



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

TERCEIRO SETOR

Apontamentos sobre as entraves à fiscalização popular
e ao controle do Tribunal de Contas de entidades paraestatais

Brasília – DF

2017

VICTOR LUIZ DE OLIVEIRA FREITAS

TERCEIRO SETOR

Apontamentos sobre as entraves à fiscalização popular
e ao controle do tribunal de contas de entidades paraestatais

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito, aprovado com conceito
[].

Brasília – DF

2017

Universidade de Brasília – UnB Faculdade de Direito – FD

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Gabriela Garcia Batista Lima

Banca Examinadora:

Mamede Said Maia Filho Prof. Doutor – Examinador (UnB)

José Eduardo Sabo Paes - Procurador de Justiça,. Doutor– Examinador (MPDFT)

Apresentação em: _____

Se você está sem Cristo, está sem
tudo que vale a pena ter. – C. H.
Spurgeon.

“Sic Parvis Magna – A grandeza
vem dos pequenos começos” -

Sir Francis Drake

AGRADECIMENTOS

Soli Deo gloria. Gratidão, primeiramente, a razão do meu viver e minha força nos tempos mais escuros. A Deus, somente, toda glória. Obrigado por me encher de ânimo e vigor para completar mais esse desafio. Cada tarefa cumprida traz cada vez mais a convicção de que, nada sou e nada posso sem Ti.

Agradeço aos meus pais e irmãos pelo constante crédito, suporte, apoio e amor dedicados a mim. Em tempos de fraqueza, vocês sempre foram meus maiores incentivadores. Palavras faltam, mas a certeza de que eu tenho a melhor família deste mundo é sentimento inequívoco.

Aos meus familiares e amigos, por todo o apoio e compreensão pelas minhas ausências nessas últimas semanas.

Ao grupo Focados no Amor, da Faculdade de Direito. Sem vocês, a jornada da graduação seria apenas mais um acúmulo de saber. Vocês a transformaram em algo muito maior que isso.

À minha orientadora que me direcionou exatamente no caminho de pesquisa e análise que eu deveria trilhar neste trabalho.

RESUMO

O presente estudo objetiva apontar, analisar e compreender as falhas e as dificuldades encontradas no atual sistema brasileiro quanto à fiscalização e ao controle das entidades do Terceiro Setor. Em uma perspectiva de garantir a melhor prestação de certos serviços de ordem pública, o Estado tem repassado a tais entidades o exercício dessas competências. Um exemplo nesse sentido é a área da saúde. Diversos são os escândalos envolvendo a temática nos últimos anos de crescimento desse Setor. Por exemplo: dificuldades encontradas na terceirização da saúde às entidades paraestatais e entraves ao controle realizado pelo Tribunal de Contas da União. Poucas são as perspectivas de que haja uma mudança quanto a isso. Nesse sentido, a pesquisa buscará compreender quais os entraves, desafios e maiores dificuldades postos tanto aos órgãos de controle quanto à sociedade, para que se busque a melhor efetivação dos sistemas de controle e fiscalização do Terceiro Setor.

PALAVRAS CHAVE: Terceiro Setor. Desafios. Fiscalização. Controle.

ABSTRACT

The present study aims to identify, analyze and understand the failures and difficulties encountered in the current Brazilian system regarding the inspection and control of Third Sector entities. With a view to ensuring the best provision of certain public order services, the State has passed on to such entities the exercise of such powers. It happens that there are several scandals involving the theme in the last years of growth of this Sector. Difficulties encountered in outsourcing health to parastatal entities and obstacles to control carried out by the Federal Court of Audit are some of the problems directly related to such scandals and there are few prospects of seeing a change in this. In this sense, it will be sought to understand the obstacles, challenges and greater difficulties placed on both control bodies and society in order to seek the best implementation of the control and supervision systems of the Third Sector.

KEY WORDS : Third Sector. Challenges. Inspection. Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O TERCEIRO SETOR : Importância e Natureza Jurídica.....	18
1.1 A IMPORTÂNCIA DO TERCEIRO SETOR E REFLEXÕES SOBRE CONCEITO E SUA ESTRUTURA.....	18
1.2 O TERCEIRO SETOR COMO REFLEXO DE UM DIREITO FLEXÍVEL.....	25
1.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR COM O PODER PÚBLICO: a perspectiva do contrato de prestação de serviços	28
2. UMA ANÁLISE GERAL DAS DIFICULDADES DA FISCALIZAÇÃO PELO TCU.....	33
2.1 A DIFICULDADE DE CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU).....	33
2.1.1 A COMPETÊNCIA DO TCU NO TERCEIRO SETOR.....	33
2.1.2 A ANÁLISE DA ESFERAS FISCALIZAÇÃO DO TCU: da legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação de subvenções e renúncia de receitas.....	36
3. UMA ANÁLISE PRÁTICA DAS DIFICULDADES DO TERCEIRO SETOR.....	42
3.1 OSCIPS NO DF E FISCALIZAÇÃO POPULAR.....	42
3.1.1 OSCIPS NO DF POR REGIÃO.....	43
3.1.2 OSCIPS NO DF E SITIO ELETRÔNICO.....	47
3.1.3 OSCIPS NO DF E CONTATO TELEFÔNICO.....	48
3.1.4 OSCIPS NO DF E PRESTAÇÃO DE CONTAS.....	50
3.2 PROBLEMAS PONTUAIS OBSERVADOS EM DECISÕES DO TCU.....	52

4. PROPOSTAS PARA A PROBLEMÁTICA DA FISCALIZAÇÃO.....	62
4.1. PRÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR: CONTROLE POR RESULTADOS.....	62
4.2. . PRÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR: Controle social e perspectivas da essencialidade da transparência.....	65
COSIDERAÇÕES	
FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS.....	73
ANEXO.....	77

INTRODUÇÃO

O Terceiro Setor é uma forma de melhorar o fornecimento do serviço público já que o Estado não tem condições de gerir sozinho, mas apresenta ainda uma série de entraves jurídicos que precisam de aprimoramento para que ele seja, de fato, essa melhoria do fornecimento do serviço público. Esses entraves jurídicos dizem respeito a falhas de informação, transparência, organização, entre outras, na contratação de entidades do Terceiro Setor, falhas que, por sua vez, levam às dificuldades de fiscalização. É justamente nas dificuldades de fiscalização do Terceiro Setor está focado o presente estudo: dificuldades de fiscalização por parte do Estado (pelo Tribunal de Contas da União), e dificuldades de fiscalização popular.

Em outras palavras, o escopo central deste estudo é apontar e tentar identificar os grandes problemas relacionados à dificuldade de controle e fiscalização das entidades do Terceiro Setor com o intuito de pensar possíveis aprimoramentos nesses instrumentos de controle. Para viabilizar a referida pesquisa a um campo específico e nele aprofundar, a pesquisa se volta para as dificuldades de fiscalização envolvendo o Tribunal de Contas da União além dos exemplos referentes aos entraves da fiscalização popular. O entendimento de que problematizar é o primeiro passo para solucionar é pensamento do qual o estudo compartilha.

O Terceiro Setor é aqui entendido como a junção das entidades privadas que atuam, sem perspectiva de lucro, em prol do interesse público. Inúmeras são as instituições e entidades que compõem esse setor. Entretanto, o foco central do presente estudo recairá na maioria dos momentos para as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip's) e as organizações sociais (Oss). Esse enfoque é justamente voltado para a perspectiva do controle do Tribunal de Contas da União que é exercido sobre essas entidades, que é um controle, em essência, secundário, revelando, portanto, inúmeros entraves nos controles de base, isto é, aqueles exercidos pelos órgãos fiscalizadores de contrato. Assim também propõe se trabalhar a fiscalização popular que é, em essência, aquela que pode ser exercida no cotidiano de qualquer cidadão.

Entre as áreas de presença do Terceiro Setor, um exemplo que pode facilitar a compreensão das suas dificuldades é a área da saúde¹. A privatização e repasse do controle de uma gestão que é, a princípio, uma gestão pública, para as entidades privadas de Terceiro Setor é uma questão de melhoria do serviço prestado. Segundo BARBOSA e INÊS, o Sistema único de saúde (SUS)² tem atravessado uma fase histórica de impasses na perspectiva de financiamento. A crise do financiamento, num contexto de dominação do capital financeiro, foi evidenciada pelo predomínio de uma política macroeconômica restritiva, permeada por tentativas de diminuição dos gastos na saúde³.

A diminuição dos gastos na saúde enfraqueceu o SUS de forma sistêmica: a diminuição de gastos combinada com um sistema de fornecimento de serviço público rígido e engessado na necessidade da prestação de serviço ser realizada pelo Estado, leva a falta de materiais, falta de manutenção dos aparelhos, falta de leito, falta de médicos e assim por diante. Um sistema de contratação mais flexível seria exatamente a saída para a crise (MASSON, 2007). A flexibilidade estaria na forma de execução de serviço: a responsabilidade constitucional de prover os serviços permanece com o Estado, mas a sua execução pode ser terceirizada. O aspecto da flexibilidade proposta pelo Terceiro Setor também pode ser entendida como um reflexo do direito flexível, sendo inclusive, uma das perspectivas de análise ao longo do estudo.

O Terceiro Setor vem, então suprir essa necessidade de flexibilização. No entanto, algumas problemáticas estão sendo percebidas no que se refere à gestão privada de inúmeros hospitais públicos pelo Brasil como a falta de organização na celebração do contrato entre o ente público e o ente privado, a falta de informação ao público, a “quarteirização”⁴, entre

¹ É importante explicar que a saúde é aqui citada para ilustrar a problemática em torno do Terceiro Setor, não sendo, entretanto, foco do presente trabalho, uma análise do setor da saúde. Os problemas focos do trabalho tem por finalidade uma análise jurídica da fiscalização por parte do TCU e a fiscalização popular tendo como base as OSCIPS no Distrito Federal.

² O SUS é o sistema de gestão do Estado Brasileiro de implementação do direito à saúde, baseado na Constituição Federal (CF) de 1988 e as Leis Orgânicas da Saúde 8.080/90 e 8.142/90.

³ A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO: o caso das Organizações Sociais (OSs) Joseane Barbosa de Lima e Maria Inês Souza Bravo, 2015.

⁴ Tal situação é observada em casos onde o serviço terceirizado é repassado a outro sem previsão contratual. Um exemplo nesse sentido: Uma entidade criada por empresários da construção civil ganhou da Prefeitura de São Paulo o título de OS (organização social) e passou a receber dinheiro público para dirigir postos de saúde municipais. Depois, com essa verba, a entidade contratou a empresa médica do filho de um de seus diretores para realizar as consultas em postos da Penha e de Ermelino Matarazzo (zona leste). A empresa em questão se chama Apos (Associação Paulista de Oftalmologia e Saúde). Cada oftalmologista recebe R\$ 77 por hora. O diretor da Apos é o médico Francisco Penteado Crestana, filho de Francisco Virgílio Crestana, ex-presidente e atual conselheiro da entidade, o Seconci (Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo). Nos três anos

outras⁵. Esses entraves, por sua vez, facilitam a execução de fraudes tais como o desvio de dinheiro público⁶ e a não realização de contratos⁷, prejudicando diretamente o serviço público,

do contrato, até 2011, o Seconci receberá R\$ 46 milhões da prefeitura - valor suficiente para construir e equipar um hospital de médio porte. Para o Tribunal de Contas do Município, órgão que fiscaliza as contas da prefeitura, a situação é irregular. Isso porque, como OS, a entidade deveria contratar e pagar diretamente os médicos que atuam nos postos de saúde, e não terceirizar esse serviço. “A prefeitura terceiriza a gestão do posto, entrega a uma OS. Depois, a OS terceiriza o atendimento, a própria atividade-fim. Essa “quarteirização” não é prevista no contrato”, diz o conselheiro do TCM Maurício Faria.

Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/781750-entidade-paga-firma-de-filho-de-diretor-com-verba-publica-em-sp.shtml>>

⁵ No sentido desses apontamentos, colaciona-se a entrevista, realizada em 14 de outubro de 2016, à revista Época, do médico Renilson Rehem, Diretor do Hospital da Criança no DF e presidente do Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (Ibross):

ÉPOCA: A credibilidade do modelo das OSS está ameaçada? Rehem: As instituições sérias ficaram preocupadas quando começaram a surgir escândalos. Recentemente, estourou um em São Luís. Há duas semanas, outro no Amazonas. No Rio de Janeiro também aconteceu. Por tudo isso, decidimos criar uma entidade que defenda o modelo e garanta uma certificação às instituições que trabalham direito. Nesse crescimento desregrado, começaram a surgir entidades que se autodenominam OSS, mas que a gente acha que não são OSS.

ÉPOCA: Se o empresário estiver num conchavo com o secretário de Saúde, o governo relaxa na fiscalização? Rehem: Sim. Aí, o secretário deixa de controlar o uso do dinheiro e as metas de produtividade como deveria. É possível existir esse tipo de fraude, mas também é perfeitamente possível evitá-la.

ÉPOCA: Sozinha, a administração direta não dará conta de fazer tudo o que precisa ser feito para melhorar a saúde brasileira? Rehem: O modelo das OSS é o melhor que existe hoje, mas não é solução mágica. Antes de celebrar um contrato de gestão, o governante precisa saber que unidade é essa e o que ele quer que ela produza. Essa é a parte que o Estado não pode delegar a ninguém. É o Estado quem tem de definir isso, pensando na perspectiva do conjunto, da rede. Ele precisa ser capaz de definir metas e cobrá-las. Precisa traçar metas quantitativas e qualitativas e prestar contas todo mês.

depois de dois ou três meses. Esse acompanhamento pode ser feito cotidianamente. Em tempo real.

ÉPOCA: E a sociedade? Como ela pode acompanhar? Rehem: Esse é o ponto que achamos que precisa ser mais desenvolvido. Pregamos que toda OSS tenha um site e publique ali os relatórios, suas compras, suas contratações, dê o máximo de transparência possível. A OSS não pode ter um dono. Se ela é da sociedade, tem de ter um conselho plural e prestar contas sempre.

Disponível em < <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/cristiane-segatto/noticia/2016/10/renilson-rehem-se-o-orcamento-da-saude-dobrar-da-noite-para-o-dia-havera-desperdicio.html>>

⁶ Na capital de São Paulo, a Polícia Federal, a Controladoria Geral da União, a Receita Federal e o Ministério Público fizeram uma operação contra o desvio de recursos públicos “[...] A parceria do poder público com organizações sociais que prestam serviços em áreas consideradas 'socialmente sensíveis', como a saúde, a educação, a profissionalização e a assistência social é prevista por lei federal. Segundo a Polícia Federal a organização investigada faturou mais de R\$ 1 bilhão nos últimos cinco anos. Desse total, R\$ 300 milhões teriam sido desviados em favor de pessoas e empresas que participavam de projeto envolvendo entidade e o poder público

Disponível em <<http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-4/artigo/policia-federal-faz-operacao-contra-desvio-de-dinheiro-publico/>>

⁷ Essas fraudes ocorrem também camufladas nas compras de equipamentos, como é o caso da Organização Social Amplus que deixou de operar serviços de raios-X e ultrassonografia em 58 unidades do estado de São Paulo sem ao menos ter instalado os equipamentos exigidos no contrato de R\$ 108 milhões feito com a prefeitura. Essa OS é acusada de “fraudes trabalhistas e sonegação de ao menos R\$ 1,2 milhões, na qual a Secretaria Municipal de Saúde é considerada corresponsável.” Frisando o fato de que há “dois anos o Tribunal de Contas do Município (TCM) apontou as irregularidades, mas o contrato vigorou até o fim”

que deixa de ser realizado. Tudo isso, infelizmente, dificulta ainda mais o controle dos órgãos responsáveis.

Perceber que as práticas ilícitas no Setor não são decorrentes apenas de uma atitude maliciosa das entidades privadas é também perceber que a problemática da fiscalização dessas situações é ainda mais difícil do que se entende. Isto porque, não se limita a um problema externo, mas também diz respeito a uma falha interna nos próprios entes públicos.⁸ É aqui que se enquadra a presente pesquisa: em identificar e estudar os problemas relacionados à fiscalização do Terceiro Setor visto em geral.

A proposta deste estudo não é, de maneira alguma, evidenciar o sensacionalismo da corrupção voltado contra as entidades paraestatais ou um entendimento de que não haja solução visível para se resolverem as grandes práticas de corrupção identificadas nesse sistema. Pelo contrário: tem-se em mente o reconhecimento da problemática para que se possa buscar um caminho de maior qualidade.

Fato é que o Terceiro Setor brasileiro tem exercido grandes papéis no desenvolvimento e na defesa dos direitos sociais, na visão de FARACHE, por exemplo.⁹ Entender essa importância remonta ao entendimento de que os problemas sociais agravados

Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,fim-de-contrato-na-saude-ameaca-atendimento-em-sp,343314,0.htm>>

⁸Em abril de 2010, segundo a Folha de São Paulo, de 10/08/2010, “um grupo de vereadores vistoriou o hospital municipal São Luiz Gonzaga, no Jaçanã (zona norte), e descobriu que a OS Irmandade da Santa Casa de São Paulo não vinha realizando ultrassons e raios-X no hospital, apesar de receber para isso R\$ 1 milhão por ano. ‘As OSs fazem o que querem’, diz a vereadora Juliana Cardoso (PT), da Comissão de Saúde da Câmara. Segundo a Irmandade Santa Casa, o hospital do Jaçanã não tem feito todos os exames por falta de pacientes que precisem deles

Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1008201001.htm>>

⁹ “É possível se afirmar que há uma efetiva atuação das ONGs no campo dos direitos sociais. Com efeito, recente estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com a Associação Brasileira de Organizações não governamentais (ABONG) e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), analisou em 2010 o Perfil das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos

De acordo com a pesquisa, de 2006 a 2010, observou-se um crescimento da ordem de 8,8% das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil, que passaram de 267,3 mil para 290,7 mil entidades no período.

[...]

Uma análise geral das atividades desenvolvidas por essas instituições revela sua enorme diversidade, entre as quais se destacam as entidades voltadas à defesa de direitos e interesses dos cidadãos (30,1%) e as religiosas (28,5%). Atuando nas áreas tradicionais de políticas públicas de Saúde, Educação e pesquisa e Assistência social encontram-se 18,6% dessas entidades. As ONGs que atuam no setor objetivam minimizar as desigualdades sociais, assim como suprir as lacunas existentes na operacionalização dos direitos e na construção da cidadania no país” Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46904&seo=1>>.

pela industrialização e urbanização ocasionados a partir da década de 1930 favoreceram o aumento das organizações assistenciais. Nessa época surgem também as organizações sem fins lucrativos, como sindicatos e associações profissionais, que defendiam interesses coletivos mais específicos, especialmente os dos operários. Sendo assim, a representatividade do Terceiro Setor que antes, na realidade brasileira, limitou-se em grande parte às instituições clericais, começou a ganhar força nos setores civis da sociedade, realocando as entidades paraestatais no cenário brasileiro, como um novo instrumento de suporte, tanto para o Estado como para a sociedade de uma forma geral.

Após, a Constituição de 1988, ainda em uma ampla proposta de conferir e assegurar os processos de mobilização social, também reforçou a validade e o crescimento do Terceiro Setor no cenário brasileiro. LAZZAROTTO reforça que, segundo informações da ASHOKA nos anos 1990, mudanças significativas no Terceiro Setor foram impulsionadas principalmente devido a uma maior exigência do Estado com certas práticas de gestão, e é nessa época que discorrem as distinções entre natureza pública e corporativa das organizações sem fins lucrativos. Esses movimentos ocorreram de forma similar mundo afora, e a globalização ajudou a consolidar tais práticas.

Ademais, MONTEIRO concorda que se constata nas últimas décadas um crescimento quantitativo e qualitativo do Terceiro Setor como um todo, em especial das ONGs (Organizações-Não-Governamentais). Com a consolidação democrática, por meio das pluralidades partidárias, formação de sindicatos e fortalecimentos de movimentos sociais urbanos e rurais, abre-se espaço para uma atuação mais efetiva das ONGs.

Nesse sentido, percebe-se que o Terceiro Setor se apresenta hoje em franco crescimento, nas mais variadas áreas sociais, não servindo mais só como aporte estatal, mas indo além e promovendo, por intermédio das mais variadas instituições, aporte a diversos setores da sociedade. A realidade futura sobre o desenvolvimento de tais entidades permanece, a despeito do presente crescimento, a princípio, incerta. Contudo, ao que se indica e, seguindo a tendência mundial, a realidade das entidades paraestatais ainda apresentará forte expansão no cenário nacional.

Sendo assim, a proposta de buscar problematizar as questões envolvendo tal setor é, na verdade, uma tentativa de fortalecê-lo mais ainda, deixando para trás práticas que possam ser prejudiciais e concentrando-se em buscar novos métodos legais de ação.

Do ponto de vista metodológico, esse estudo se inicia com uma explanação geral sobre o conceito e características do Terceiro Setor. Também no capítulo 1, propõe-se uma análise voltada para identificação das relações entre Estado e Terceiro Setor e a percepção de que, em se tratando de uma relação de prestação de serviços, como uma espécie de contrato, as entidades devem exercer sua contraprestação seguindo as metas propostas e entregando os resultados ao Poder Público e também à população, além de pontuar conceitos importantes sobre o tema, destacar a importância do Terceiro Setor para a sociedade e perceber suas relações com o âmbito do direito flexível.

No capítulo 2, a ideia central é explorar, em um espectro geral, os grandes pontos de dificuldades diretamente relacionados aos entraves ao controle e à fiscalização das entidades paraestatais. Em um primeiro ponto, a legislação fragmentada é esparsa, mas que, com o advento da nova Lei ser de grande importância para a melhoria dos pontos de controle do Setor.

Aqui, enfrentam-se algumas indicações das dificuldades encontradas na fiscalização pelo Tribunal de Contas da União do Terceiro Setor. Perceber esses grandes pontos de conflito se mostrou extremamente necessário para desmitificar qualquer abordagem sobre a problemática no controle dessas entidades baseada unicamente no senso comum.

Já a proposta do capítulo 3, ainda no sentido de explorar os grandes pontos conflituosos no controle do Terceiro Setor, porém, em um panorama mais particular e específico, apresenta uma análise prática e investigativa sobre entidades da sociedade civil localizadas no Distrito Federal, pontuando as dificuldades em se estabelecer critérios de transparência e controle de tais entidades. A ideia é trabalhar com mais detalhes e perceber exatamente quais são as problemáticas, talvez tentando identificar a origem delas e os primeiros sinais de solução.

O último capítulo difere totalmente dos anteriores porque vem com a intenção de indicar práticas melhores e possibilidades, ainda que breves, de solução para as problemáticas verificadas nos capítulos anteriores. Primeiro se estabelecem algumas relações com os critérios franceses e americanos de controle, buscando assimilar práticas que poderiam ajudar e modelar os aspectos do controle no Terceiro Setor brasileiro. A segunda análise fica por conta de soluções clássicas, mas que ainda são pouco exploradas, elevando-as a quase um aspecto inovador e alternativo para solução dos problemas referentes às dificuldades de fiscalização do terceiro setor. Trabalha-se ênfase no controle de resultados, ainda que com

limitações, e, principalmente, o controle de ordem social, controle esse que vai além das instituições já conhecidas e apresentadas na Constituição Federal, como por exemplo plebiscitos, referendos, audiências públicas, consultas prévias e conselhos de políticas públicas, já que também pode ser percebido no cotidiano do cidadão ao exercer outras formas de controle direto sobre as entidades privadas como será visto.

Diante do exposto, pretendeu-se primeiramente problematizar sobre os entraves ao controle do Terceiro Setor, na perspectiva, de fortalecê-lo, e, ao final do estudo, construir e expor alguns posicionamentos no sentido de se buscar a melhoria diante das falhas identificadas.

CAPÍTULO 1. TERCEIRO SETOR: Importância e Natureza Jurídica.

1.1. A IMPORTÂNCIA DO TERCEIRO SETOR, SURGIMENTO E REFLEXÕES SOBRE CONCEITO E SUA ESTRUTURA.

Para início de capítulo, convém, ainda que de maneira sucinta, tecer alguns comentários que apontam para o origem do presente estudo, ou seja, a origem do próprio Terceiro Setor. Para além da tentativa de apontar conceitos e breves definições sobre o terceiro setor, objetiva-se aqui a proposta do item é de esclarecer a importância do Terceiro Setor. Para PAES, citando DIAS, pontua que a crise do Estado de Bem-Estar Social e os desvios da burocracia foram fatores determinantes para crescimento e fortalecimento do Terceiro Setor.

Ainda, como bem pontuado por PAES, o Estado como sinônimo de providência era cercado por inúmeras obrigações e funções das mais variadas, seja na esfera da saúde, educação, lazer, meio ambiente, entre outras. Claro que ainda considerando também a clássica atuação no sentido de regular a economia, prover segurança, edição de leis e manutenção da ordem jurídica. Esse acúmulo exacerbado de obrigações e, a consequente, incapacidade de efetiva-las de forma completa é justamente o que semeou o terreno para a atuação conjunta dos particulares como ente público no sentido de promover atividades de relevante interesse público.

Pois bem, perpassado o brevíssimo apontamento sobre o contexto para o surgimento e fortalecimento do Terceiro Setor, objetiva-se agora esclarecer a importância desse. Nesse

sentido, convém tecer breves comentários relativos a aspectos conceituais e estruturais do terceiro setor para depois focar nos aspectos referentes à sua importância. De início, o Terceiro Setor é, em uma definição simplista, mas pontual, o conjunto das atividades referentes a associações e entidades sem fins lucrativos. MÂNICA é capaz de nos elucidar com um conceito mais completo. Vejamos:

Traduzido do inglês *third sector*, essa nova expressão, difundida a partir da década de 60 do século passado, tem sido utilizada genericamente para se referir às organizações formadas pela sociedade civil, cujo objetivo não é a busca pelo lucro, mas a satisfação do interesse público. Situa-se ao lado do primeiro setor, ocupado pelo Estado, e do segundo setor, do qual fazem parte as entidades privadas com finalidade lucrativa.

Ainda nesse mesmo sentido, entende-se que o Terceiro Setor consiste em organizações cujos objetivos principais são sociais, em vez de econômicos. A essência do setor engloba instituições das mais variadas, sejam elas organizações religiosas, entidades de caridade, associações profissionais, organizações voltadas à promoção da cultura, entre outros.

Em apontamento feito pelo BNDES o Terceiro Setor seria uma “esfera de atuação pública não estatal, formado a partir de iniciativas privadas, voluntárias, sem fins lucrativos, no sentido do bem comum”. Nesta definição, agregam-se, estatística e conceitualmente, um conjunto altamente diversificado de instituições, no qual se incluem organizações não governamentais, fundações e institutos empresariais, associações comunitárias, entidades assistenciais e filantrópicas, assim como várias outras instituições sem fins lucrativos¹⁰

Para QUEIROZ, devido à diversidade de instituições que se consideram como integrantes do terceiro setor faz-se necessário utilizar uma definição ampla que abranja qualquer organização de natureza não estatal, podendo, nas palavras de NETO ser "uma empresa, um hospital, uma escola, uma igreja, uma cooperativa, um sindicato, um partido político, um movimento social, uma fundação empresarial, um clube, enfim, tudo aquilo que não é governo ou vinculado a ele".

Por fim, nessa esfera conceitual, relembra-se o clássico apontamento de DIAS, suscitado por QUEIROZ, que define o terceiro setor como: “conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público.”

¹⁰ BNDES. Terceiro setor e desenvolvimento setorial. Relato setorial nº 03. Julho de 2001.

Como bem pontuado, a proposta do Terceiro Setor é justamente a de buscar a satisfação do interesse público ao se repassar a entes privados a realização de algumas atividades que, em primeira mão, eram responsabilidade do Estado. Entretanto, com o aumento diário das obrigações estatais é quase que impossível organizar na agenda estatal todas as possibilidades de atuação possíveis. Diante disso, inúmeras atividades são repassadas aos entes privados para que eles a realizem em nome do Estado.

Entre essas atividades está, por exemplo, a da saúde, fundamento essencial e direito de todo cidadão que tem sido, em algumas oportunidades, assumida por esse setor através da gestão privada de hospitais públicos.¹¹ Tamanha já é a participação do Terceiro Setor nessa área que as problemáticas advindas disso serão inclusive trabalhadas em um tópico específico para tanto.

Ainda, como forma de entender a importância do Terceiro Setor na persecução das atividades de interesse público, levanta-se nesse sentido a perspectiva do princípio da subsidiariedade. Esse princípio estaria ligado a legitimidade de atuação do Ente Público na esfera econômica para intervir na esfera da iniciativa privada quando esta não for capaz de agir ou se regular por conta própria. Ademais, também o Estado deve respeitar essa autonomia, somente agindo indiretamente e segundo o princípio da subsidiariedade, quando necessário para criar as condições favoráveis ao livre exercício da atividade econômica".

Para além convém ressaltar os apontamentos de DUARTE E NACLE sobre a questão. Eles esclarecem que “não se trata de admitir a existência de um estado liberal ou ditatorial, mas sim a existência de um estado interventor equilibrado, que assume suas funções na exata medida em que a sociedade assim necessitar.”¹². Ademais:

não se pode interpretar tal princípio como uma proposta de estado débil e mínimo, que simplesmente extirpa suas funções e deixa ao livre arbítrio dos entes privados gerirem o destino de seus negócios, ao contrário, referido

¹¹ Exemplo disso pode ser observado na cidade de São Paulo por exemplo, segundo dados de 2011 da secretaria, 37 hospitais, 38 Ambulatórios Médicos de Especialidades (AMÉs), um centro de referência, duas farmácias e três laboratórios de análises clínicas são administrados por organizações sociais em São Paulo. O Instituto do Câncer e o hospital estadual em Araraquara são exemplos de gestões das OSs. O repasse anual para os hospitais e ambulatórios fica em torno de R\$ 3 bilhões. No total, há 4.300 leitos disponíveis em todo o estado em unidades geridas pelo sistema. < Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/09/organizacoes-sociais-gerem-hospitais-em-sp-ha-13-anos-veja-pros-e-contras.html>>

¹² DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal, 2014. p. 98.

princípio encontra respaldo em si mesmo, representando verdadeira fórmula de equilíbrio na atividade econômica¹³

Por fim, na visão de WETZEL, o princípio da subsidiariedade vai envolver “o respeito aos direitos individuais, a limitação da intervenção estatal e a noção de parceria que deve nortear a relação entre o público e o privado”¹⁴.

Ressalta-se que, apesar do foco deste trabalho estar voltado para a identificação dos entraves e dificuldades presentes na fiscalização das entidades do Terceiro Setor, o que também se pretende desse tópico, é, como já falado, enfatizar, ainda que brevemente a importância das entidades paraestatais para a organização do país. Nesse sentido:

[...] o Segundo Setor não foi eficaz para suprir as atribuições estatais, e exatamente neste misto de necessidade e ratificação da incompetência da administração pública em cumprir com os mandamentos constitucionais, nesta lacuna, surge o Terceiro Setor com a precípua busca incansável e inglória de amenizar os problemas sociais, prestando relevantes serviços de interesse público de forma voluntária e gratuita, sem a obtenção de lucro e privilegiando a transparência, materializando em ações sentimentos como Altruísmo, Solidariedade e Responsabilidade Social.

Ainda, VARRASCHIM afirma que:

“[...] o Terceiro Setor se tornou uma peça fundamental, nos dias atuais, pelo fato de contribuir com o desenvolvimento social, almejando junto com o Estado a busca pelo bem comum, tendo em vista que este setor veio para contribuir e auxiliar o Estado.”

Nesse mesmo sentido, JUSTEN assevera a importância das entidades privadas em papel de colaboração com o Estado. Senão. Vejamos:

Na maior parte dos casos, é economicamente mais vantajoso o Estado recorrer aos particulares. De tal fato decorre o princípio da especialização, que norteia a utilização dos recursos escassos. Ao invés de um único sujeito aplicar todos os seus esforços para satisfazer as próprias necessidades, é muito mais eficiente dedicar-se a uma atividade específica e recorrer a terceiros para o restante. A especialização acarreta a elevação da qualidade e a redução dos custos, gerando benefícios para todos.

Portanto, a eficiência exige que o Estado se dedique às atividades essenciais a ele atribuídas pela nação e promova a contratação de terceiros para obter os bens e serviços de que necessita.¹⁵

¹³ Ibidem, p. 99.

¹⁴ WETZEL, Daniele de Freitas. A relação do Terceiro Setor com o Poder Público, 2010.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª. ed. São Paulo, Ed. Dialética, 2009

A perspectiva de explorar a importância, conceitos e definições do Terceiro Setor antes de adentrar no espectro das problemáticas da fiscalização tem o propósito maior de esclarecer que o trabalho não se consiste de uma crítica sem finalidade ou apenas para levantar o debate a respeito do tema. Mas, por outro lado, tentar pontuar quais seriam as falhas que podem ser sanadas a fim de se buscar a maior eficiência possível das entidades do Terceiro Setor, diante da patente importância dessas para o cenário nacional.

Voltando a esfera conceitual e para além da abordagem doutrinária do tema, é interessante que se colacione o entendimento conferido pelo próprio legislador quando da propositura da Lei nº 13.204, de 2015:

I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

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

Percebe-se que a própria legislação reforça o entendimento de que o Terceiro Setor não existe como categoria *per se*, mas como conjunto de certas entidades privadas, sociedades cooperativas e organizações religiosas. Ademais, quando se define Terceiro Setor, é preciso delimitar como este se relaciona com o Poder Público¹⁶. Pois bem, em tese, as relações

¹⁶ Investigar a relação das entidades do Terceiro Setor com o Poder Público é justamente o cerne do presente estudo, isto porque é na relação entre Estado e Terceiro que se entende a possibilidade de fiscalização e controle das contas e repasses das entidades privadas. Sendo assim, pontuar em que momento isso acontece é de extrema importância para o trabalho em questão.

poderão ser estabelecidas por contratos de gestão, termos de parceria convênio e ainda, conforme a Lei 13.204, de 2015 haveria a possibilidade de mais dois institutos, quais sejam, o termo de colaboração e o termo de fomento

Para melhor esclarecimento do tema, cabe aqui uma breve explanação sobre tais instrumentos.

O contrato de gestão é uma parceria firmada entre o Estado e a entidade privada, mais especificamente com a organização social, que fixa metas a serem alcançadas e que, em contrapartida estabelecem benefícios por parte do ente público como verbas e servidores que podem ficar a disposição da organização, estes pagos pelos cofres públicos.

BITTENCOURT pontua que com a “Emenda Constitucional nº 19/98, o contrato de gestão passou para a alçada constitucional com previsão no art. 37, § 8º”¹⁷:

[...] a autonomia gerencial, orçamentária e financeira da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

BITTENCOURT ainda traz o posicionamento de DI PIETRO sobre o tema ao observar que o contrato de gestão, “quando celebrado com entidades da Administração Indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe a sua autonomia, pois, entidades privadas tem que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão”.

Por sua vez, o Termo de parceria é bem explicado por FERRAREZI nas palavras de STANSKI na qual a parceria seria considerada “o marco jurídico para a consolidação de um acordo de cooperação entre o governo e as ONGs qualificadas como OSCIPs.”¹⁸ Para além, a legislação sobre o tema, isto é, a Lei 9.790, de 1999 explica que o termo de parceria é:

Art. 9o [...] considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil

¹⁷ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Contratos de Gestão. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=645>

¹⁸ STANSKI, Kátia. Os efeitos do termo de parceria celebrado entre o poder público e as organizações não governamentais qualificadas como OSCIPs. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11034#_edn53>

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

Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

No caso dos convênios anteriormente estabelecidos entre Poder público e entidades do Terceiro Setor, há uma mudança significativa a respeito do tema. Tal percepção estabelecida pela Lei 13.204, de 2015 é muito bem colocada por MARRAFON de que com a nova legislação, “a definição de convênio pode ser modificada para um acordo ou pacto administrativo entre dois integrantes da Administração Pública para a realização de atividades de interesse público comum”¹⁹ não sendo mais marco de parcerias estabelecidas entre sociedade civil e governo, mas apenas uma parceria estritamente pública.

Ainda, resta falar dos novos instrumentos criados pela Lei 13.204, de 2015, quais sejam, os termos de colaboração e fomento. O Termo de colaboração é um acordo proposto Poder Público, onde são partes as organizações da sociedade civil e a Administração. Na legislação pertinente, isto é, parágrafo 2º da Lei 13.019, assim está prescrito:

VII - termo de colaboração: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis n.º 9.637, de 15 de maio de 1998 e 9.790, de 23 de março de 1999.

Já o termo de fomento Termo de fomento, diferentemente do termo de colaboração, provém de iniciativa própria da entidade privada, mais especificamente da organização social. A partir disso, o ente público concorda ou não em aderir a proposta apresenta em termo, para liberação de recursos financeiros. Assim preceitua a legislação:

VIII - termo de fomento: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade

¹⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. Participação social e inovações marcam Lei das Organizações da Sociedade Civil, 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-15/constituicao-poder-participacao-inovacoes-marcam-lei-organizacoes-sociais>>

civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis n.º 9.637, de 15 de maio de 1998 e 9.790, de 23 de março de 1999.

Portanto, como bem pontuado por MARRAFON e para melhor esclarecimento do panorama geral, “com essas alterações, as parcerias entre a Administração Pública e o terceiro setor serão regulamentadas apenas por três leis federais, a depender do tipo de entidade do terceiro setor:”

i) Lei 9.637/1998, que trata das Organizações Sociais que sejam pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Para este tipo de entidade, a parceria será o contrato de gestão.

ii) Lei 9.790/1999 para parcerias entre o Estado e as Oscips, cujo instrumento de repasse é o termo de parceria;

iii) Lei 13.019/2014 para as organizações da sociedade civil que não se enquadram nas hipóteses anteriores, com as quais poderá o Poder Público celebrar termo de colaboração e termo de fomento

Por fim, ressalta-se como análise válida, a percepção dos momentos constitucionais de categorização, ainda que não explícita, do Setor.

Nesse sentido, Janaina (2010) assim expõe:

A constituição Federal, por sua vez, sem mencionar a expressão “Terceiro Setor”, utiliza-se de sete denominações de entidades privadas colaboradoras: instituições privadas (particulares) de educação (ensino) – arts. 150 VI, c; 206, III, 209 e 213; instituições de assistência social (entidades beneficentes, de assistência social, filantrópicas) – arts. 150, VI, c, 195, § 7º, 199, § 1º, 204, I; terceiros e pessoas de direito privado na área da saúde – arts. 197 e 199, § 1º, entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos – art. 199, § 1º, organizações representativas da população ou de segmentos dessa – arts 5º, XVIII, LXX, b; 58 § 2º, II, 74, § 2º e 204, II; escolas comunitárias – art. 213, e entidades de previdência – art. 21, VIII; o que não impede a previsão de outras em legislação infraconstitucional.

Uma vez compreendida, ainda que brevemente, a importância do Terceiro Setor, passemos à análise das contribuições do direito flexível sobre o tema e da natureza jurídica das entidades paraestatais que o integram.

1.2 O TERCEIRO SETOR COMO REFLEXO DE UM DIREITO FLEXÍVEL

A proposta de reservar um item em específico para tratar da perspectiva do Terceiro Setor como a possibilidade de encontrar um reflexo no direito flexível se mostrou de relevante interesse, por se apresentar como linha teórica possível de se abordar o tema e que, ainda, pouco trabalhada no cenário do direito pátrio.

Para além, a proposta parece flutuar exatamente entre as propostas do capítulo, porque, por um lado, revela a importância do Setor como novo parâmetro de abordagem do direito, pela via flexível e por outro, da uma nova roupagem aos aspectos de sua natureza jurídica.

Importante esclarecer que, como adendo a proposta central do estudo, a análise sobre os fundamentos do direito flexível será extremamente breve, apenas o suficiente para que se possa conectar e demonstrar sua interação com os fundamentos legais do Terceiro Setor.

Como ponto de partida, mas pensando primeiramente no aspecto do direito regulatório, o que nos aproxima de certa forma da realidade do Terceiro Setor, o direito flexível deve ser pensado como elemento central nas práticas regulatórias, isto porque estruturas rígidas e estanques do direito parecem não ter a capacidade de adequar as atividades reguladoras.

Nesse sentido TORREÃO pontua que “os atos de regulação devem ser maleáveis para permitir a adequação das medidas reguladoras à dinâmica dos direcionamentos estatais e das modificações tecnológicas.”²⁰ Sendo assim, para TORREÃO “a essência da atividade reguladora enquadra-se [...] no entendimento denominado de Direito Flexível.”

TORREÃO ainda sugere que a dogmática fluída e jurídica, foi bem tratada por ZAGREBESKLY nos seguintes termos:

Na falta de melhor expressão, defendi em outra oportunidade a exigência de uma dogmática jurídica “líquida” ou “fluida”, que pode conter elementos do direito constitucional de nosso tempo, ainda que sejam heterogêneos, agrupando-os em uma construção necessariamente não rígida que dê espaço às combinações que derivem não mais do direito constitucional, mas sim da política constitucional. Trata-se do que se poderia chamar de instabilidade das relações entre os conceitos, consequência da instabilidade resultante do jogo pluralista entre as partes, que se desenvolve na vida constitucional concreta.

É nesse sentido que o apontamento de ZAGREBESKLY sugere a possibilidade de um caminho mais célere, efetivo e lógico no âmbito do direito flexível. Pois bem, tendo,

²⁰ TORREÃO, Marcelo Pires. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, abr./jun. 2011.p.3

ainda que brevemente, delimitado a percepção maior sobre o direito flexível, cabe, como ideia central do tema em questão, a sua abordagem dentro do direito do Terceiro Setor.

WALD sugere que a parceria entre a entidade privada e o Estado é consequência lógica da necessidade de encontrar uma maior flexibilidade no contrato administrativo, tendo em vista a necessidade patente de atendimento, imperativo, do interesse público. Nesse sentido, a percepção de um direito flexível parece ser exatamente a resposta para a configuração desses contratos entre ente público e privado, isto porque, como bem pontuado por WALD:

Dentro dos limites em que a obra administrativa pressupõe a possibilidade de situações imprevistas, que devem ser superadas, ou de modificações posteriores unilateralmente impostas por uma das partes à outra, que devem repercutir o mínimo possível no ritmo dado à obra, resolvendo-se as consequências das novas situações criadas em ressarcimento devido ao contratado, impõe-se uma relação dinâmica, negociada ou concertada, que se deve estabelecer entre as partes. Ademais, o gigantismo de algumas das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas, para atender o interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio, detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrerem, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem.¹⁷

A criatividade, como bem pontuado por WALD, pode ser um dos pontos centrais, ao se falar de Terceiro Setor, visto que as entidades integrantes desse têm como objetivo principal da sua criação o alcance do interesse público, claro que com metas e diretrizes pré-estabelecidas, mas com muito menos rigidez do que a administração pública, podendo contar com o fator criatividade que parece ser uma marca do direito flexível para solução de problemas.

Ainda, pertinente perceber que o Terceiro Setor enquanto firmando parcerias com o Estado, as entidades desse setor não se transformam em Estado. Para SUNDFELD, sujeitam-se, evidentemente, a determinados ônus relacionados à circunstância de estarem atuando como contratadas do Poder Público; “porém, isto não autoriza que se lhes aplique todo o tratamento reservado às repartições estatais.”¹⁸

Por tudo isso, para SUNDFELD “tratar estas entidades da iniciativa privada de interesse público e seus funcionários como, respectivamente, repartições públicas e

funcionários públicos seria um erro.”²¹. A impossibilidade de equiparar o regime público com o Terceiro Setor é, para além, de outros fatores, a própria impossibilidade de engessar a atuação do Terceiro Setor. Para SUNDFELD seria:

Anular a flexibilidade de gestão que essas entidades têm a oferecer e, com ela, os bons resultados que podem alcançar. É contrariar o principal objetivo -legítimo e republicano - da realização das parcerias do Estado com o Terceiro Setor: mais eficiência na prestação de serviços à população, por meio da flexibilidade gerencial e do compromisso com resultados oferecidos pela iniciativa privada de interesse público.

Ora, tendo isso em vista, fica esclarecido que o Terceiro Setor se coloca como reflexo de um direito flexível, por todos os motivos expostos, entende-lo nessa perspectiva, parece ser a melhor opção no sentido de lhe conferir a maior efetividade possível na consecução dos objetivos de interesse público.

Nesse sentido OLIVEIRA agrega, por fim, o posicionamento de Marcelo Varella, no que diz respeito ao direito flexível, que afirma ser justamente²²:

[...] esta diversidade e flexibilidade que lhe dão maior possibilidade de se expandir esta forma, a flexibilidade, que em outros ramos pode ser encarada como um sinônimo de desregulamentação do direito, aqui pode e deve ser compreendida como um impulso de eficácia a temas que necessitam de um debate prévio e que, raras vezes alcançam consenso capaz de conduzir a uma regulamentação rígida, ao menos num primeiro momento.

Ainda como parte desse capítulo conceitual e estrutural é pertinente a melhor compreensão da natureza jurídica do Terceiro Setor que será trabalhada a seguir.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR COM O PODER PÚBLICO

Entender a natureza jurídica se mostra fundamental para problematizar as dificuldades encontradas na fiscalização do terceiro setor. É a partir da perspectiva de uma natureza de prestação de serviços que se pode entender a motivação do Estado de poder requerer que o ente privado realize um bom trabalho com o investimento que lhe é repassado.

²¹ ibidem

²² OLIVEIRA, Rafael Santos de. [A evolução da proteção internacional do meio ambiente e o papel da "soft law"](#)

Como já exposto, as entidades do Terceiro Setor podem, em certo momento, formar vínculos diretos com o Estado a fim de prestarem serviços considerados de interesse público, nas mais variadas áreas, como proteção do meio ambiente, saúde, cuidado de animais e educação são exemplos,²³ dentro de um universo ainda mais abrangente, das possibilidades de serviços prestados por tais entidades.

As parcerias entre tais entes e o Poder Público são, na visão de SUNDFELD em essência, um vínculo contratual, por meio do qual o parceiro não estatal presta serviços à coletividade e recebe do parceiro estatal, em contraprestação, pagamento em recursos financeiros.

Revela-se ainda mais o caráter contratual de tal relação na medida em que há a pretensão ou expectativa de que uma das partes (poder público) cumpra sua obrigação, a de, por exemplo, fornecer verbas para o funcionamento de uma determinada entidade, enquanto esta arca com a obrigação de atingir as metas e realizar as atividades propostas no seu plano inicial.

Nesse sentido, ainda SUNDFELD explica que a tendência é a fixação de um cronograma para que sejam liberados os recursos em conformidade com a realização de metas da entidade. Sendo assim, cada liberação de recursos do Poder Público estaria diretamente atrelada a uma contraprestação de que o executor (entidade) entregasse o projeto ou os resultados pactuados.

Diante disso, já é possível começar a concluir sobre a natureza do vínculo das entidades do Terceiro Setor com o Poder Público, o qual se mostra como contratual. Mas, não apenas isso, como também um contrato de prestação de serviços.

Porém, é essencial que se aponte na legislação pertinente, na qual resta claro que os termos de parceria e contratos de gestão realizados entre as entidades paraestatais e o Poder Público se consistem em contratos de fato.

Cabe, primeiramente, em um espectro mais geral, a análise da Lei 8.666/93, em seu art. 24. Vejamos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

²³ No meio ambiente temos exemplos de entidades do Terceiro Setor como a Rio + 20, Amigos da Natureza e Liga das Florestas. Na saúde, cita-se a Fundação Dorina Nowill para Cegos, [Laramara - Associação Brasileira de Assistência ao Deficiente Visual](#) e a APAE-SP. Na defesa dos animais, tem-se como exemplo a AMPARAR e a 100% animais. Por fim, na área da educação relevante lembrar das entidades [Programa Alfabetização Solidária](#) e o Projeto Aprendiz do Futuro.

(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

(...)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\).](#)

É evidente que a legislação pertinente também esclarece a natureza das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor, esclarecendo se tratar de contratos – e mais do que isso: contratos de prestação de serviços. Ainda, mostra-se interessante a demonstração de outro dispositivo legal que reforça a concepção da natureza jurídica dessas relações.

A Lei 9.790 de 1999 ou mais conhecida como a Lei das Organizações da sociedade civil de interesse público assim enuncia:

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

Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

Percebe-se que a descrição do termo de parceria evidencia pormenores exatamente as características da celebração de um contrato, vide os direitos, responsabilidade e obrigações a serem seguidas pelas partes signatárias.

Por outro lado, não é o entendimento majoritário da doutrina nem da jurisprudência entender a natureza dessa relação como contratual mas sim convenial. Sendo assim, cabe, em respeito ao diálogo e a perspectiva de não definir posições estanques nesse estudo pontuarmos alguns detalhes sobre o âmbito da relação de convênio.

O grande marco jurisprudencial que fortalece esse entendimento é a ADIN nº 1.923²⁴. No voto do Ministro Ayres Britto, este conclui, segundo exposto por PAES, que “o contrato

²⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICOPRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA 2 DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESAO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

[...].

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do

de gestão consiste, em linhas gerais, em um convênio” PAES reforça que não se trataria de um contrato de direito público, apenas é denominado desta maneira.

Nesse sentido pontua o voto do Min. Relator:

[...] Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo voltado para um fim compartilhado.

Ainda, para além do entendimento da recente jurisprudência, ressalta-se também que o Decreto nº 6.170/07, no inciso I, do § 1º, do art. 1º, preceitua que a relação estabelecida entre o Ente público e a entidade privada quando do repasse de recursos da União para entidades privadas sem fins lucrativos seria conveniente. Senão vejamos:

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

âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada 5 pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput). 14. As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

[...].

CAPÍTULO 2. UMA ANÁLISE GERAL DAS DIFICULDADES DA FISCALIZAÇÃO PELO TCU

Juntamente com o crescimento do número de parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor, nas suas diversas esferas, de prefeituras ao Governo Federal, cresce também as críticas ao modelo de fiscalização exercido pelo Estado destas entidades, tendo em vista que o número de denúncias veiculadas sobre o tema envolvendo esquemas de fraudes, desvios de verbas públicas, burla de processos licitatórios e percepção de vantagens pessoais pelos próprios gestores públicos continua a ser pauta constante quando se reflete sobre o tema.

E é justamente nessa perspectiva de transformar um pouco essa realidade deturpada do Terceiro Setor que entra o papel fiscalizatório do Tribunal de Contas da União. Segundo o art. 71, inciso II, da CR/1988, o que será mais bem compreendido no decorrer deste capítulo, o Tribunal de Contas tem competente para julgar as contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos da Administração Pública Direta, Indireta e também as entidades do Terceiro Setor que recebem recursos públicos devem prestar contas ao TCU acerca do uso desses recursos.

É claro que o controle interno é fundamental no tocante a fiscalização do Terceiro Setor, mas, como será visto em outro momento, é ele também o responsável por grandes partes das dificuldades enfrentadas no TCU quando da fiscalização das entidades paraestatais. Isso porque não há por parte do Tribunal de Contas, um controle propriamente direto nessas questões, cabendo aos órgãos gestores e fiscalizatórios. O primeiro contato com as irregularidades nos processos de tais entidades. Para além, será observada o quanto o crescimento do Terceiro Setor tem colocado dificuldades e entraves a uma fiscalização mais eficaz por parte do TCU.

Portanto, a proposta do presente capítulo é, portanto, pontuar, em âmbito geral algumas das dificuldades enfrentadas pelo TCU nesse papel de fiscalizador do Terceiro Setor. Inicia-se o capítulo pelo esclarecimento dos termos de competência do Tribunal para que se tenha uma base concreta da possibilidade de fiscalização e atuação desse nos conflitos envolvendo tais entidades.

Do ponto de vista jurídico, as dificuldades enfrentadas pelo TCU aqui podem ser esclarecidas em termos de competência (2.1.1) e as suas esferas de fiscalização (2.1.2).

2.1.1 A COMPETÊNCIA DO TCU NO TERCEIRO SETOR

Primeiramente, é essencial que se pontue a fonte legal para o entendimento da competência do TCU na fiscalização das entidades do Terceiro Setor. Quanto às dificuldades, serão tratadas em outro momento, restando ao presente item o objetivo de pontuar as competências fiscalizatórias do Tribunal. A Constituição Federal de 1988, ao tratar da fiscalização contábil, orçamentária e financeira pontua:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestarão contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

As entidades privadas, configuradas como Terceiro Setor, e que recebem repasse de recursos federais, são as constitucionalmente submetidas ao âmbito fiscalizatório do TCU. Ainda, outro marco importante na configuração dessa competência da Corte de Contas é a Lei nº 8.443/12, que dispõe sobre o Tribunal de Contas da União, em seu art. 5º, assim preceitua:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembleia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscais e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades. (sem grifos no original)

Como observado acima, o referido artigo colaciona todos aqueles que devem se encontrar sob a jurisdição do TCU. Ademais, reforça a necessidade de que as entidades do terceiro constem no rol apresentado, decisão do próprio TCU sobre a matéria, no Acórdão n.601.2007 – Primeira Câmara, p.15:

O simples fato de receberem recursos financeiros da União em forma de dotação orçamentária, que por vezes representam parcela significativa de seus orçamentos, já é razão bastante para justificar sua submissão à jurisdição do TCU, seja no exame da respectiva prestação de conta, seja na observância das determinações deste Tribunal.

Ainda, a Portaria interministerial nº 507.2011 revela que os convênios celebrados entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor poderão ser alvos da Tomada de Contas Especial realizada no âmbito do TCU. Vejamos:

Art. 82. A Tomada de Contas Especial é um processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento.

§ 1º A Tomada de Contas Especial somente deverá ser instaurada depois de esgotadas as providências administrativas a cargo do concedente pela ocorrência de algum dos seguintes fatos:

I - a prestação de contas do convênio não for apresentada no prazo fixado (...).

§ 2º A Tomada de Contas Especial será instaurada, ainda, por determinação dos órgãos de Controle Interno ou do Tribunal de Contas da União, no caso de omissão da autoridade competente em adotar essa medida.

Diante de todo o exposto, verifica-se a inquestionável competência do TCU para realizar a fiscalização das entidades do Terceiro Setor. Tendo isso em vista, é necessário verificar em quais pontos e quais indicadores podem melhor apontar a dificuldade de realizar o controle das entidades em questão.

2.1.2 A ANÁLISE DAS ESFERAS FISCALIZAÇÃO DO TCU: da legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Sobre a fiscalização pelo TCU, é importante estudar também as suas limitações no processo de controle das entidades do Terceiro Setor. Escolheu-se apenas os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade e no que se refere à aplicação de subvenções e renúncia de receitas, dada a brevidade do presente estudo e a sua não pretensão de ser um aprofundamento sobre os fundamentos do controle. Pois bem, um primeiro passo para buscar entender as limitações e desafios para tanto se encontra nos pontos que precisam ser observados pela fiscalização da Corte de Contas. Confira-se:

[...] Corte de Contas ao se deparar com uma PPP a licitação para delegação da atividade, a regularidade e cumprimento do contrato, a gestão do patrimônio público envolvido na concessão, o atingimento de eventuais metas, a efetiva implementação da atividade, o real atendimento ao interesse público envolvido na contratação.´

Observa-se, portanto, que a eficiente fiscalização do Tribunal de Contas da União tem os mais variados aspectos de abordagem. Longe de se limitar a um controle meramente orçamentário, estende-se para aspectos de subjetividade como o indicador de atendimento das propostas do interesse público envolvidas nos seus respectivos objetos de contratação das entidades.

Ainda, como se não bastassem os variados indicadores de fiscalização, ressalta-se que:

[...] que as PPPs²⁵, por força de sua própria razão de existir, são deveras diferentes entre si. Cada projeto de parceria envolve particularidades decorrentes das características do serviço que se pretende delegar. A atratividade do instituto está exatamente na permissão de criação de modelos concessórios autônomos, descolados de padrões pré-estabelecidos – o que acarreta, naturalmente, na ausência de uma fórmula estanque de como se fiscalizar tais espécies de contratos.²⁶

Por síntese, a fiscalização, em se tratando de Terceiro Setor, vai reunir os seguintes aspectos: legalidade, legitimidade, economicidade e no que se refere à aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Ora, como não se mostra como cerne do estudo em questão uma profunda análise sobre as competências do TCU, mas sim uma visão e espectro breve dessas para que se entenda o grau de dificuldade em alcançar uma fiscalização eficiente das entidades do Terceiro Setor, este trabalho se limitará à apresentação de alguns critérios que se mostram como desafios nesses aspectos da fiscalização elencados.

Destaca-se primeiramente o aspecto da legitimidade. Entender o controle de legitimidade é entender a finalidade pública dos atos administrativos. Pois bem, é certo que o controle da gestão de uma entidade do Terceiro Setor tem ganhado aspecto de controle *aposteriori*, o que será trabalhado com mais afinco no Capítulo 3 deste estudo. De qualquer forma, tendo isso em perspectiva, percebe-se que o controle da Corte de Contas no que se refere às entidades do Terceiro Setor é mais voltado para uma análise de resultados e metas.

Sendo assim, é provável que, em certas situações, o controle de resultados conclua pela legitimidade patente das atividades de uma determinada organização social, porquanto, os objetivos de cunho social e público almejado no seu plano diretor foram alcançados.

Entretanto, releva-se a questão de quais métodos foram utilizados ou como se alcançaram tais resultados. O controle de legitimidade pode, portanto, em uma primeira impressão, concluir de forma positiva sobre os atos e atividades realizados pela entidade em questão.

²⁵ Ao se abordar a nomenclatura PPP's, entenda-se parcerias público privadas. Obstante, não ser o objeto do presente estudo uma análise geral das parcerias público privadas, extremamente relevante o ressalte que a maioria dos seus aspectos concernentes à fiscalização recebida pelo Poder Público, apresentam-se em conformidade com a dificuldade e desafios enfrentados quando da fiscalização especificamente do Terceiro Setor, que é o objeto de estudo em questão.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.26 (e-book)

Mas, é possível que falhe em perceber os desvios de finalidade, e do próprio interesse público, que ocorreram durante o processo até que pudesse se chegar a determinado resultado. Seja o desvio de verbas públicas, a omissão de determinadas receitas ou emprego de mão de obra informal.

Portanto, o que o controle de legitimidade entendeu, de início, como totalmente legítimo, pode estar, em verdade, revestido de ampla ilegitimidade, sejam nos meios empregados ou nos próprios resultados que ora ou outra resultam mascarados. Vê-se, portanto, ainda que de forma simplista, uma característica de substancial dificuldade a ser transposto pela análise e controle do TCU no aspecto da legitimidade. Nesse sentido pontua (TORRES, 1993), sob o aspecto da legitimidade, de que “o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico”.

Ainda, quanto à economicidade, enfrenta-se o outro lado da problemática. Isto porque, porquanto mais baseada em um controle de eficiência e metas estipuladas em termos de parceria, é possível que uma análise pelos custos seja extremamente inadequada para instituições do Terceiro Setor.

O que ocorre é que, dentro das perspectivas de projeto estabelecidas na configuração de uma OSCIP, por exemplo, algumas finalidades são estabelecidas para aquela entidade e nem sempre são estipulados, de forma cristalina, os limites dos gastos e os parâmetros de economicidade a serem observados.

Ou seja, é possível que uma instituição de Terceiro Setor, a depender da sua configuração, encontre-se dentro das propostas iniciais estabelecidas em seu instrumento criador, mas muito além da perspectiva de controle de economicidade do TCU, que leva, em essência, à consideração, apenas o controle de custos. VALLE pontua que o controle sobre as entidades privadas não deveria prevalecer sob a lógica economicista de custo benefício, mas de um Estado que possuía outros propósitos além daqueles referentes à melhor otimização dos custos.

Ademais, distanciando-se um pouco do âmbito referente às dificuldades dos aspectos do controle realizado pelo TCU, é relevante trazer apontamentos práticos revelados sobre tais entraves à fiscalização.

Em relatório final da CPI das ONGs, tal foi o posicionamento arguido sobre o tema:

A investigação conduzida pela CPI revelou que o controle sobre a liberação de recursos para entidades sem fins lucrativos que não prestaram contas de convênios anteriores ou que tiveram prestações de contas rejeitadas é bastante frágil. Mesmo inadimplentes junto ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), muitas entidades receberam recursos públicos oriundos de convênios e contratos de repasse.²⁷

Diante dessa fragilidade no controle, apontada na Comissão Parlamentar de Inquérito, Lucas Rocha Furtado esclarece que a prestação de contas não é feita nem à CGU e nem ao TCU²⁸. É feita ao órgão repassador. Ele pontua que não há sequer uma segregação de função, o que inviabiliza e dificulta ainda mais o processo de fiscalização.

FURTADO ainda analisa que:

Há, no TCU, o Processo nº 015586, de 2005, foi votado em 2006. Foi uma auditoria feita pelo TCU por amostragem em vinte e oito convênios que envolveram repasse para oito Estados brasileiros diferentes e envolveram dez ONGs. O valor total desses convênios foi de cento e cinquenta milhões de reais. Ressalvadas duas entidades, das dez, em todas as demais foram identificados casos de desvio de recursos públicos, ou seja, como se diz, existem ONGs sérias? Existem, mas hoje as que não desviam recursos públicos constituem exceção.

Jaques de Oliveira Pena, Presidente da Fundação Banco do Brasil aponta que “a incapacidade do Estado de controlar e fiscalizar as milhares de parcerias realizadas todos os anos com entidades privadas sem fins lucrativos é incontestável.”

Entre os motivos elencados para justificar essa dificuldade “as razões vão desde problemas estruturais de organização administrativa, falta de pessoal e de recursos materiais, até razões de ordem cultural e política.”²⁹. Por fim colaciona o seguinte entendimento quanto à matéria:

Entender a dificuldade de fiscalização das organizações sociais (Oscips) nos impulsiona primeiramente a compreender as diretrizes legais estabelecidas para tais, seja entendendo como funciona o processo de criação por termos de parceria ou como de fato funciona a gestão de uma Oscip, quem são seus dirigentes, como eles prestam contas e em que medida a fiscalização do Tribunal de Contas entra em toda a sistemática.

²⁷ Relatório Final da CPI das ONG's, 2010. p. 7 Criada por meio do Requerimento 201/2007-SF. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>>

²⁸ Ibidem, p.68

²⁹ Ibidem, p.96

Fato é como bem apontado, que é preciso entender a sistemática de fiscalização do TCU. Entretanto, para além das dificuldades envolvendo fraudes e corrupção, o controle do Tribunal de Contas parece se atrelar a dificuldades em exercer o controle sobre uma gama enorme de entidades.

Ainda, outra dificuldade patente observada no relatório da CPI, foi a de que não houve prestações de contas analisadas seja pela falta de encaminhamento das contas por parte dos convenentes, ou seja, pela demora na análise por parte dos órgãos concedentes. Essa inércia tanto dos convenentes quanto dos órgãos concedentes descompasso é um dos principais aspectos para justificar a ausência de um controle mais eficiente do Terceiro Setor. Nesse sentido:

[...] do levantamento da identificação dos beneficiários de transferências de recursos contabilizada na modalidade 50, consolidado na Planilha II – CPI ONG – Entidades Beneficiária – 2001 a 2006, a relatoria realizou um exaustivo trabalho de conhecimento e classificação das 10.480 entidades relacionadas.

Os convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos totalizaram cerca de R\$ 24,5 bilhões, em valores nominais (sem correção pela inflação) e foram distribuídos anualmente de acordo com a tabela abaixo. Esses valores referem-se ao valor pactuado e não ao efetivamente liberado (que no período 2001/2006, por exemplo, correspondeu a R\$ 13,7 bilhões).

[...].

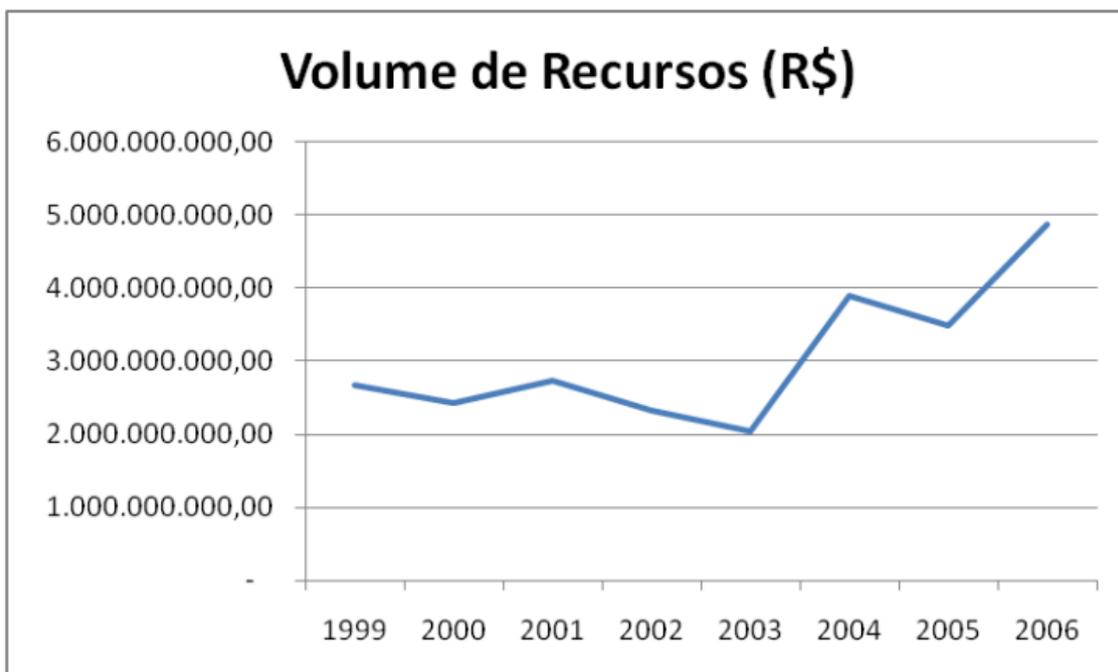
[...] percebemos que 40,9% dos recursos transferidos pela União a entidades privadas sem fins lucrativos, representando um total de R\$ 9,58 bilhões, no período de 1999 a 2006, não teve prestações de contas analisadas seja por falta de encaminhamento das contas por parte dos convenentes, seja pela demora na análise por parte dos órgãos concedentes.

[...]. Por fim, conclui-se que esse descompasso é um dos principais aspectos que ensejam a ausência de um controle mais eficiente, permitindo os danos ao erário apontados por esta CPI. É notório o descompasso entre a velocidade com que são firmados novos instrumentos de transferência e a morosidade na fiscalização e na análise das prestações de contas dos convênios anteriormente firmados. Assim sendo, verifica-se que a celebração de novos convênios pelos órgãos concedentes deveria limitar-se a sua capacidade operacional. O efetivo acompanhamento, a fiscalização e a avaliação dos resultados da execução de convênios ou contratos de repasse, por meio das prestações de contas encaminhadas, evitariam novas transferências voluntárias com entidades inaptas.

Desta feita, em grande parte, a dificuldade encontrada no âmbito do controle do Tribunal de Contas da União é bem esclarecida por meio das duas tabelas elencadas abaixo, tendo em vista que revela o tamanho e expansão do Terceiro Setor, no que se refere especificamente ao aumento do repasse de recursos do Estado às entidades paraestatais, repasse esse que é exatamente referente ao montante que deve ser fiscalizado pelo TCU Um Terceiro Setor que cresce cada vez mais (Tabela do Volume dos Recursos), totalizando montantes na casa dos bilhões como apresentado no Relatório da CPI e na tabela abaixo, são aspectos que têm dificultado que a fiscalização no âmbito do TCU seja exercida de maneira efetiva.

Classificação	Sub-classificação	Valor estimado	Somadas	
A - Entidades sociais	01 APAES	116.838.348,06	4.643.969.308,88	5.534.156.098,33
	02 Santa Casa	142.492.446,21		
	03 Sociedade Pestalozzi	12.323.186,83		
	04 Entidades voltadas à população indígena	465.617.415,81		
	05 Museus, artes e entidades afins	76.452.735,19		
	06 Entidades culturais, recreativas ou esportivas	26.566.270,11		
	07 Entidade estrangeira ou filial de entidade estrangeira	14.830.676,43		
	08 Demais entidades sociais	3.788.848.230,24		
B - Entidades técnico-científicas	09 Entidades técnico-científicas	890.186.789,45	890.186.789,45	
C - Entidades de classe	10 Entidades de classe empresariais / outras	321.139.869,62	423.267.708,41	
	11 Entidades de classe técnico-profissionais / outras	102.127.838,79		
D - Entidades sindicais	12 Entidades sindicais de trabalhadores e entidades a elas vinculadas	495.698.739,69	558.638.606,08	
	13 Entidades sindicais patronais e entidades a elas vinculadas	62.939.866,39		
E - Outros grupos específicos de entidades que não seriam ONG stricto sensu	14 Federações e confederações esportivas e similares	148.595.866,76	770.752.725,89	1.752.659.040,38
	15 CIEE/Instituto Euvaldo Lodi	201.068.429,61		
	16 Cooperativa	251.141.432,96		
	17 Órgão gestor de mão-de-obra	9.838.026,04		
	18 Distrito de Irrigação e similares	103.813.868,22		
	19 Sociedade simples ou empresária	56.295.102,30		
F - Entes, órgãos, fundações, empresas e entidades de alguma forma ligadas ao setor público	20 Entes, órgãos e entidades governamentais	1.961.589.547,76	6.433.302.815,71	6.433.302.815,71
	21 Organização social	671.108.127,20		
	22 Entidades vinculadas a órgãos e entidades da administração pública	378.165.787,77		
	23 Entidade de seguridade social dos servidores públicos	526.321.197,46		
	24 Fundações de apoio	1.838.836.790,49		
	25 Partidos políticos	582.708.818,75		
	26 Sistema S	281.804.113,76		
	27 Conselhos de fiscalização de profissões	13.632.730,83		
	28 Entidades de caráter institucional constituídas por órgãos ou servidores públicos	106.855.995,83		
	29 Entidades constituídas por entes públicos	67.846.472,64		
	30 Organismo internacional	4.433.233,22		
	TOTAL			

Fonte: Relatório Final da CPI da ONG's, 2010.



Fonte: Relatório Final da CPI da ONG's, 2010.

3. UMA ANÁLISE PRÁTICA DAS DIFICULDADES DO TERCEIRO SETOR: DO EXEMPLO DO CONTROLE POPULAR DAS OSCIPS E JULGADOS DO TCU.

3.1 OSCIPS NO DF E FISCALIZAÇÃO POPULAR

Não é pretensão do presente capítulo realizar uma análise exaustiva das dificuldades de controle do Terceiro Setor. Entretanto, uma análise prática se demonstrou extremamente pertinente para melhor compreensão da problemática.

Sendo assim, buscou-se uma análise de um dos pontos que se mostram hoje como mais dificultosos no controle e fiscalização do Terceiro Setor, que é o controle popular. Saindo da esfera das assembleias, conselhos e reuniões para uma dificuldade de controle das instituições do Terceiro Setor pelo indivíduo comum no seu dia a dia.

Ressalta-se que das Oscips que serão analisadas no presente item, nem todas, a despeito de adquirirem a condição e a respectiva titulação, estão necessariamente vinculadas ao Poder Público por meio de termos de parcerias e, portanto, participando do repasse de recursos do Estado.

Para além, a ideia central do presente item é o enfoque no controle e fiscalização popular, deixando um pouco de lado o controle externo exercido no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU).

Fato é que os Sócios, invariavelmente recebem recursos de terceiros para sua manutenção e não podem auferir lucro quando da realização das suas atividades, mesmo quando não estejam celebrando contratos com a Administração Pública.

A problemática começa nesse ponto, porquanto, se, de fato, não podem auferir lucro e recebem recursos de terceiros, como se pode confirmar que isso de fato está acontecendo?

A proposta do levantamento de dados que será feita em seguida é justamente no sentido de apontar e perceber as dificuldades para se averiguar a plena observância dos critérios outrora pontuados por meio de um controle estritamente popular.

Os dados a seguir apresentados foram coletados a partir da pesquisa com a ferramenta *google* e, a partir da listagem de Oscips cadastradas constantes no site do Ministério da Justiça.

Em função da delimitação de tempo de pesquisa e, não sendo objetivo único e exclusivo da presente monografia, a amostragem se limitou à observância e análise de 84 Oscips.

Tabela 1-	
Total de Oscips Analisadas	84

Fonte: Elaboração própria.

3.1.1. OSCIPS NO DF POR REGIÃO

A primeira divisão proposta como fator de análise foi a categorização de cada uma das entidades por Região, isto é, considerando os endereços fornecidos na base de dados do Ministério da Justiça.

É interessante observar, a partir da tabela 2 (localizada abaixo) que, das 84 entidades analisadas, as localidades da Asa Sul e Asa Norte concentraram juntas 47 Oscips, totalizando aproximadamente 55,8% de toda a amostragem selecionada.

Requer-se vênia para que o assunto referente à tabela 2 seja trazido à tona do presente estudo, isto porque ele não se mostra como algo de muita relevância para a presente pesquisa.

Todavia, é interessante notar o que o art. 3º da Lei 9.790/1999 preceitua:

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da assistência social;

II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por

qualquer meio de transporte. [\(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014\)](#)
[\(Vigência\)](#)

Percebe-se que a maioria dos objetivos listados referentes à atuação das Oscips é relacionado com a atuação direta em certos setores sociais, seja na promoção do esporte, saúde, lazer, educação, nutrição ou no combate à pobreza.

Aproveitando o gancho fornecido pelo capítulo e, distanciando-se um pouco dos aspectos referentes ao controle popular, é interessante que seja levantado o questionamento do porquê de a maioria esmagadora das entidades estarem concentradas apenas nas regiões centrais de Brasília, enquanto que as atividades sociais objetos das Oscips têm se mostrado muito mais necessárias em outras localidades, vide os níveis de qualidade de vida e renda de populações mais afastadas do centro de Brasília.

Ressalta-se que tal observação, longe de produzir, a princípio, alguma análise para os entraves propostos ao controle popular, leva-se a questionar se, de fato, as entidades cadastradas e qualificadas como Organizações da sociedade civil têm prestado o papel que lhes é designado, isto é, a atuação *in pro* da própria sociedade.

Tabela 2 -		
Oscips analisadas divididas por região		Percentual
Asa Norte	24	28,5 %
Asa Sul	23	27,3%
Brazlândia	2	2,38%
Boqueirão	1	1,19%
Candagolândia	1	1,19%
Ceilândia Norte	2	2,38%

Ceilândia Sul	1	1,19%
Cidade do Automóvel	1	1,19%
Cruzeiro Velho	1	1,19%
Guará II	2	2,38%
Lago Norte	3	3,57%
Lago Oeste	1	1,19%
Lago Sul	2	2,38%
Núcleo Bandeirante	1	1,19%
Paranoá	1	1,19%
Planaltina	3	3,57%
Samambaia	1	1,19%
São Sebastião	4	4,76%
SIA	1	1,19%
Sobradinho	2	2,38%
Sobradinho II	2	2,38%

Taguatinga	2	2,38%
Taguatinga Norte	2	2,38%
Vila Planalto	1	1,19%

Font
e:

Ministério da Justiça. Elaboração própria.

3.1.2 OSCIPS NO DF E SÍTIO ELETRÔNICO

Partindo para a Tabela 3, a proposta foi a de análise de quantas entre as entidades listadas tinham *sites* próprios. Anotou-se, do universo de 84, apenas 20 que se encaixavam nesse critério, valor que fica abaixo de 25% do total amostrado.

A construção do controle popular começa também na confiabilidade passada pelas instituições na construção da sua imagem. Hoje, com o constante avanço da tecnologia, principalmente no âmbito da internet, uma instituição qualificada com Oscip, sendo por isso, seu objetivo, o alcance de alguma finalidade de interesse público, a não apresentação de dados, programas, história, origem, entre outros, por meio da confecção de um sítio eletrônico, é fator que já atrapalha e muito, a devida possibilidade de análise e controle popular.

É claro que poderia se argumentar que várias das instituições listadas se mantêm com ínfimo suporte e muitas delas não têm contrato celebrado com o Poder Público e que, portanto, diante de todas essas circunstâncias, a preocupação em fornecer à sociedade suas informações por meio de um *site* seria a menor das suas preocupações.

De fato, parece que quando da análise dos entraves e dificuldades ao controle popular de tais instituições, a existência de um sítio eletrônico próprio, apesar de contar como aspecto favorável nesse controle, não é fator determinante para se concluir pela dificuldade de se realizar a fiscalização popular. Nesse sentido, é necessário que mais dados sejam observados.

Tabela 3-		
Existência de Sítio Eletrônico		Percentual
SIM	20	23,8%
NÃO	64	76,2%

Fonte: Elaboração própria.

Entretanto, antes de se partir para análise de outros fatores, que não os relacionados ao sítio eletrônico, a Tabela 4 traz um dado muito pertinente e até curioso.

Quando da constatação dos *sites*, observou-se que apenas 11 deles – isso no universo de 20 que é total auferido na Tabela 3 – apresentavam o endereço físico nos seus sítios eletrônicos. Sendo assim, 45 % dos sites analisados não continham o endereço das sedes físicas das entidades.

O que se mostra problemático, quando da análise desse dado, é que o controle, sobretudo popular, pode ser, em grande parte, exercido de maneira física, ou seja, com a visita presencial a tais entidades para que se averigüe a execução dos programas e projetos propostos. Apesar de, em tese, tais endereços possam ser encontrados na relação de Oscips cadastradas no Ministério da Justiça, não são todos os cidadãos que recorrem a tal plataforma para obtenção de informações, sendo o próprio *site* da entidade o meio mais comum para acesso e reconhecimento desses dados (endereços físicos das entidades paraestatais).

Tabela 4-		
Existência do endereço físico no Sítio Eletrônico		Percentual
SIM	11	55%
NÃO	9	45%

Fonte: Elaboração própria.

3.1.3 OSCIPS NO DF E CONTATO TELEFÔNICO

Seguindo para a Tabela 5, analisaram-se quais Oscips tinham o número de telefone cadastrado no Ministério da Justiça. No espaço amostral de 84 entidades, 38 não o possuem, totalizando 45.2% de entidades que não têm o número para contato disponível na listagem do Ministério da Justiça.

Lembre-se que, para receber a qualificação de Oscip há um processo definido em Lei com apresentação de documentação pertinente e comprovação de certos requisitos. Ora, diante disso, lança-se o questionamento da ausência de qualquer número cadastrado junto ao Ministério da Justiça para contato em quase metade das entidades analisadas.

Por óbvio, e como já observado aqui antes, o número de telefone não é o único meio que viabiliza o controle popular sobre as atividades da Oscip.

Tabela 5-		
Existência de número de telefone cadastrado no Ministério da Justiça		Percentual
SIM	46	54,8%
NÃO	38	45,2%

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à tabela 6, observou-se um aspecto um tanto quanto problemático da listagem fornecida pelo Ministério da Justiça. Quando da coleta de dados, pode-se observar que das 46 entidades com número cadastro na lista do Ministério, 43,5% desses números não era o mesmo encontrado em outra fonte de pesquisa.

Ademais, quando da tentativa de contato, a partir dos números fornecidos pelo Ministério da Justiça, muitos eram inexistentes e não recebiam chamadas. Ao se buscarem fontes alternativas (sites das entidades, listas de Ongs, ferramenta de pesquisa google), o número de telefone das entidades, em 26 delas, foi possível encontrar compatibilidade entre o número encontrado e o que outrora fora coletado no *site* do Ministério da Justiça.

Sendo assim, conclui-se no entendimento desta monografia, pela cumulatividade de diversos fatores problemáticos. A falta de endereços eletrônicos, a falta de endereços físicos nos *sites* relacionados e a falta de confiabilidade dos números fornecidos.

Ressalta-se que, para efeitos de controle popular, cada um desses fatores, quando analisados isoladamente, não parece contribuir muito para um aumento da dificuldade de acompanhamentos das atividades das entidades. Entretanto, quando cumulados, mostram-se como fatores altamente prejudiciais para o bom controle popular.

Tabela 6- Número de telefone de lista (ou site) é o mesmo encontrado no Ministério da Justiça		Percentual
SIM	26	56,5%
NÃO	20	43,5%

Fonte: Elaboração própria.

3.1.4 OSCIPS NO DF E PRESTAÇÃO DE CONTAS

A última análise proposta foi a relacionada à existência ou não de prestação de contas nos Sítios Eletrônicos. O universo de análise ficou limitado às 20 Oscips que apresentavam *sites* como forma de viabilizar as informações sobre a instituição e porque foi a única forma que se entendeu possível de apresentação da prestação de contas via *internet*.

Outro ponto que deve ser ressaltado é o de que o termo Relatório Financeiro abrangeu a busca por qualquer tipo de dados relacionados ao balanço contábil ou patrimonial da instituição, seja por meio da apresentação de prestação de contas ou de relatório sobre a divisão de gastos anual da entidade.

O primeiro aspecto que se pontua é o fato de que, uma vez que não foi considerada entre os fatores da pesquisa, a existência de termo de parceria com o Poder Público, não havia grande expectativa de se encontrarem documentos referentes ao controle financeiro de tais entidades, pois, ainda que qualificadas especialmente, são ainda entidades privadas que não têm a obrigação de demonstrar a abertura de suas contas em se tratando de dinheiro privado.

Esclarecido o primeiro aspecto, retorna-se ao ponto debatido em tabelas anteriores quanto à necessidade do controle popular, mesmo diante da inexistência de contratos firmados com a Administração Pública. Ampliando-se o espaço de análise para as 84 Oscips listadas, o número total de organizações com algum tipo de relatório financeiro estaria reduzido a 1,19% dessa quantidade.

Levando-se em consideração três aspectos pontuais quanto a tais entidades, que boa parte delas recebe doação de terceiros, que não pode ter nenhuma finalidade lucrativa e a sua função como entidade é a busca de atividades de interesse social, questiona-se o motivo de tais organizações não apresentarem um dado sequer no que se refere à utilização do dinheiro, ainda que privado, que é repassado a elas.

Tabela 7- Existência de Relatório Financeiro no Sítio Eletrônico		Percentual
SIM	1	5%
NÃO	19	95%

Fonte: Elaboração própria.

Por fim, a questão que se coloca é que, de fato, enquanto não for celebrado um termo de parceria com o Poder Público (como é o caso da maioria das Oscips aqui analisadas), tais entidades não estão sob o controle estatal, o que, em termos, as isenta da necessidade de apresentarem contas e conformidade com planos e propostas previamente acordadas.

Entretanto, como entidades qualificadas que são, isto é, com propósitos específicos de provocar mudanças sociais e cujo patrimônio é constituído, mantido e ampliado a partir de contribuições, doações e subvenções e que, de modo algum se reverte para seus membros ou mantenedores, deveriam se condicionar a apresentar melhores condições para a população como um todo.³⁰

Confira-se nessa esteira o entendimento proferido pelo Min. BENJAMIN ZYMLER, em Acórdão 1.655 de 2015, referente Tomada de Contas Especial:

³⁰ OLIVEIRA, Uma investigação sobre a prestação de contas das entidades do Terceiro Setor brasileiro, p. 63, 2009, apud OLAK, Paulo Arnaldo; NASCIMENTO, Diogo Toledo do. Contabilidade para entidades sem fins lucrativos (Terceiro Setor). São Paulo: Atlas, 2006.

5.11 Destaque-se que a obtenção do certificado Oscips emitido pelo poder público federal impõe a elas também o cumprimento de certos requisitos, especialmente aqueles derivados de normas de transparência administrativa. Ressalte-se que elas não podem distribuir entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades. Isso implica a obrigação de reaplicar, integralmente, em suas finalidades as sobras orçamentárias.

5.12 Então é da gênese das Oscip's o dever de adoção de práticas de gestão administrativas e contábeis que possibilitem a transparência. As práticas contábeis e administrativas devem ser suficientes para coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no processo decisório.

5.13 Frise-se que tais práticas e deveres independem se as receitas foram provenientes de repasses por meio de termos de parceria ou por meio de outras atividades regulares de prestação e serviços.

Ademais, entende-se que seria interesse do próprio Poder Público promover uma melhor avaliação e observação de tais entidades, mesmo porque, algumas delas poderão, no futuro, estabelecer contratos com o Estado, e este, por meio de um controle repressivo, concluir pela existência de inúmeros desvios e problemáticas, quando em um controle preventivo, antes mesmo de firmados os termos de parceria, poderia se analisar e perceber que certas organizações nunca se compatibilizaram ou tentaram estabelecer algum padrão de qualidade em suas gestões.

Nesse sentido:

Em relação às OSCIPs, a consulta aos Conselhos de Políticas Públicas é importante mecanismo de controle social prévio, que, se levado a sério, fortalecerá e legitimará os termos de parceria firmados com o Poder Público. Em fase posterior, a fiscalização efetiva da execução do objeto do ajuste por tais conselhos demonstra participação estatal que deve haver durante toda a implementação da parceira (artigos 10, §1º, e 11, da Lei nº 9.790/99).

3.2. PROBLEMAS PONTUAIS OBSERVADOS EM DECISÕES DO TCU: das dificuldades encontradas na fiscalização das entidades paraestatais.

A proposta do presente título é colacionar apontamentos realizados em acórdãos do Tribunal de Contas da União que indicam ou relatam dificuldades e impasses no controle das

entidades do Terceiro Setor. Longe de propor uma análise detalhada das decisões, busca-se apenas identificar um posicionamento sobre os entraves relacionados à fiscalização das entidades paraestatais que foram reconhecidos no âmbito do TCU.

A dificuldade de controle acerca de alguns pontos que serão tratados ao longo desse item é perceptível, da análise de alguns julgados do Plenário do Tribunal. Analisaram-se os julgados de 2012 a 2016 que levaram a conclusão de alguns indicadores constantes no que concerne à dificuldade de fiscalização quando da análise das contas de certas entidades do Terceiro Setor.

Em essência, dois serão os indicadores trabalhados ao longo da análise dos acórdãos, quais sejam a fragilidade patente dos mecanismos que Administração Pública tem para assegurar que a atuação das OSCIP seja compatível com os seus desígnios institucionais e o parco acompanhamento na execução dos contratos estabelecidos entre o ente público e a entidade privada.

O primeiro caso a ser analisado é o referente à Representação formulada pela empresa WEBAULA Produtos e Serviços para Educação S.A. acerca de possível irregularidade verificada na Concorrência n. 01/2012, levada a efeito no Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sescop, consubstanciada, em síntese, na participação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP no certame.

Com o fim de proporcionar um melhor entendimento da tese consubstanciada nos autos, o Plenário do TCU optou por criar um grupo de trabalho a fim de melhor dirimir os aspectos envoltos sobre a questão. Nesse sentido, assim se pronunciou o relatório da Corte:

(...) em função de a matéria versada nos autos, a qual, em síntese, consubstanciava-se na legalidade, ou não, de as OSCIP estabelecerem relacionamento com o Poder Público por meio da participação em torneios licitatórios – de forma diversa, portanto, da celebração de Termo de Parceria (Lei n. 9.790/1999) – o Tribunal determinou à Secretária-geral de Controle Externo – Segecex que constituísse Grupo de Trabalho com o fito de avaliar a questão.

Desse grupo de trabalho, destacam-se alguns apontamentos muito relevantes para a matéria. Confira-se:

113. Infere-se que, se há o controle quanto à manutenção da titulação para fins de celebração de termos de parcerias e, portanto, para a gestão de recursos públicos em prol de determinada área social, não se poderia

prescindir do mesmo controle no que tange à celebração de contratos firmados com a mesma destinação social, caso viesse a ocorrer, utilizando-se a OSCIP de iguais prerrogativas fiscais de entidade sem fins lucrativos para obter sucesso no procedimento licitatório.

114. Feitas essas considerações, corrobora-se o entendimento deste Grupo de Trabalho pela inviabilidade dessas organizações participarem de licitações promovidas pela Administração, **em função, dentre os aspectos já suscitados, das fragilidades dos mecanismos que Administração Pública tem para assegurar que a atuação das OSCIP seja compatível com os seus desígnios institucionais.**³¹ (sem grifos no original).

Esclarece-se, primeiramente, que o grupo de trabalho referente ao processo em questão foi conduzido prioritariamente para concluir pela possibilidade ou não da participação dos Sócios em procedimentos licitatórios promovidos pelo Poder Público.

Diante disso, no parágrafo 114, transcrito acima, percebe-se que um dos fundamentos cabais da controvérsia, a saber, a decisão por não permitir que tais entidades participem das licitações promovidas pela Administração, está diretamente relacionada ao reconhecimento da fragilidade da capacidade do Poder Público em exercer o controle sobre a atuação das Oscips.

QUEIROZ cita Coutinho, Bernardo e Silva (2008), que por sua vez exemplificam que ao estudarem a situação das Oscips no Estado de Minas Gerais, e nisso, sobre o controle externo, perceberam “a necessidade de uma maior aproximação dos órgãos fiscalizadores com os órgãos que estabelecem as parcerias de forma a viabilizar um diálogo permanente sobre as experiências em curso, com vistas a aprimorar as ações de controle.”³² -.

É perceptível que da análise dos apontamentos feitos na esfera do próprio TCU, um problema é central e recorrente, qual seja, a má gestão e fiscalização dos órgãos fiscalizadores primários, isto é, aqueles com competência direta para analisar a prestação de contas, regularidade e legitimidade das entidades do Terceiro Setor.

É tanto que NETO expõe que de acordo com o art. 4º, do Decreto nº 6.170/070, houve “a criação da exigência de processo seletivo para seleção de projetos ou de entidades parceiras, objetivado no chamamento público”. Pontua que, inclusive, compoendo esse processo, “a indicação dos critérios objetivos destinados à aferição da qualificação técnica e

³¹ ibidem

³² QUEIROZ, Júlio César Schroeder – Parcerias entre o poder público e o terceiro setor :o controle pelos tribunais de contas. Revista do tribunal de contas do estado de minas gerais. V 80 n.3, ano XXIX , 2011. P.59.

da capacidade operacional da entidade. sem dúvida, concorrem para o aperfeiçoamento e melhor fiscalização da relação de parceria com o Terceiro Setor”

Como pontuado por NETO, a fragilidade patente nas relações entre órgão controlador e entidade condicionou a Administração Pública a editar diretrizes que, de alguma forma, conferissem maior objetividade na seleção de certas entidades para estatais, visto que, a ampla subjetividade na escolha destas era mais um fator fragilizado quando se consideram possíveis conluíus entre os entes firmadores de contrato, termos de parceria ou convênio e os contratados.

Ademais, ainda na análise do acórdão 766/2013, outro ponto colacionado no teor da decisão merece ser destacado. Vejamos:

155. Tanto nesses casos como nos casos de aplicação de multas, somente seria coerente a aplicação dos dispositivos na Lei de Licitações e Contratos se houvesse demonstração da proveniência dos recursos utilizados para arcar com tais encargos, em que ficasse transparente que o Poder Público não está apenas exigindo contrapartidas sobre seus próprios recursos descentralizados.

156. Outro ponto importante a ser mencionado diz respeito à facilidade de transferência de gerenciamento das OSCIP: basta registro da transação em cartório. Essa prática, comumente utilizada em fraudes (<http://oglobo.globo.com/politica/ongs-com-selo-de-qualidade-do-governo-oscips-sao-negociadas-ate-na-internet-2876434>), pode se tornar um enorme problema para o gestor do contrato no que tange à consecução do objeto licitado e a responsabilização por eventuais inexecuções contratuais.

157. Necessário se faria também a proibição de qualquer subcontratação dos serviços licitados, situação em que a OSCIP não auferiria lucro, mas a subcontratada sim, configurando burla à obrigatoriedade do procedimento licitatório e utilização de vantagens indevidas de maneira indireta, em afronta ao princípio da isonomia, em especial para os certames em que se configure baixa competitividade.

158. A comprovação da regularidade fiscal e previdenciária da OSCIP que venha a participar de licitações muitas vezes também não será possível pelas vias tradicionais, a exemplo da exigência do SICAF ou dos índices equivalentes. Tampouco a comprovação de sua regularidade na prestação de serviços sociais de interesse coletivo figura como exigência possível nos procedimentos licitatórios regidos pela Lei 8.666/1993.

159. Nesses casos, seria possível, apenas por analogia, exigir as certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, alínea ‘b’, da Lei 9.790/1999, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, corroborado pelo Acórdão 1.777/2005 – TCU – Plenário, bem assim os

requisitos necessários à celebração de Termo de Parceria com o Poder Público, conforme o disposto no art. 9º do Decreto 3.100/1999 e a certidão de regularidade expedida pelo Ministério da Justiça, nos termos da Portaria 6/2012 – SNJ.

160. Em todas essas situações, contudo, permaneceriam várias brechas na aplicação da Lei 8.666/1993 às OSCIP, como as relativas às já mencionadas penalidades e prestações de garantias, e seria necessário regulamentar a aplicabilidade dos normativos próprios dos termos de parceria aos contratos firmados sob o respaldo da Lei 8.666/1993.

161. Observa-se, nos casos concretos já examinados, a grande deficiência na gestão contratual desses ajustes por parte do ente público contratante/parceiro.

162. Normalmente, os serviços são pagos mediante a simples apresentação de uma nota fiscal. Não existe o acompanhamento documental da efetiva execução dos serviços. Em caso de fornecimento de mão de obra, inexistem tampouco a exigência da apresentação dos recolhimentos de encargos trabalhistas do grupo de funcionários disponibilizados pela OSCIP para cumprimento do objeto da parceria, comprovantes de frequência, entre outros.

163. Acaba por ficar a cargo dos Controles Interno e Externo da União detectar as irregularidades e aplicar as penalidades, porém com uma dificuldade sobremaneira, pois, muitas vezes, inexistem registros e obrigações de qualquer tipo de transparência.³³ (sem grifos no original)

Em primeiro lugar, observa-se o pronunciamento do Min. Rel. sobre a “facilidade de transferência de gerenciamento das OSCIP: basta registro da transação em cartório. Nessa prática, comumente utilizada em fraude”, percebe-se que esse é um ponto de fragilidade que prejudica e muito que a fiscalização seja exercida com maior eficiência.

Pontua que “normalmente, os serviços são pagos mediante a simples apresentação de uma nota fiscal.” e que “não existe o acompanhamento documental da efetiva execução dos serviços” sendo assim, diante disso, “Acaba por ficar a cargo dos Controles Interno e Externo da União detectar as irregularidades e aplicar as penalidades, porém com uma dificuldade sobremaneira, pois, muitas vezes, inexistem registros e obrigações de qualquer tipo de transparência”.

³³ ibidem

O próprio Tribunal de Contas da União esclarece que dado ao parco acompanhamento na execução dos contratos estabelecidos entre o ente público e a entidade privada, o processo de fiscalização exercido pelo controle externo fica muito prejudicado.

Ademais, o ACÓRDÃO 2619/2016 – PLENÁRIO Processo 027.360/2012-1 Tipo de processo TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) pontua que, de fato, sem uma fiscalização ideal no controle de base, isto é, o responsável por fiscalizar diretamente os contratos, a fiscalização que posteriormente será exercida em sede de Tribunal de Contas, resta dificultada.

95. Observa-se que os responsáveis não demonstraram terem lançado mão dos mecanismos de supervisão previstos nas normas. **No caso dos dois planos de implementação em análise, não houve realização de visitas in loco por parte da SRTE. Da mesma forma, não houve o envio de relatórios gerenciais mensais pelo Idene, não tendo havido cobrança do MTE no sentido de que o ente parceiro regularizasse essa pendência.** Outro ponto constatado foi a não constituição do Comitê Gestor pelo MTE, termos do art. 9º, §1º, inc. III, da Portaria MTE 991/2008.

96. Além, alguns dos argumentos apresentados, em especial aqueles que relatam problemas com pessoal e recursos materiais, evidenciam que o MTE estava operando acima de sua capacidade operacional, o que inviabilizava o controle efetivo das transferências voluntárias, seja na fase de celebração, seja no acompanhamento e fiscalização da execução. (sem grifos no original)

Ainda, voltando e enfatizando mais uma vez a problemática de um raso controle inicial, colaciona-se trecho do Acórdão 1301/2016, Rel. Min Bruno Dantas. Vejamos:

Por fim, acrescento que **não há, nestes autos, informações acerca da atuação dos órgãos repassadores dos recursos, que, em regra, seriam os primeiros responsáveis por apurar eventuais irregularidades envolvendo recursos transferidos fundo a fundo. É importante incentivar a atuação harmônica e eficiente dos órgãos de controle interno e externo, com o intuito de evitar retrabalhos e conclusões discrepantes. A avocação imediata da incumbência de recomposição do erário pelo TCU, em situação como a dos autos, deve ser medida de exceção.** Nesse sentido, podem ser citadas as seguintes deliberações desta Corte: 4771/2010, 5407/2015, 4566/2015, 4568/2015, da Primeira Câmara; e 151/2016 e 1000/2014, da Segunda Câmara.

No caso em questão, não vislumbro nenhuma particularidade que justifique a adoção de um curso diferenciado para a apreciação dos fatos, cabendo, portanto, primeiramente, aos órgãos repassadores dos recursos tomarem as providências legais pertinentes. Cumprida esta etapa, e caso se verifique

qualquer das hipóteses previstas no art. 8º da Lei 8.443/1992, cabe ao repassador instaurar a correspondente tomada de contas especial, que, posteriormente, deve ser encaminhada ao TCU para julgamento. (sem grifos no original)

A consideração feita na esfera do Tribunal de Controle é constante. Conquanto não seja o foco do presente estudo, uma análise exaustiva das decisões feitas em esfera da corte de contas envolvendo entidades do Terceiro Setor revelaria³⁴ um padrão imenso de críticas e apontamentos negativos no que diz respeito ao controle exercido na base, isto é, pelos órgãos que responsáveis pela fiscalização direta dos contratos, termos de parceria ou convênios.

Ainda, no acórdão do TC 018.739/2012-1 em fiscalização feita junto às secretarias estaduais e municipais da saúde entraves e dificuldades são mais uma vez perceptíveis ao longo de todo o voto do Ministro. Relevante destaque para trecho colacionado abaixo no qual o Relator pontua que “observa-se que o controle exercido sobre as organizações sociais no Estado da Paraíba é mínimo. O ente não dispõe de mecanismos para avaliar e monitorar as ações das entidades parceiras.” Tal fato revela que as dificuldades pontuadas pelo TCU vão muito além da sua esfera de competência em evita-las. Em alguns, casos, o Tribunal se vê capaz de saná-las posteriormente, mas impossibilitado de atuar de forma que incentive a mudança das práticas parcas de controle.

Também se questiona com isso que, uma vez que são verificadas em âmbito do TCU as imensas dificuldades no controle originário das entidades de Terceiro Setor, até que ponto as falhas constatadas que chegam à apreciação do tribunal são maioria ou totalidade? Pontua-se que, dada à extrema limitação da fiscalização de primeira “base” é bem possível que a boa parte das fraudes e desvios sequer chegue ao conhecimento da Corte de Contas. Para além, colacione-se para exemplificar, trechos do acórdão citado anteriormente:

4.1.1 Município do Rio de Janeiro

[...]

152. Portanto, a contratação de organizações sociais deve ser precedida de estimativa de custos e preços. Ao não incluir nenhuma memória de cálculo no processo e contratação, o órgão governamental não comprova o

³⁴ Explica-se que foi realizada uma extensa leitura de inúmeros acórdãos do TCU, conquanto poucos foram selecionados, a fim de evitar que a análise não fosse prolixa e carente de efetividade. O apontamento sobre a enorme quantidade de decisões nesse sentido é feita com base em uma análise detalhada e pormenorizada, não se tratando de uma informação sem fundamento replicada com fins alarmantes.

atendimento às exigências legais, o que se mostra ainda mais grave na medida em que tal fato foi alertado por comissão do governo municipal.

[...]

4.2.2. Estado da Paraíba

[...]

220. Devido à irregularidade identificada na qualificação e seleção da entidade Cruz Vermelha-RS, além dos graves problemas identificados no controle e fiscalização pelo governo estadual na execução do contrato de gestão [...].

[...]

337. Observa-se que o controle exercido sobre as organizações sociais no Estado da Paraíba é mínimo. O ente não dispõe de mecanismos para avaliar e monitorar as ações das entidades parceiras. As atividades de controle identificadas como necessárias não foram implementadas, mesmo após fiscalização do TCE-PB e solicitação da equipe de avaliação. Tais fatos, aliados à falta de critério na qualificação e seleção da entidade, geram riscos graves de desvios de recursos e má prestação dos serviços públicos.

[...]

410. O controle exercido por alguns entes também é falho, com equipes reduzidas e sem a qualificação necessária. As prestações de contas não são analisadas adequadamente, possibilitando eventualmente o desvio de recursos públicos, e os resultados alcançados são verificados de forma superficial, inclusive devido às falhas nas metas e indicadores. Este controle seria aprimorado caso houvesse a participação ativa da sociedade, por meio dos conselhos de saúde, mas estes são ignorados em diversos entes fiscalizados.

Por fim, no Acórdão 1655/2015 –, Sessão 08.07.2015 proferido pelo Rel. Min. Benjamin Zymler, é possível também observar certos apontamentos quando da fiscalização das entidades do Terceiro Setor. Confira-se:

42. Compulsando os autos, constatei que a quantificação do débito pela Secex-PR se alinhou às normas deste Tribunal, sendo realizada a aferição do necessário nexos de causalidade entre os recursos federais transferidos e as despesas informadas pelos responsáveis. No cálculo do débito, a unidade técnica considerou todos os pagamentos efetuados pela municipalidade, abatendo as despesas que puderam ser comprovadas e conciliadas nos extratos bancários à peça 5, fls.14/89.

43. Esse trabalho hercúleo, cuja qualidade faço questão de louvar neste voto, foi necessário em virtude da desordem observada na documentação comprobatória dos gastos dos recursos públicos nos ajustes celebrados. Não obstante as diversas oportunidades de manifestação

franqueada aos responsáveis, não houve apresentação de documentos com o mínimo grau de organização demonstrando a correta aplicação dos recursos.

44. A questão da comprovação das despesas dos serviços ajustados demanda cuidados especiais de controle, em particular quando há cessão de mão de obra (terceirização) à Administração Pública, em que os serviços prestados não deixam evidências de que tenham sido realizados. Assim, não se pode admitir pagamento de serviços sem a comprovação de que foram efetivamente prestados, independentemente da natureza jurídica do ajuste firmado.

45. Portanto, a análise da documentação relativa às despesas realmente incorridas pela contratada foi a única forma encontrada pela unidade técnica para exame das contratações do Instituto Confiancce, pois tais gastos estão diretamente atrelados ao quantitativo de profissionais disponibilizados pela entidade à Administração. Também é fundamental que haja demonstração do nexo de causalidade entre os contratos e as despesas realizadas, o que em nenhum momento foi providenciado pelos recorrentes.

46. O procurador constituído do Instituto Confiancce apresentou as tabelas às fls. 49/55, peça 206, alegando que o TCU deixou de considerar no cálculo do débito uma série de gastos, tais como férias, rescisões trabalhistas, multa do FGTS, décimo terceiro salário, seguro de vida e vales transporte e refeição. Alega o recorrente que esses pagamentos poderiam não ocorrer de imediato, mas deveriam ser apropriados, pois seriam efetivamente desembolsados no futuro. O próprio TCU admitiria a apropriação dessas verbas nos demonstrativos de encargos sociais dos orçamentos de suas licitações (cita, como exemplo, o Pregão Eletrônico 07/2011, realizado pelo TCU). Além disso, a base de cálculo a ser utilizada deveria ser a remuneração do empregado, considerando salários e adicionais de insalubridade e noturno.

47. Nesse ponto, verifico que as folhas de pagamento utilizadas pela equipe de auditoria no cálculo do débito (peça 159 e outras) já incluíram nos valores de remuneração todas as rubricas exigidas pela legislação trabalhista (férias, adicional de 1/3 de férias, 13º salário, seguro de vida, salário maternidade, adicional de insalubridade, auxílio alimentação, auxílio transporte, aviso prévio, salário família, plano odontológico, etc.). As omissões verificadas nas multas do FGTS e no recolhimento de alguns tributos já foram devidamente consideradas no tópico anterior deste voto, reduzindo parcialmente o débito imputado. Portanto, não assiste razão ao recorrente.

48. Contudo, é de se reconhecer que, ainda que computados todos os gastos incorridos pelo Instituto Confiancce, também existiriam gastos futuros com verbas rescisórias dos contratos de trabalho que não foram consideradas no cálculo do débito, tais como aviso prévio, multa rescisória do FGTS e férias proporcionais. As verbas rescisórias constantes das folhas de pagamento consideradas pelo TCU se referem apenas aos empregados cujo contrato de trabalho foi rescindido no mês de pagamento. Assim, ainda devem ser

aprovionados os impactos das verbas rescisórias dos empregados que ainda prestavam serviços ao Instituto Confiancce.

49. Ademais, se por um lado não foi possível correlacionar os diversos comprovantes de despesa enviados pelos recorrentes com a execução dos instrumentos em exame, também é crível que o Instituto Confiancce tenha arcado com diversos gastos administrativos e operacionais que não foram considerados no cálculo do débito. Cito, a título de exemplo, os gastos com tarifas bancárias, os quais podem ser constatados nos extratos bancários à peça 5. Também é de se esperar que a entidade tenha incorrido em despesas diversas de sua administração central, tais como honorários de auditoria independente e contabilidade ou a remuneração dos seus dirigentes. É absolutamente inviável correlacionar, sem algum critério de rateio, tais custos indiretos aos instrumentos celebrados com a Prefeitura de Paranaguá.

50. Ante o exposto, com base no art. 210, §§1º, inciso II, e 3º, do RITCU, em favor dos responsáveis, realizei novo cálculo de débito seguindo metodologia distinta da utilizada pela equipe de auditoria, na qual lancei como despesas administrativas o percentual de 5,46% sobre a folha de pagamento (acrescida dos encargos sociais). É o percentual que foi adotado pelo próprio Instituto Confiancce na planilha de formação de preços do Termo de Parceria 5/2006 (peça 4, fl. 51). Para fazer jus ao montante a ser provisionado com todos os encargos trabalhistas e verbas rescisórias que eventualmente não estejam considerados dentre os gastos efetivamente comprovados, considere o percentual de encargos sociais declarados pelo Instituto Confiancce de 67,42% em sua planilha de custo (peça 4, fl. 51). Esses percentuais de encargos sociais (67,42%) e de despesas administrativas (5,46%) estão razoáveis, pois o TCU adotou valores de 77,761% e 5%, a título de encargos sociais e despesas administrativas, respectivamente, no Pregão 07/2011, citado pelos recorrentes.

Apesar de não encontrarmos nesse acórdão um apontamento específico sobre alguma dificuldade ou obstáculo na atuação da fiscalização, percebe-se, no decorrer do voto do Rel. Min. Benjamin Zymler o trabalho intenso realizado para que as contas pudessem ser apreciadas, como pontuado neste trecho: “esse trabalho hercúleo, cuja qualidade faço questão de louvar neste voto, foi necessário em virtude da desordem observada na documentação comprobatória dos gastos dos recursos públicos nos ajustes celebrados.”.

Evidencia-se que a falta de controle e fiscalização pelos gestores responsáveis prejudica e dificulta, em muito, a posterior fiscalização exercida no âmbito do Tribunal de Contas, encarece o processo e impossibilita uma maior eficiência quando do Controle das entidades paraestatais.

Em algumas decisões, as dificuldades se mostraram mais aparentes a até explícitas, em outras, sutis, mas, ainda assim, perceptíveis. Seja como for, é inconteste que o controle do Terceiro Setor em sede do Tribunal de Contas tem perpassado entraves e desafios. Buscou-se pontua-los e identificá-los, ainda que com certa superficialidade.

4. PROPOSTAS PARA A PROBLEMÁTICA DA FISCALIZAÇÃO

Longe da pretensão de ser uma cartilha estanque de soluções definitivas sobre as problemáticas pontuadas ao longo desse estudo, o presente capítulo procura pontuar aspectos que foram considerados extremamente relevantes, seja na doutrina ou na própria crítica pessoal, para minimizar os entraves à fiscalização e tentar mitigar os riscos no controle das entidades do Terceiro Setor.

O capítulo terá enfoque em trabalhar aspectos do controle por resultados e social, além de pontuar relevantes contribuições da política da transparência para isso. Ainda, tentará propor relações, pontuando semelhanças e diferenças de práticas internacionais que tenham alcançado bons resultados e assim, sejam também pensadas na esfera nacional.

4.1. PRÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR: CONTROLE POR RESULTADOS

A primeira análise ficará por conta do aspecto do controle por resultados. Como exposto anteriormente, a breve explanação não se propõe como um marco definidor das práticas ideias para que os problemas tratados ao decorrer deste estudo sejam sanados de forma definitiva. Entretanto, apontamentos sobre o controle por resultados na realidade do Terceiro Setor são de extrema valia vez que tem o condão de proporcionar uma franca melhoria nas atuações fiscalizatórias brasileiras, especificamente no que diz respeito às entidades paraestatais.

De início, VASCONCELOS ensina que o controle que é limitado apenas a critérios de legalidade quando aplicado em entidades que possuem regime gerencial, portanto, mais flexível, acaba por se mostrar incompatível, caso aplicado de forma exclusiva. O que ele propõe é a adoção conjunta dos controles tradicionais e formais com o controle de resultados voltado ao atingimento de metas.

A adoção cumulada desses critérios por um lado, dos resultados, promove um desafogamento e diminuição de custos do controle externo exercido pelos Tribunais de

Contas, do outro, burocrático e tradicional, mantém as entidades paraestatais sob a limitação de agir dentro de aspectos racionais de gastos e longe de práticas corruptas.

MENESES explica que o Poder Público é pautado, ou pelo menos deve ser, pelo princípio da eficiência, conforme as diretrizes dos arts. 37 e 74 da Constituição Federal de 1988.

VALLE reforça mais uma vez o entendimento de que “deve-se realçar que o modelo de controle do sistema burocrático, caracterizado pelo aspecto preventivo, formalista e processual, não deve ser totalmente descartado, mas adicionado ao controle de resultados para que obtenha êxito”³⁵.

MENESES esclarece que o controle por resultados “amplia as possibilidades de *accountability*, por tornar mais claros os objetivos a serem alcançados mediante parcerias com entidades do Terceiro Setor que procuram atingir metas harmonizadas com políticas públicas anteriormente definidas pela sociedade por meio dos instrumentos jurídicos de participação popular.”³⁶

O controle por resultados, entretanto, não pode ser baseado em um ideário utópico de que as propostas e metas acordadas entre Poder Público e entidades paraestatais serão amplamente alcançadas e verificadas por meio de uma gestão flexível e somente isso.

MENESES reconhece que devem ser “aperfeiçoados e modernizados os mecanismos de fiscalização, para se aferirem os resultados acordados nos convênios, termos de parceria, contratos de gestão e instrumentos legais congêneres. Destarte, importa dizer que se deve alinhar eficiência e controle por resultados por meio do acompanhamento concomitante do desenlace dos objetos ajustados dentro dos mais lícitos critérios legais.”³⁷

Ainda sobre a proposta do controle por resultados, confira-se o posicionamento de SUNDFELD:

Noutros termos, enquanto o controle da parceria tradicional focava-se na comprovação de gastos "legítimos" pelo parceiro executor, como que a pretender capturar a sua "boa intenção" a partir de notas fiscais de dispêndios e recibos de pagamento, o controle da moderna parceria passou a se preocupar, com maior ênfase, com os resultados apresentados pelo executor. Seus gastos continuam a ter de realizar-se segundo padrões de probidade e moralidade - e este controle de gastos continua relevante, por certo -, mas a verificação da efetiva execução do objeto pactuado ganhou proeminência.³⁵

³⁵ Sundfeld, 2013. As Modernas Parcerias Publicas, p. 53

Ainda sobre controle por resultados, a realidade francesa pode ter alguns aspectos de relevância para serem expostos nesse sentido. Senão, vejamos:

No entanto, com a edição das circulares editadas a partir de 2000, dispondo sobre a celebração de convênio e a concessão de subvenções, o governo francês vem instituindo uma política de avaliação dos resultados e benefícios gerados com a aplicação dos recursos subvencionados. Assim dispôs o primeiro-ministro francês na circular de 1º de dezembro de 2000: "a avaliação não deve ser confundida com os controles que exercem a administração sobre as condições de utilização dos recursos públicos. A avaliação visa melhorar a eficácia e a eficiência de um projeto ou de uma ação graças a um diagnóstico estabelecido a partir de indicadores definidos no momento da celebração do convênio. Ela permite comparar os resultados aos objetivos e ser de parâmetro para a avaliação da celebração da conveniência de celebração de um novo convênio com a mesma entidade." Visando oferecer balizas e parâmetros concretos para a utilização das premissas do novo sistema de avaliação proposto, foi editado um guia de avaliação elaborado por uma Delegação Interministerial para a inovação social e a economia social (DIES), que se tornou referência a ser obrigatoriamente seguida por toda a administração pública.³⁶

Percebe-se que aqui não está a se falar estritamente de controle por resultados, mas sim de uma atividade avaliativa constante. Entretanto, tal sistema pode ser interpretado na perspectiva do controle, visto que é a partir da análise de resultados concretos que o ente público decide pela continuidade da celebração dos convênios. Sendo assim, ainda que não esteja a se falar estritamente em controle, é uma forma de, por meio dos resultados, controlar a atividade das entidades do Terceiro Setor. Nesse mesmo sentido, isto é, controle a partir da análise dos resultados obtidos pelas entidades paraestatais, e, ainda na perspectiva do direito Francês, outro apontamento de extrema relevância pode ser percebido Confirma-se:

O controle também está presente na concessão e renovação de títulos e certificações. Conforme já visto, as associações e fundações que pretenderem obter o reconhecimento de utilidade pública deverão se submeter ao juízo de discricionariedade do Ministro do Interior e eventualmente do Conselho de Estado, que deverá, no entanto, seguir certos parâmetros consolidados pela jurisprudência do órgão. Anualmente, essas entidades deverão prestar contas de suas ações e de sua situação financeira e contábil ao órgão que lhes concedeu o título, para garantir a sua renovação.

A realidade brasileira difere um pouco quando está em análise esse contexto de renovação de títulos. No caso das organizações sociais, por exemplo, não há uma renovação anual dos títulos, mas sim, a possibilidade de perdê-los.

³⁶ *ibidem*

ALEXANDRINO e PAULO, (2014) explicam que a desqualificação de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público é realizada a partir de um processo administrativo, com ampla defesa e contraditório. Nesse sentido, parece que uma avaliação periódica para que o título possa ser renovado é uma opção a ser considerada na realidade brasileira.

Isto porque, após garantir a titulação, várias entidades paraestatais não permanecem centradas em cumprir suas propostas de qualificação e criação. Diante disso, a perspectiva de uma prestação de contas e ações anual ao órgão que lhes concedeu o título não só incentiva as entidades paraestatais a continuarem se organizando e trabalhando conforme as diretrizes da sua qualificação, como também enxuga e facilita a análise do controle externo.

4.2. PRÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR: Controle social e perspectivas da essencialidade da transparência.

Outra visão de ajustes e proposta para superar os entraves postos à fiscalização do Terceiro Setor é encontrada no controle social. FERREIRA FILHO introduz a questão ao explicar que a Constituição Federal repassou ao Estado a obrigação da prestação dos serviços sociais. Diante disso, e considerando que o Poder Público não dota de condições para oferecer na sua completude o acesso a tais serviços, seja por questões orçamentárias, seja pela evolução diária do espectro desses direitos sociais. E é a partir daí que, segundo FERREIRA FILHO, a Constituição tratou de permitir que tais direitos e serviços possam ser explorados e oferecidos pela iniciativa privada.

O repasse dessas atividades tem encontrado guarida no Terceiro Setor. Organizações não governamentais, Organizações sociais e Organizações da sociedade civil assumem esse papel, na exploração dos direitos sociais. FERREIRA FILHO pontua que “o Estado assim o faz para estimular a própria sociedade a resolver seus problemas, estabelecendo essas parcerias que estreitam as fronteiras entre os espaços públicos e privados” .

Relembra-se que, ao repassar a execução dos serviços sociais para as entidades privadas não há em nenhum momento a pretensão de que haja queda de qualidade no serviço oferecido, pretendendo-se ser igualmente ou até mais eficiente que a prestação estatal. É nesse sentido que se propõe analisar o controle social, em uma perspectiva de que a sociedade como recebedora do serviço prestado possa-lhe exigir a prestação de qualidade, eficiência, legitimidade e moralidade.

Para MENESES, o controle social pode ser traduzido em vários instrumentos, quais sejam responsabilidade na gestão fiscal, orçamento participativo, audiências públicas,

conselhos gestores de políticas públicas, plebiscito e referendo. Entretanto, alguns desses instrumentos, principalmente as audiências públicas, são, muitas vezes, acompanhados de vícios subjetivos. Explico. Interesses políticos e econômicos muitas vezes prevalecem nesse dito controle popular, limitando a “voz pública” a três ou quatro vozes de maior influência.

Diante disso, o presente estudo enxerga como uma possibilidade mais efetiva na tentativa de diminuir as dificuldades de fiscalização das entidades do Terceiro Setor, o denominado *accountability* que se traduz, conforme MENESES, como o controle efetuado pela sociedade (e aqui como um todo, não se limitando a espaços e grupos selecionados).

Segundo MENESES:

Aplicar o termo *accountability* para o Terceiro Setor significa dizer que a entidade deve ser idônea, ter estrutura física, capacidade técnica e operacional, para se desincumbir do encargo social a que se submeteu mediante os instrumentos legais congêneres. Ademais, deve ser transparente na sua administração e prestar contas a seus membros e à sociedade.³⁷

Para além, MENESES, citando SIMONE COELHO, afirma que “quando uma organização do Terceiro Setor é tida como *accountable*, isso significa que ela é idônea, que presta contas aos seus membros ou à comunidade a que serve e que está estreitamente vinculada aos interesses destes, preservando sua reputação e idoneidade.”³⁸

Ainda, a fim de que uma instituição seja considerada *accountable*, ela “deve responder plenamente à sociedade e a seus membros, fornecendo justificativas e explicações. Essa é uma postura que vai além da obediência a regras formais. A lei pode prover um caminho padrão de procedimentos, mas não necessariamente um caminho ético.”³⁹

Tal abordagem pode parecer excessiva quanto ao que se deve exigir de entidades privadas, mas um apontamento do Procurador da República Rômulo Moreira Conrado vem esclarecer a situação de certas entidades paraestatais:

(...) não apresentam condições mínimas de manutenção. Então elas acabam precisando se utilizar de recursos federais, que seriam utilizados para prestação de serviços, mas que de fato acabam se utilizando desses recursos para o seu próprio custeio. É o caso de ONG que, após receber 63 recursos públicos, instala-se, adquire uma sede, compra computadores, paga salários aos seus membros e dirigentes. A fim de evitar tais casos, deve o Estado assumir maior fiscalização para impedir que a verba pública repassada venha a ser dilapidada. **Os atuais mecanismos de controle não são suficientes**

³⁷ MENESES, 2013. Terceiro Setor: Uma visão crítica. Dissertação de Mestrado, 2013

para assegurar uma correta fiscalização de recursos e uma correta aplicação desses recursos públicos.³⁸ (sem grifos no original).

A necessidade de um real controle social, e aqui se entenda aquele que possa ser assumido na perspectiva do *accountability*, mostra-se extremamente necessária. Apesar de necessários, os atuais sistemas de controle não têm sido suficientes para compreender a dimensão do problema envolvendo as entidades do Terceiro Setor; e nisso podem-se incluir até os procedimentos assegurados em Lei de controle popular, como as consultas públicas, que, como anteriormente demonstrado, não têm assumido um papel de muita efetividade nesse meio.

Ainda sobre o controle social, é preciso que dois pontos centrais sejam enfatizados para que ele possa ocorrer da melhor maneira possível. O primeiro deles é a transparência, tanto da entidade, quanto da perspectiva do Estado que deve traduzir essa transparência no segundo ponto essencial, qual seja, o acesso à informação. A transparência se traduz na divulgação clara de resultados, relatórios, balanços financeiros, sendo o acesso à informação a viabilização desses dados à sociedade como um todo.

No relatório da CPI das ONGs, LUCAS FURTADO problematiza essa questão. Confira-se:

Dados apresentados pelo Ministro Ubiratan Aguiar dá a notícia de mais de dez bilhões de reais não examinados. Senhores, eu penso a situação de alguém que tenha desviado parte do recurso e aplicado a outra parte do recurso no objeto do convênio, o que esse indivíduo, que sabe que o seu processo está parado no Ministério há anos, sem que ninguém tenha aberto a primeira página, poderia pensar e ter dito: por que é que eu não roubei tudo? Por quê? Porque se tivesse roubado, ninguém iria saber. **Não há controle social, não há como se exercer controle social porque não se dá transparência a esses processos e não há estrutura de fiscalização.**³⁹(sem grifos no original)

O foco na transparência dos processos é essencial para que o controle social possa ser exercido. É inviável projetar o controle popular, com a participação ativa da população, sem que sejam conferidos a todos os processos de repasse de verbas e a respectiva aplicação delas por parte das entidades paraestatais a transparência cumulada com livre acesso.

³⁸ Relatório final CPI DAS ONGS , disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>. p. 63-64

³⁹ Ibidem. p. 68

VALDIR TEIXEIRA, secretário de controle interno da CGU, pontua que “mesmo que contássemos com um exército de auditores, não poderíamos estar em todos os locais, em 5.000 (cinco mil) municípios.”

Ainda, considera que “num país de dimensões como as nossas, não há controle, nem externo nem interno, que possa cobrir todo esse universo. Precisamos abrir janelas para a participação do controle social.”

Finaliza-se esse capítulo pensando além: na perspectiva de que o controle social possa ensejar práticas de boas condutas por parte do Terceiro Setor antes mesmo da celebração de convênios com os entes públicos. Entende-se que entidades abertas à perspectiva da transparência têm, ou ao menos deveriam ter mais chances de captação de recursos, porque sendo atividades que têm o propósito de atender à sociedade, em apresentando desde antes do contrato de convênios com o Estado, uma gestão transparente, estariam mais aptas para poder realizar com legalidade e moralidade as parcerias e contratos de gestão com o Poder Público. O mesmo vale para captação de recursos na área privada. Entidades com melhor prática e que facilitam o controle social são mais propensas a receberem doações privadas, concluindo-se que é vantajoso que aquelas atuem com uma gestão clara e transparente.

Nesse sentido, JOÃO PAULO VERGUEIRO – Diretor Executivo da ABCR (Associação Brasileira de Captadores de Recursos e Coordenador do Grupo de Excelência de Administração do Terceiro Setor) – ensina que “ser transparente é fundamental e é um dos principais fatores que garantirá o sucesso na captação de recursos das organizações, pois consolida a relação entre elas e seus doadores, e também dela para com toda a comunidade.”

Ainda, pontua que:

(...) muitas instituições que se recusam a divulgar seus números financeiros, usam o argumento de que não podem que há concorrência, as outras saberiam dos dados delas. Esse argumento é falacioso. Se é uma organização da sociedade civil, que tem finalidade pública – uma causa, um grupo, uma bandeira- não pode pensar desse jeito, tem que ser transparente.

(...).

não dá para não ser transparente no Terceiro Setor. É pressuposto, é obrigação. E é o que querem a comunidade e os doadores, e por isso tem que ser prioridade também dos captadores.

É interessante como a personalidade jurídica de direito privado dessas entidades é ressaltada ao longo das diretrizes americanas e que, mesmo diante disso, há um estímulo, ou, ao menos, uma perspectiva, de que tais entidades sejam transparentes e divulguem parte de

suas ações. Instrumentos como esse seriam de muita valia na realidade brasileira, quanto ao aspecto do controle, porquanto se formalizam como meio de controle social.

Outro apontamento relevante se encontra nas práticas de transparência e prestação de contas norte americana.

V. Transparência e Prestação de Contas Financeira 1. A entidade deve indicar claramente seus propósitos e objetivos quando captar recursos, de forma a possibilitar que qualquer pessoa possa avaliar se os efetivos desembolsos estão alinhados com tais objetivos. 2. Pedidos de doações deverão indicar precisa e claramente ao doador onde e como os recursos doados serão gastos. 3. A entidade deverá garantir que todo material de captação de recursos ou com informações sobre suas atividades, distribuídos por qualquer forma, sejam precisos, verdadeiros e sem indução a erro, no todo ou em parte.⁴⁰

Destaque especial para o ponto 1, a saber, “de forma a possibilitar que qualquer pessoa possa avaliar” que evidencia mais um reforço nas práticas de controle, assumindo novamente a importância do controle social, mesmo que a entidade tenha atuação limitada à esfera privada.

Por fim, mais uma contribuição no referente ao controle social, e, ainda na realidade americana pode ser pontuada por PAES, (2011) que aponta algumas diretrizes que devem ser seguidas pelas instituições de caridade americana (que equivalem a certas entidades paraestatais brasileiras) quanto às práticas de supervisão e controle. Confira-se:

4. Instituições de caridade devem manter e divulgar publicamente uma lista atual de membros do Conselho de Administração, seus salários e sua afiliação com qualquer subsidiária ou filial da organização.

(...)

6. Respeitando os direitos de privacidade individual, instituições de caridade devem manter registros de informações de identificação de pessoas que recebam recursos da entidade.⁴¹

Relembrando o estudo prático realizado no capítulo 3, referente à análise das Oscips, no qual foi trabalhada a perspectiva do controle social mesmo diante de entidades que não tinham vínculo de parceria com o Poder Público. Na oportunidade, concluiu-se pela baixíssima preocupação e esforço das entidades em assegurar algum tipo de resposta ou relatório de atividades à sociedade.

⁴⁰ ibidem

⁴¹PAES e SZAZI, 2011. Melhores práticas internacionais regulatórias do Terceiro Setor.

Conforme PAES (2011), as práticas do Terceiro Setor analisadas nos Estados Unidos parecem indicar um rumo diferente. Isto porque, mesmo em uma esfera totalmente privada de atuação (como foi o caso de análise do capítulo 3), as diretrizes americanas são no sentido de estimular as entidades de caridade a divulgarem suas ações e registrarem informações referentes a pessoas que recebam tais recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro ponto que deve ser esclarecido, como já foi apontado e bem exposto na introdução deste presente estudo, é que a pretensão dos apontamentos e críticas levantadas foi o fortalecimento do Terceiro Setor. A despeito dos inúmeros revezes como bem pontuado por JUSTEN, quando considerado o princípio da eficiência, deve-se optar que o Estado se limite às atividades que são consideradas essenciais e repasse a terceiros outros serviços de relevância pública.

Como bem trabalhado ao longo desta monografia, o Estado conta hoje com uma limitação física e estrutural para abrigar no cerne da sua competência os inúmeros anseios e problemáticas de ordem social, seja na área do lazer, saúde, educação ou cultura, o fato é que o Poder Público é desprovido de aparato necessário para realizar e prover com maestria serviços de todas essas ordens. Diante disso, fortalece-se o posicionamento da necessidade, considerando a busca pela eficiência e qualidade dos serviços sociais prestados, de repassar às entidades do Terceiro Setor a prerrogativa de atuar conforme as carências da sociedade.

A percepção do Terceiro Setor como um reflexo do direito flexível também solidificou a capacidade de atuação desse em prol da sociedade. Isto porque, como foi exposto, pensar o direito flexível na realidade das entidades paraestatais é pensar a maximização da eficiência das entidades na medida em que o maior leque de flexibilidade na gerência dessas as possibilita trabalhar de melhor forma com o atingimento das metas de interesse público.

Ademais, desde que o Terceiro Setor começou a ganhar força na realidade brasileira, pode-se ver, em muitos casos, que o papel de “substituto” do Estado na prestação de certos serviços foi feito de maneira competente e com padrões de excelência. Entretanto, conforme o Setor vem crescendo e ganhando força, percebeu-se, concomitantemente, o declínio da confiabilidade nas entidades particulares que contavam com dinheiro público para a promoção

de atividades de relevante interesse público. Isto porque diversos escândalos foram sendo constatados e, junto com isso, a percepção não só dos esquemas de corrupção, mas também da fragilidade do sistema quando da verificação das verbas repassadas pelo Poder Público a tais entidades. Percebendo que tais práticas e dificuldades de verificação têm enfraquecido o sistema é que se propôs a presente monografia.

Percebeu-se, ao longo do estudo, que não só um, mas vários fatores parecem contribuir para que a fiscalização e o controle do Terceiro Setor sejam dificultados. Desde o excesso de trabalho dos Tribunais de Contas até a falta de transparência em vários aspectos das entidades mostraram-se decisivos para prejudicar os processos de controle.

Por meio de uma análise prática, pode-se perceber que várias entidades, ainda que falando apenas no âmbito privado, não apresentaram nenhum parâmetro, por menor que fosse de transparência e abertura dos seus processos, inviabilizando até para doadores particulares algum critério de confiabilidade em tais instituições.

Conclui-se também por meio dos acórdãos do próprio Tribunal de Contas que os entraves nos processos de fiscalização e levantamento de informações são muitos, sendo que muitos dados, ainda quando em sede de Tomadas de Contas Especial, permanecem obscuros e de difícil compreensão.

Contudo, mesmo diante de todos esses apontamentos, a conclusão deste estudo não foi pessimista, ao passo que levantou perspectivas de melhora, seja por meio das breves comparações com práticas de controle adotadas no exterior como incentivos ao controle de resultados e, principalmente ao controle social.

Reforça-se, nessas considerações finais, que a melhor maneira entendida por este estudo de que se fiscalizem, no sentido amplo da palavra, as atividades referentes às entidades do Terceiro Setor encontra-se no controle social.

A proposta é repensar como o controle dessas entidades é feito hoje. Um controle realmente realizado pela sociedade como um todo, não se limitando aos instrumentos legais para tanto. Incentiva-se o controle por geolocalização, isto é, enfoque territorial.

Explica-se: por exemplo, uma Oscip empenhada em promover o esporte no bairro de São Sebastião. O que impediria a entidade de afixar em um mural o relatório dos gastos, repasses que tem recebido inventário do material, como tem utilizado o dinheiro?

Pais que matriculam os filhos no programa oferecido pela Oscip podem assim, por meio de um controle informal, mas direto e efetivo, colocar-se a par dos investimentos realizados pelas entidades, se têm comprado o material, se têm utilizado os recursos doados em promoção das atividades sociais e não em repasse para sócios ou como fonte de lucro e eventualmente promover denúncias de práticas irregulares ao Ministério Público, por exemplo.

Essas são todas pontuações que se mostram como válidas e pertinentes e diante de toda a problemática exposta nesta monografia, o controle social parece ser a melhor fonte de resposta.

Não se pretende, porém, ser superficial e resumir todas as dificuldades encontradas ao longo deste estudo simplesmente em reproduzir o controle popular como forma de solução. Instituições como O Ministério Público, Tribunal de Contas, Ministérios, entre outros, todos têm papel fundamental na propagação das boas práticas de controle. O que se propõe de fato é ir além dos controles já institucionalizados, procurar ajuda e solução para as problemáticas do Setor em opções alternativas.

Finaliza-se com apontamento de SCHOENMAKER extraído do acórdão 402, de 11 de março de 2009, da Relatoria Min José Jorge, do Tribunal de Contas da União, “se o controle tem custo, a falta de controle tem custo muito maior. O que se investe na fiscalização não despesa, mas antes, economia.” ‘

REFERÊNCIAS

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; VISCARDI, Pedro Ribeiro. **Gestão estratégica do Terceiro Setor: uma discussão sobre o *accountability* e o novo marco legal.** Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 10,n.19, p.21-36, jan.jun.2016.

DE LIMA, Joseana Barbosa; BRAVO, Maria Inês Souza. **A privatização da saúde no município do Rio de Janeiro: o caso das Organizações Sociais (OSs),** 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 10. ed . São Paulo: Atlas, 2015.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **As Organizações não Governamentais (ONGS) como coadjuvantes na efetivação dos direitos sociais.** Conteudo Juridico,

FERREIRA FILHO, Paulo Gomes. **Organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público sob a perspectiva do cidadão cliente.** Biblioteca Digital Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, jul./ago. 2011. Disponível em: . Acesso em: 22 setembro 2011

JUNIOR, Glauco Pimentel Vasconcelos. **A fiscalização das organizações sociais e oscips pelos tribunais de contas,** 2011.- Revista TCE-PE, V. 18

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book)

LAZZAROTO, Aline, 2014. Disponível em < <http://www.autossustentavel.com/2014/07/o-terceiro-setor-e-sua-historia-na-sociedade-brasileira.html>>

MARTINS, Silvia Portes Rocha. **Alterações relevantes promovidas pela Lei nº 13.204/2015 no novo marco regulatório das parcerias voluntárias: Lei nº 13.019/2014.** BLC – Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, NDJ, ano 29, n. 6, p. 516-530, jun. 2016.

MASSON, Fátima de M. A “**terceira Via**” na Reforma da Saúde pública brasileira. In: *Temporalis. Revista da Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social* ABEPSS. Ano VII. janeiro a junho de 2007.

MENESES, Ana Paula Machado Costa **TERCEIRO SETOR: UMA VISÃO CRÍTICA** .
Dissertação de Mestrado – 2013

MONTEIRO, Maria Viviane Delgado. **O Terceiro Setor no Brasil: uma visão histórica**,
Revista Espaço Acadêmico, n. 37, 2004.

NETO, José Franciso de Carvalho. **Fragilidades de controle no relacionamento com o Terceiro Setor**. Ano XIV, março, 2009.

OLIVEIRA, Dimitri Leonardo Santana Martins de. **Perspectivas da relação poder público – sociedade civil com a entrada em vigor da Lei 13.019/2014**, 2016.

OLIVEIRA, Irani Maria da Silva. **Uma investigação sobre a prestação de contas das entidades do terceiro setor brasileiro**. 2009,

PAES, José Eduardo Sabo; SZAZI, Eduardo. **Melhores práticas regulatórias internacionais do terceiro setor**, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado** - 22ª Edição/2014

QUEIROZ, Júlio César Schroeder. **Parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor: O controle pelos Tribunais de Contas**, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 3, v.80, ano XXIX, 2011.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **A experiência do direito do Terceiro Setor na França: um modelo inspirador**. *Biblioteca Digital Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2009.

SANTA DE CARVALHO, Renata Dalla. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, v. 3, n. 9, mar. 2016.

SCHOENMAKER, Janaina. **Terceiro setor e prestação de contas aos Tribunais de Contas**. Biblioteca Digital Revista de Direito do Terceiro Setor (BID-RBDP), Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor**. A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, jan. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37407>>.

TORREÃO, Marcelo Pires. **Devido processo de Regulação: O encontro entre o direito flexível e a instrumentalidade processual administrativa nas agências reguladoras**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, abr./jun. 2011

TORRES, Ricardo Lobo. **A Legitimidade democrática e o Tribunal de Contas**. Jul.set. 1993. P.192-193

VALLE, Vanície Lírio. **Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs**. Revista de Direito do Terceiro Setor. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p.47-64, jul dez. 2008. p. 53.

VERGUERO, João Paulo. **Transparência e Captação de Recursos: andando sempre juntos**, 2016. Disponível em <<http://escolaaberta3setor.org.br/artigos/transparencia-e-captacao-de-recursos-andando-sempre-juntos/>>

WALD, Arnaldo. **Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza**. Revista de Direito Administrativo . Rio de Janeiro , 1995.

_____. Lei n 9.790/99, de 23 de março de 1999. Planalto. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>.

_____. Lei n 8.666/93, de 21 de Junho de 1993. Planalto. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

_____. Lei n 13.019/14, de 31 de julho de 2014. Planalto. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>

_____. Constituição Federal da República de 1988. Planalto. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____. Entidades cadastradas no Ministério da Justiça. Disponível em <http://justica.gov.br/acesso-a-sistemas/consulta-a-entidades-qualificadas>

GERÊNCIA DE ESTUDOS SETORIAIS (GESET). **Terceiro Setor e o Desenvolvimento Social**. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/>>

Secretaria Geral da Presidência da República. **Gestão de parcerias com organizações da sociedade civil: subsídios para capacitação sobre a Lei 13.019/2014**, p. 06, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.participa.br/articles/public/0008/6059/GestaoDeParceriasSubsidios.pdf>>

Relatório Final da CPI das ONG's, 2010. p. 7 Criada por meio do Requerimento 201/2007-SF. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>>

_____. Tribunal de Contas da União. (ACÓRDÃO 1655/2015 – Plenário, Sessão 08.07.2015, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER)

_____. Tribunal de Contas da União. (ACÓRDÃO . 766/2013do TCU. Plenário, Sessão 3.04.2013, Rel. Min MARCOS BEMQUERER)

_____. Tribunal de Contas da União. (ACÓRDÃO 1301/2016 do TCU. Primeira Câmara, Sessão 23.02.2016, Rel. Min. BRUNO DANTAS)

_____. Tribunal de Contas da União. (ACÓRDÃO 018.739/2012 do TCU. Plenário, Sessão 27.11.2013, Rel. Min. JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES)

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADIN nº 1.923/DF. Rel. Min. AYRES BRITTO)

ANEXO

RELAÇÃO NOMINAL DAS OSCIPS ANALISADAS NO PRESENTE ESTUDO	ENDEREÇO POR BAIRRO (CONFORME LISTA DISPONIBILIZADA PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)
Agência Brasileira de Meio Ambiente e Tecnologia da Informação – ECODATA	ASA NORTE
Agência Interamericana de Cooperação para o Desenvolvimento Sustentável e dos Recursos Hídricos – Interáguas	ASA SUL
Agência para o Desenvolvimento Social e Humano Através da Cultura – Valor Cultural	ASA NORTE
Aliança Educativa Cultural Científica e Humanística	LAGO NORTE
Amisrael – O Mensageiro da Paz	CEILÂNDIA NORTE
Associação “Dê Bola pra Escola”	LAGO SUL
Associação Amigos do Futuro	CANDOGOLÂNDIA
Associação Brasileira de Desenvolvimento Social – ABDS	SAMAMABAIA SUL
Associação Brasileira dos Inventores e da Propriedade Industrial	ASA NORTE
Associação Brasiliense de Apoio ao Paciente com Câncer	ASA SUL
Associação Brasiliense de Infra-Estrutura e Saneamento Comunitário Social	TAGUATINGA NORTE

Planeta Renctas – Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais – Silvestres	ASA NORTE
Espaço 35 – Escola da Quadra Centro Educacional, Cultural, Artístico e Lazer e Capacitação do Cidadão	BRÂZLANDIA
Fundação CDL – DF	ASA SUL
Globalização – ONG da Inclusão Digital, Social e Cidadania – Global	BRAZLÂNDIA
Inserir – Inclusão Social pelo Esporte, Educação, Cultura e Atividade Afins	ASA NORTE
Instituto Blaise Pascal	ASA NORTE
Instituto Joaquim Cruz	ASA NORTE
Primeira Ordem de Socialização do Indivíduo em Exclusão – Posição	ASA SUL
Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos	ASA NORTE
Organização de Desenvolvimento de Cultura, Saúde, Educação, Assistência Social e Meio Ambiente – Protege Brasil	ASA SUL
Organização de Promoção e Incentivo Nacional de Assistência e Renda – Opinar	SOBRADINHO
Organização Internacional da Justiça de Paz	ASA NORTE
Organização Nacional da Periferia Resgatando Vidas e Cidadania –ONP	TAGUATINGA
Organização Nacional de Apoio ao Esporte –	ASA SUL

ONAE	
Organização Nacional pela Valorização da Engenharia, da Arquitetura e Agronomia – OEAA	SAI
Organização Não Governamental Esporte Mais	PLANALTINA
Organização Natureza Mística	BOQUEIRÃO
Instituto Geração Brasília	ASA SUL
Organização Palmares de Desenvolvimento Social e Sustentável – Organização Palmares	ASA SUL
Organização Pró- Desenvolvimento Probrasil	ASA NORTE
Oscip Ambientality	ASA NORTE
Oscip Amigos da Saúde – Amigos da Saúde	CEILÂNDIA SUL
Oscip Brasil – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público	ASA NORTE
Oscip Progresso Humano	TAGUATINGA NORTE
Oxal Medicina Interna e Terapia Intensiva	CRUZEIRO VELHO
Planaltina é Você – Associação de Ação Social de Planaltina	PLANALTINA
Power Associação Sócio – Esportiva	ASA SUL
Programa Providência de Elevação da Renda Familiar – Programa Providência	ASA SUL
Projeto Expresso Centro – Oeste	SÃO SEBASTIÃO

Projeto Nova Vida – Pronovi	SOBRADINHO II
Projeto Plantar	TAGUATINGA CENTRO
Projetos Atos de Vida – Proatosvida	ASA SUL
Prosper – Sociedade Civil de Profissionais Associados – Prosper Associados	ASA SUL
Radha – Rede de Amigos da Holo – Arte	ASA NORTE
Rádio Comunitária Sementa de Vida	CEILÂNDIA NORTE
Recomeçar – Associação de Mulheres Mastectomizadas de Brasília	ASA NORTE
Rede Anoreg de Responsabilidade Social – Rares	ASA SUL
Rede Comunicação e Esporte – Pró Atividade	ASA NORTE
Rede de Integração da Sociedade Organizações Solidária – Risos	ASA SUL
Rede de Sementes do Cerrado – Rede	ASA NORTE
Reintegração Social e Recuperação da Cidadania nas Comunidades em Situação de Risco na Terra – Reciterra	LAGO SUL
Resgaste da Vida	PARANOÁ
Saber – Soluções Eficazes e Criativas em Políticas Públicas e Sociais	ASA SUL

Sagres – Política e Gestão Estratégica Aplicadas	ASA NORTE
Security Open Source – Sociedade para o Desenvolvimento e Implantação da Tecnologia da Segurança da Informação utilizando Software Livre	ASA NORTE
Sete Raios – Instituto de Desenvolvimento Comunitário	CIDADE DO AUTOMÓVEL
Sheldom Proasi – Proketos e Ação Social Internacional	GUARÁ II
Sistema de Empreendimento Orientado da Economia Popular Solidária do Brasil – SESBRA	SÃO SEBASTIÃO
Sociedade Amigos do Gaivota	PLANALTINA
Sociedade Brasileira de Biotecnologia (SBBIOTEC)	ASA SUL
Sociedade Civil “Maria, Maria” – SCMM	ASA NORTE
Sociedade Cristã Jovens do Brasil	ASA SUL
Sociedade de Movimentos Culturais (SMC)	SÃO SEBASTIÃO
Sociedade para o Desenvolvimento da Tecnologia da Informação e Comunicação do Centro Oeste – Instituto Centro Oeste de Desenvolvimento de Software –ICODES	ASA NORTE
SPA – Sociedade de Profissionais Associados	LAGO NORTE
Terra Rong – Inclusão Cerrado; Associação de Amigos e Moradores do Peter (Parque Estadual de Terra Ronca – GO)	SOBRADINHO

Ti Outsourcing – Sociedade de Profissionais Associados	ASA SUL
TJAF – Tribunal de Justiça Arbitral Federal	ASA SUL
União das Instituições Gestoras da Vila da Cidadania	SÃO SEBASTIÃO
União dos Parentes e Amigos dos Doentes de Huntington – UPADH	GUARÁ II
União Planetaria	LAGO NORTE
UNIFAS – União Feminina das Américas – UNIFAS- WORLD	ASA NORTE
Universidade Cidadã	ASA SUL
Universidade Livre para Idiomas e Desenvolvimento Sustentável –UNIDIOMAS	LAGO OESTE
Usina do Conhecimento	ASA NORTE
Valores – Agência para o Desenvolvimento Humano	ASA NORTE
Vértice – Sociedade Civil de Profissionais Associados	ASA SUL
Veteran Car Brasília	NUCLEO BANDEIRANTE
Vida Brasil	ASA SUL
Visão Social	SOBRADINHO II

Viva Brasil 21	ASA NORTE
----------------	-----------