXI.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

GOLDSTEIN, I. **Responsabilidade Social: Das grandes corporações ao terceiro setor.** São Paulo: Ática, 2007.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 17ª Ed.

JAMESON, F. **Pós-Modernismo: A lógica Cultural do Capitalismo Tardio.** Tradução por Maria Elisa Cevasco. São Paulo: Ática, 1996.

LEWANDOWSKI, E. R. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

LUCCA, N. **Da ética geral à ética empresarial.** São Paulo: Quartien Latin, 2009.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MOREIRA NETO, D. F. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência e Resultado.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações).** Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na página eletrônica: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 27 de março de 2017.

_____. **O paradigma do resultado.** ***Fórum Administrativo - Direito Público*** *- FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57933>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. **O terceiro setor na implantação de políticas públicas e parcerias na área da saúde: perspectiva do Direito.** ***Revista Brasileira de Direito Público – RBDP***, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul/set. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=238206>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NALINI, J. R. **Ética ambiental.** Campinas: Millennium Editora, 2001.

NOHARA, I. P. **Direito Administrativo.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____ I. P. **Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado.** *Scientia Iuris,* Londrina, v19, n.1, p. 29-46, jun. 2015.

NUNES, A. **Terceiro Setor: Controle e fiscalização**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

OLAK, P. A.; NASCIMENTO, D. T. **Contabilidade para Entidades sem fins lucrativos (Terceiro Setor)**. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, G. J. **O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil: aspectos relevantes da Lei nº 13.019/2014.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, jul./set. 2014. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181696>. Acesso em: 8 abr. 2017.

OLIVEIRA, J. A. P. **Empresas na Sociedade: Sustentabilidade e Responsabilidade Social.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, R. C. R. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PONTONI, M. J. A formalização jurídica das OSCIPs. In: OLIVEIRA, G. J. (Coordenador). **Direito do Terceiro Setor.** Belo Horizonte: Forum, 2008. p.55-74.

PAES, J. E. S. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Terceiro setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n.48, fev. 2005 . Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=6063>. Acesso em: 8 jul. 2017.

Portal da Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (Abong). Disponível em <http://www.abong.org.br/>. Acesso em 25 abr 2017.

Portal da Confederação das Santas Casas de Misericórdia. Disponível em <http://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico> Acesso em 17 abr 2017.

Portal da Secretaria da Fazenda. Disponível em https://www6.fazenda.sp.gov.br/ Acesso em 10 mar 2018.

Portal da Transparência Municipal. Disponível em: http://transparencia.tce.sp.gov.br/ Acesso em 4 dez 2017.

Portal do Greenpeace. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/As-vitorias-no-Brasil-e-no-mundo/> Acesso em 17 abr 2017.

Reforma da Gestão Pública. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=100. Acesso em 17abr 2017.

REGULES, L. E. P. **Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIPs.** São Paulo: Método, 2006.

Resumo dos Repasses. Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/primeiro-terceiro-setores. Acesso em 02 de abr 2017.

RODRIGUES, R., BITTAR, O. J. N. V., MAGALHÃES, A, MENDES, J. D. V. **Rede hospitalar estadual: resultados da administração direta e das organizações sociais.** Revista de Administração em Saúde, 2015.

SALAMON, L. M. andassociates. **Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector.** The Johns Hopkins for Civil Society Studies. Baltimore: MD, 1999. Disponível no endereço eletrônico:<http://ccss.jhu.edu/wp-content/uploads/downloads/2011/08/Global-Civil-Society-I.pdf>Acessoem 04 de abr 2017.

SALINAS, N. S. C. **Modelos de controle das parcerias entre Estado e entidades do terceiro setor e desenho institucional das políticas públicas**. Revista de Direito do Terceiro Setor– RDTS, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br /PDI0006.aspx?pdiCntd=98453>. Acesso em: 29 maio 2017.

SANCHES, S. H. D. F N.; SILVEIRA, V. O. **A função sócio-solidária da empresa privada e o desenvolvimento sustentável.** Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade.V.4. Curitiba: Clássica, 2013. Disponível em: http://s3.uninove.br/app/uploads/2015/11/1446579249-ColecaoJusticaVol.4.2.pdf. Acesso em 19 mai 2017.

SANTOS, B. S. **A reinvenção solidária e participativa do Estado.** Oficina do CES n. 134, janeiro de 1999. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf. Acesso em 31 de mai 2017.

São Paulo. Constituição (1989). **Constituição do Estado de São Paulo**. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 6 out. 1989.

_____. **Decreto nº 51.291, de 22 de novembro de 2006.** Fica instituído, no âmbito da Secretaria da Fazenda, o Cadastro de Parceiros do Terceiro Setor – CPATES, destinado ao registro das entidades parceiras da administração direta, fundacional e autárquica do Estado de São Paulo, notadamente Organizações Não Governamentais – ONGs, Organizações Sociais – Oss, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, associações e sociedades civis sem fins lucrativos. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 23 de nov., 2006.

_____. **Decreto nº 51.346, de 8 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre o controle e fiscalização dos recursos públicos geridos pelas entidades do terceiro setor parceiras do Estado. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 9 de dez., 2006.

_____. **Instruções nº 01, de 6 de abril de 2016 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Disciplina os procedimentos relativos aos repasses públicos efetuados no Primeiro e Terceiro Setor e à prestação de contas dos recursos transferidos. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 7 de abr., 2016.

_____. **Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 21 de jan., de 1993.

_____. **Lei nº 11.598, de 15 de dezembro de 2003**. Estabelece disposições relativas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 16 de dez., de 2003.

_____. **Lei Complementar nº 846, de 04 de junho de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 5 de jun., de 1998.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução por Motta, Laura Teixeira. São Paulo: Schwarcz S.A, 2015.

SILVEIRA, V. O; ROCASOLANO, M. M. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SIRAQUE, V. **O Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e Limites na Constituição de 1988.** Dissertação apresentada à banca examinadora da PUC. São Paulo, 2004.

SOUZA, J. F. V. S.; MEZZAROBA, O. **Desenvolvimento Sustentável: em busca de um conceito em tempo de globalização e sociedade de risco.** Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade.V.4. Curitiba: Clássica, 2013. Disponível em: http://s3.uninove.br/app/uploads/2015/11/1446579249-ColecaoJusticaVol.4.2.pdf. Acesso em 19 mai 2017.

SOUZA, J. F. V. S., COSTA, D. V. M. **O terceiro setor no contexto do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade.** In: **Direito ambiental e socioambientalismo I.**Organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, José Fernando Vidal de Souza. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 27-46.

SUNDFELD, C. A. (Coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TACHIZAWA, T. **Organizações Não Governamentais e Terceiro Setor.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TORRES, S. F. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.