

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 186
Abril/junho – 2010

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A utilização de recursos públicos pelas Organizações Não-Governamentais

Arthur Maciel Motta

Sumário

Introdução. 1. Administração Pública. 2. Terceiro Setor. 3. Organizações Não-Governamentais (ONGs). 4. Emprego de recursos públicos pelas ONGs. Conclusão.

Introdução

O presente artigo tem por finalidade analisar as organizações não-governamentais (ONGs) em face do emprego de recursos públicos. Busca-se, com a pesquisa, responder qual é a relação ideal que deve ser estabelecida entre o Poder Público e as ONGs, a fim de – mantendo e dinamizando a utilização de entidades sem fins lucrativos como entes em colaboração do Estado – facilitar o controle dos gastos e propiciar um emprego de recursos públicos com mais efetividade e transparência.

Este estudo possui alta relevância social e política para a sociedade brasileira. Trata-se de um tema que tem permeado os principais jornais e revistas, com manchetes que apontam para grandes desvios de dinheiro público efetivados por entidades do Terceiro Setor.

Além disso, é tema de inquestionável repercussão econômica, pois a utilização de ONGs, como entidades em cooperação com o Poder Público, enxuga a máquina estatal, com clara economia de recursos, na medida em que reduz, de forma maciça,

Arthur Maciel Motta é advogado e assessor do Senador Eduardo Matarazzo Suplicy, é mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

o número de órgãos governamentais que seriam necessários para desenvolver todas as atividades públicas não estatais.

O despertar para o assunto veio com a leitura das repetidas reportagens sobre a malversação dos recursos públicos pelas entidades do Terceiro Setor e, particularmente, pelo acompanhamento – de certa forma, com alguma proximidade – do trabalho desenvolvido pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instalada no Senado Federal, em março de 2007, para averiguar possíveis desmandos realizados pelas ONGs no período compreendido entre 1999 e 2007.

Espera-se que a CPI, apesar das dificuldades, adote saídas para o foco da questão, qual seja, o de criar procedimentos que facilitem o controle dos gastos das ONGs e permitam o emprego dos recursos públicos por essas entidades com a necessária transparência para a sociedade brasileira.

Assim, cresce de importância a análise dos caminhos percorridos pelas ONGs ao longo da história deste país, bem como das correções de rumo necessárias para que estas entidades sejam mais eficientes e respeitadas pela sociedade brasileira.

A metodologia escolhida para o trabalho é a dogmática instrumental, por ser o modelo mais adequado para o tema, uma vez que a pesquisa terá como foco a mídia, a doutrina, a legislação e a jurisprudência brasileira.

O assunto desenvolve-se em quatro capítulos, sendo o primeiro dedicado à Administração Pública. Neste capítulo, apresentam-se os princípios da Administração que servirão de base para a proposta de se adotar um procedimento licitatório simplificado quando da aplicação de recursos públicos pelas ONGs. Discute-se, ainda, sobre o serviço público como um conceito administrativo indeterminado, que varia, no decorrer do tempo, para cada cultura distinta. Finaliza-se o capítulo com a discussão sobre as áreas de atuação estatal, que teve como marco a Reforma do Estado de meados da década de noventa.

No segundo capítulo, que finaliza o estudo dos conceitos doutrinários básicos para o tema, discorre-se sobre o Terceiro Setor – por ser o campo em que se espraiam as ONGs –, falando sobre a sua conceituação básica e sobre a prestação de serviços públicos em parceria com suas entidades, discutindo os pormenores das Organizações Sociais (OS), das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e dos Convênios Administrativos.

As organizações não governamentais (ONGs) são tratadas no terceiro capítulo. Apresenta-se um conceito, para prosseguimento do trabalho, as características, o histórico e a situação atual vivida por elas no Brasil. É o capítulo que mostra a estrutura fática existente, julgada necessária para adentrar no âmago da questão, que será discutida no capítulo seguinte.

O capítulo quatro, que finaliza o desenvolvimento do escrito, utiliza-se dos conhecimentos doutrinários dos dois primeiros capítulos para criticar os dados apresentados sobre as ONGs no terceiro capítulo. Nesse entrechoque, discute-se o melhor processo de transferência de recursos públicos para as ONGs e, singelamente, apresenta-se uma proposta de marco legal para o Terceiro Setor.

Assim, inicia-se a discussão do tema, enveredando pelas possíveis falhas do processo de transferência de recursos estatais para as entidades sem fins lucrativos do Terceiro Setor, mas sem perder o foco que deve estar sempre voltado para a importância do trabalho social das ONGs no estabelecimento de uma nação mais digna, humana, igualitária nas oportunidades e dirigida para o desenvolvimento sustentável.

1. Administração Pública

1.1. Princípios da Administração Pública

A Constituição da República, no seu art. 37, determina que a Administração Pública – direta ou indireta – de qualquer dos Poderes dos Entes Federados (União,

Estados-Membros e Municípios) obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos prescritos pela Constituição, a doutrina há tempos já elencava outros princípios (MEIRELLES, 2004, p. 16), que a Lei 9.784/1999, no seu art. 2º, relaciona como também aplicáveis à Administração Pública. São eles os princípios da proporcionalidade (razoabilidade), segurança jurídica, motivação, ampla defesa e supremacia do interesse público.

O primeiro passo dessa análise será, então, o estudo dos princípios que regem a Administração Pública, pois eles são padrões pelos quais “deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público” (MEIRELLES, 2004, p. 86). Pode-se afirmar que os princípios aqui estudados são os fundamentos da ação administrativa, vale dizer, são os sustentáculos da atividade pública.

A aplicação dos princípios da Administração Pública às entidades privadas que utilizam recursos públicos é fato concreto e encontra-se bem definida na Lei 8.429/1992, que trata do enriquecimento ilícito e da improbidade administrativa. O parágrafo único do art. 1º dessa lei estabelece o seguinte:

“Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

O art. 3º da Lei 8.429/1992 – quando diz que “as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não

sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” – mostra, claramente, que as disposições aplicáveis aos agentes públicos, no que tange aos atos de improbidade administrativa, são extensivas àqueles que utilizam recursos públicos em entidades de cunho privado.

Então, claro está que o agente privado que utiliza recursos públicos é equiparado ao agente público, respondendo perante a Administração e a Justiça como se Administrador Público fosse. Dessa forma, os agentes privados nessas condições – os diretores de uma ONG que recebe recursos públicos, por exemplo – estão obrigados a observar estritamente os princípios da Administração Pública, seguindo o que preceitua o art. 4º, da Lei 8.429/1992:

“Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Numa primeira análise, bastaria apenas ao agente privado, que utiliza recursos públicos, respeitar – no trato com esses recursos – os princípios da Administração Pública para que os seus atos não causassem prejuízos ao Erário e fossem julgados válidos.

Com esse foco, passa-se à explanação dos aspectos de cada princípio que têm interesse com o relacionamento do Estado com as ONGs.

1.1.1. Legalidade

O princípio da legalidade encerra a ideia de que a Administração deve sujeitar-se às normas legais. Em curtas palavras, significa que o administrador deve ser escravo da lei, para não ficar à mercê dos homens. A atividade administrativa só é eficaz quando condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. Numa visão mais antiga, tinha-se

que, na Administração Pública, somente era permitido fazer o que a lei ordenasse; na Privada, ao contrário, seria lícito fazer tudo que a lei não proibisse.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 86) ensina que a legalidade, como princípio da Administração, “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

O Princípio da Legalidade, sustentado há muito pela doutrina, somente tomou corpo na legislação pátria por meio da lei reguladora da ação popular – Lei 4.717/1965 – que considera nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando manchados de “ilegalidade do objeto”, que a mesma lei conceitua no art. 2º, “c”, e parágrafo único, “c”: “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”. A partir de 1988, passou a ser mandamento constitucional, por força de imposição constante do *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Quanto ao modo de aplicar o princípio da legalidade, Odete Medauar (2003, p. 136) apresenta os clássicos significados desse princípio:

- a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei;
- b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; e
- c) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.

Observa-se, dessa enumeração, que o vínculo da Administração com a lei vai aumentando a ponto de, no último signi-

ficado, a Administração só poder realizar atos que a lei ordene. “Caso predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando específico para cada ato editado pela Administração, o que seria inviável” (MEDAUAR, 2003, p. 137).

O terceiro significado (letra “c”) exprime uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei. Hoje em dia, não se pode conceber que a Administração somente tenha esse encargo.

O segundo significado (letra “b”) traduz a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas. Essa é a fórmula que, de modo geral, prevalece, pois é mais consentânea com a maior parte das atividades da Administração Brasileira. Nesse significado, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal, ou seja, exige-se base legal no exercício de seus poderes.

Porém, o princípio da legalidade “não se exaure com o significado da habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado (letra ‘a’), no sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento” (Idem, p. 138).

1.1.2. Impessoalidade (ou Finalidade)

Esse princípio impõe que o Administrador somente pratique o ato para o seu fim legal, qual seja, aquele que a norma de Direito indica como objetivo do ato, de forma impessoal. Nesse sentido, a finalidade norteia o objetivo de qualquer ato administrativo: o interesse público.

Quem movimentar dinheiro público deve ter sempre em mente esse objetivo – o interesse público –, não podendo afastar-se dele, sob pena de invalidação do ato por desvio de finalidade, conceituado na Lei da Ação Popular como o “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra

de competência” do agente (Lei 4.717/1965, art. 2º, parágrafo único, letra ‘e’).

A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, ao fazer referência ao princípio da finalidade, afirma que o processo administrativo deve observar critério de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige” (art. 2º, parágrafo único, XIII).

Como o princípio da finalidade exige que o ato seja sempre praticado com finalidade pública, “o agente administrativo fica impedido de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros” (MEIRELLES, 2004, p. 81). A prática de um ato administrativo que vise apenas a satisfazer interesses particulares é vedada pelo princípio da finalidade. O agente público que ignora esse princípio realiza o ato com desvio de finalidade, que caracteriza uma das modalidades mais deploráveis de abuso de poder.

1.1.3. *Moralidade*

Segundo a Lei 9.784/1999, o princípio da moralidade significa “atuação segundo padrões éticos de probidade, decore e boa-fé” (art. 2º, parágrafo único, IV). Assim, esse princípio impõe que o Administrador, ou todo aquele que utiliza recursos públicos, ao atuar, não despreze o elemento ético de sua conduta. O ato administrativo, além de obedecer à lei jurídica, deverá cumprir os princípios éticos que regem as relações humanas.

Dessa forma, além de decidir entre o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o agente administrativo terá que se defrontar com a opção entre o honesto e o desonesto. Nem tudo que é legal, conveniente e oportuno é honesto. À luz dessas ideias, Hely Lopes Meirelles (2004, p. 88) ensina que:

“Tanto infringe a moralidade administrativa o Administrador que, ao atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que

desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda”.

Hoje em dia, o princípio da moralidade administrativa é pressuposto de validade de todo ato da Administração, sendo ferido de morte sempre que o ato escapa da finalidade de concorrer para o bem comum.

1.1.4. *Publicidade*

O princípio da publicidade obriga a divulgação oficial de todo ato para que tenha conhecimento público e inicie seus efeitos externos. Por esse princípio, as leis, os atos, os contratos e convênios administrativos que produzem efeitos jurídicos fora dos órgãos ou entidades que os emitem exigem publicidade para terem validade perante as partes e terceiros.

A publicação dos atos administrativos é obrigatória no Brasil desde o Decreto 572, de 12 de julho de 1980 (MEIRELLES, 2004, p. 92). No caso das leis, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) determina que somente entrem em vigência, salvo disposição contrária, 45 dias após sua publicação oficial. Os contratos, como não são atos normativos, podem ter sua publicação em resumo, mas dela necessitam como condição indispensável para sua eficácia, conforme descreve o parágrafo único, do art. 61, da Lei 8.666/1993.

Além de assegurar seus efeitos externos, o princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, dos convênios e dos termos de parceria visa a propiciar o controle pelos interessados diretos e pela população em geral. A publicidade, analisada como princípio da Administração, abrange toda a atuação do Estado, seja sob o enfoque da divulgação oficial de seus atos, seja facilitando o conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Além de esculpido no art. 37 da Constituição da República, o princípio da

publicidade permeia outros dispositivos constitucionais, com destaque para o inciso XXXIII, do art. 5º, que estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 75), ao comentar esse dispositivo, afirma:

“O que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública”.

1.1.5. Eficiência

A Reforma Administrativa, consubstanciada na Emenda Constitucional 19, de 1998, acrescentou o princípio da eficiência aos princípios da Administração Pública relacionados no art. 37 da Constituição. A partir desse ponto, a eficiência é o princípio que, de modo geral, orienta toda a atuação da Administração Pública.

O princípio da eficiência, no dizer de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 94), “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Não basta que a atividade seja realizada dentro da legalidade, mas exige-se o satisfatório atendimento das necessidades dos membros da comunidade.

O termo eficiência traz a ideia de uma ação que produza resultados de modo rápido e preciso. Eficiência, segundo Odete Medauar (2003, p. 142), “contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções”. O emprego de ONGs, para a consecução de serviços públicos, encaixa-se nessa possível falta de eficiência da Administração em determinadas áreas. Mas, é bom que se frise bem o pensamento de Odete Medauar (Idem):

“O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade seja sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”.

1.1.6. Proporcionalidade (ou Razoabilidade)

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 107), “este princípio enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”. Assim, os atos cujos conteúdos extrapolem o necessário para alcançar seus objetivos ficam maculados de ilegitimidade.

Odete Medauar (2003, p. 143) aponta para uma distinção que alguns autores fazem entre proporcionalidade e razoabilidade. Esta teria o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins; àquela, associa-se o sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. Por fim, julga que o melhor é englobar o sentido de razoabilidade no princípio da proporcionalidade, definindo-o da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins”.

Neste raciocínio, o princípio aplica-se a todas as atividades administrativas, no sentido de que sejam tomadas decisões equilibradas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, incluído aí o custo social.

O princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição da República, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, pois “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais” (MEIRELLES, 2004, p. 91). Por outro lado – e isso é muito importante –, ele não pode ser usado como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do agente administrativo e, mais ainda, deve-se apoiar nos valores do homem médio, como ensina Hely Lopes Meirelles (2004, p. 91):

“Não é conforme a ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus *standards* pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou”.

1.1.7. *Segurança jurídica*

O princípio da segurança jurídica, segundo J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 384), é “uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito”. Ele foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pelo art. 2º, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Segundo afirmação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2008, p. 84), que participou da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da Lei 9.784/1999, “o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação

de lei no âmbito da Administração Pública”. A existência do princípio justifica-se pelo fato de ser comum ocorrer mudança de interpretação de determinados dispositivos legais, afetando situações consolidadas na vigência da orientação anterior. Como essa possibilidade de mudança é inevitável, gerando insegurança jurídica, a regra veda que a aplicação seja retroativa.

Observa-se, no entanto, que Hely Lopes Meirelles (2004, p. 91) visualiza a possibilidade de que o interesse público prevalecente poderá estar precisamente “na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato”.

Contudo, para o presente estudo, a análise deste princípio – em cotejo com o princípio da legalidade, outro subprincípio do Estado de Direito – considera, com prevalência, os ensinamentos obtidos das conclusões de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2008, p. 85):

“O princípio [da segurança jurídica] tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos”.

1.1.8. *Motivação*

O princípio da motivação passou, nesses últimos tempos, por uma evolução bem interessante para se comentar. Num primeiro momento, fazia-se a distinção entre ato administrativo vinculado, que carecia de motivação para ser legitimado, e ato administrativo discricionário, que podia ser praticado sem motivo declarado. Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da motivação da seguinte forma:

“O dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.

Assim, o administrador público justifica sua ação administrativa, apontando os fatos que dão origem ao ato e os preceitos jurídicos que autorizam sua prática. Para os atos administrativos oriundos do poder discricionário, “a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público” (MEIRELLES, 2004, p. 95).

Com isso, surge a teoria dos motivos determinantes, que se funda na consideração de que “os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os fins jurídicos” (Idem, p. 193). Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. “Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido” (TÁCITO, 1954, p. 78).

Hoje, pela moderna teoria, o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de todas as suas decisões, conforme discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 82):

“Ele [Princípio da motivação] está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se esta-

va presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.

Na Lei 9784/1999, o princípio da motivação está previsto no *caput* do art. 2º, no inciso VII do seu parágrafo único e no art. 50. Este último dispositivo apresenta um rol de situações nas quais seria obrigatória a motivação, mas a doutrina considera que esse rol é meramente exemplificativo, conforme esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 83):

“No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos”.

1.1.9. Supremacia do interesse público

A superioridade do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal, na medida em que a existência do Estado Moderno justifica-se pela busca do interesse geral. Por força dessa posição, “reconhece-se à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o dever de anular os atos inválidos que haja praticado. É o princípio da autotutela dos atos administrativos” (MELLO, 2007, p. 93).

Numa visão ponderada da questão, Luís Roberto Barroso (2005, p. 7) – resgatando a antiga bipartição do interesse público em primário e secundário, engendrada por Renato Alessi e introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello – identifica “o primeiro com a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Já o segundo, é caracterizado como o interesse da pessoa jurídica de direito

público que seja parte em uma determinada relação jurídica”.

Desse modo, entende-se que o interesse público secundário jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Gustavo Binbenjoni (2006, p. 101) afirma que, “se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto”.

Quando a lei dá à Administração poderes para agir, isso ocorre em atendimento ao interesse geral, que não pode ceder a interesses particulares. Por via de consequência, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 70):

“Se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal”.

1.2. Serviço público como conceito administrativo indeterminado

Como o Estado é criação do Direito, são as normas jurídicas que definem suas atividades. O ordenamento jurídico de cada país é livre para decidir se uma atividade pertencerá ao Estado (sendo regida pelo direito público) ou aos particulares (regulada pelo direito privado). No entanto, há poderes que devem estar sob o controle direto do Estado – coagir, julgar e impor tributos – sob pena de não existir Estado, como ensina Norberto Bobbio (1994, p. 178):

“Quem já teve certa familiaridade com a história da formação do Estado moderno sabe que os poderes principais dos novos ordenamentos políticos que fazem deles um Estado no sentido moderno da palavra são o poder coer-

citivo, que exige o monopólio da força física, considerado de Hobbes a Max Weber como o caráter fundamental do Estado, o poder jurisdicional (não apenas o poder de fazer leis, pelo fato de as normas jurídicas poderem ser produzidas pelo costume ou pelos próprios juristas, mas o de aplicá-las, ou seja, o poder de julgar a razão e a sem-razão, o justo e o injusto) e o poder de impor tributos, sem os quais o Estado não pode desenvolver nenhuma de suas funções essenciais.

O Estado tem esses poderes porque é indispensável que ele desenvolva certas funções. E as funções que correspondem a tais poderes são as funções mínimas do Estado, quer dizer, as funções sem as quais o Estado não será mais Estado. Todas as outras funções que o Estado moderno se tem atribuído, desde a função de providenciar o ensino até a função assistencial, caracterizam o Estado não enquanto tal, mas certos tipos de Estado”.

Assim, o que define a incidência de um ou outro ramo jurídico é a atividade desenvolvida. Quando o Estado explora atividade econômica – e, portanto, privada, por força do art. 170 da Constituição – o faz no regime privado; quando presta o serviço postal – que é estatal, conforme dita o art. 21, inciso X, da Constituição – se sujeita ao direito público. Porém, Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 75) apresenta uma importante ressalva:

“A afirmação de que o Estado, em dadas hipóteses, submete-se ao direito privado, há de ser tomada com cautelas. Mesmo ao desenvolver atividade econômica, o ente governamental deve observar algumas normas típicas do direito público, como as de licitação, concurso público para seleção de empregados, controle do Tribunal de Contas e outras mais. O Estado, como um Midas, publiciza tudo o que toca”.

Para o Estado que palmilha pelo dirigismo econômico, uma gama maior de atividades será alçada à condição de serviço público. Por outro lado, se o Estado valoriza a livre iniciativa e a liberdade econômica, os particulares desenvolverão essas atividades livremente, apenas seguindo as regras próprias de cada setor da economia. Nessa situação, o Poder Público atua apenas de forma subsidiária, quando imprescindível por relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conforme art. 173 da Constituição, já exposto anteriormente. Odete Medauar (2003, p. 338) caracteriza bem essa ideia da seguinte forma:

“Saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei ou na tradição”.

1.3. Áreas de atuação estatal

1.3.1. Antes da Reforma do Estado dos anos 90

Até meados da década de 90, o conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado era classificado, conforme ensina Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 78), em dois grandes grupos: o das atividades instrumentais e o das atividades-fim. As primeiras serviam ao aparelhamento do Estado e as últimas justificavam a sua própria existência.

1.3.1.1. Atividades instrumentais

Entre as atividades instrumentais, são citadas: a captação de recursos financeiros, com destaque para a cobrança de tributos; a gestão desses recursos; a escolha de agentes públicos; e a obtenção – por meio de aquisição, produção e construção – de bens indispensáveis ao suporte das atividades do Estado.

1.3.1.2. Atividades-fim

As atividades-fim são classificadas em três grupos distintos: o das atividades de

relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais; o das atividades de controle social, que se destinam a regular a vida em sociedade, com a utilização do poder de coerção; e o das atividades de gestão administrativa, que têm por finalidade criar utilidades em favor do corpo social por força direta da ação estatal.

1.3.1.2.1. Relacionamento internacional

Esta atividade consiste no estabelecimento e manutenção de vínculos com entidades internacionais e com Estados estrangeiros. Engloba, também, a defesa contra invasões do território nacional. Segundo Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 79):

“Trata-se de atuação exclusiva do Poder Público, que nela expressa a soberania da sociedade, não admitindo delegação a particulares. Pertence à União (CF, art. 21, I a IV). É regida pelos direitos constitucional e internacional público”.

1.3.1.2.2. Atividades de controle social

Estas atividades ordenam o comportamento dos indivíduos, com o intuito de que estes, além de não prejudicarem os interesses da coletividade, ajam para realizá-los. Basicamente, dividem-se em três grandes áreas: a legislativa, a judiciária e a de administração ordenadora.

A mais importante atuação do Estado nesse setor é a legislativa. Por ela, editam-se normas legais regulando o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres do Estado e dos particulares.

O segundo grupo de atividades voltadas ao controle social diz respeito à atuação do Judiciário na solução de conflitos, defesa dos direitos, anulação de normas, privação de liberdade ou de bens particulares, bem como na execução material de suas decisões.

A terceira área está voltada para as atividades da administração ordenadora, a cargo da Administração Pública, destinadas à aplicação das leis reguladoras do exercício dos direitos dos particulares. Da

mesma forma que a jurisdicional, é sempre uma atividade de aplicação de normas superiores, mas – ao contrário daquela – pode operar de ofício, independentemente de provocação.

1.3.1.2.3. *Atividades de gestão administrativa*

Nesta classificação, incluem-se nas atividades de gestão administrativa: a prestação de serviços públicos; a prestação de serviços sociais; a emissão de moeda e a administração cambial; as atividades de fomento, as culturais, as de pesquisa na área da ciência e da tecnologia e as desportivas.

Os serviços públicos, como vistos até meados da década de noventa, importam a “criação de utilidades ou comodidades fruíveis direta e indiretamente pelos particulares, em setores reservados exclusivamente ao Estado” (SUNDFELD, 1992, p. 81).

A Constituição elenca os serviços públicos, dividindo-os entre as pessoas políticas. À União compete a maior parcela, conforme se depreende da leitura do art. 21; aos Municípios, cabem os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo (art. 30, V); e aos Estados toca a competência residual, qual seja, os serviços não reservados à União ou aos Municípios (art. 25, § 1º), além da distribuição de gás canalizado (art. 25, § 2º).

Os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, “atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem exclusivos do Estado” (SUNDFELD, 1992, p. 83). Incluem os serviços de educação (CF, art. 205 a 208 e 210 a 214), saúde (CF, art. 196 e seguintes) e assistência social (CF, art. 203 e 204; 226, § 8º; e 227, § 1º). A prestação dos serviços sociais é dever inafastável do Estado, mas o objetivo do constituinte originário ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas a de obrigar o seu exercício, como comenta Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 37):

“Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de direito público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de direito privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares”.

A emissão de moeda e a administração cambial são atividades que geram uma utilidade social, que beneficia as pessoas de modo indireto e coletivo. São atividades que, ligadas à própria existência e unidade do Estado, são desenvolvidas pela União (CF, art. 21, VII e VIII).

Dentro do campo das atividades de gestão administrativa, nessa classificação anterior à Reforma do Estado dos anos noventa, pode-se citar: a atividade de fomento, isto é, de concessão de benefícios aos particulares para que adotem determinados comportamentos pretendidos pelo Poder Público; a realização de atividades culturais; a implementação de pesquisas na área de ciência e tecnologia; e a promoção de atividades desportivas.

1.3.2. *Reforma do Estado dos anos 90*

Num curto retrospecto histórico, verifica-se que, entre os anos 30 e 60 do século XX, o Estado foi um importante fator de desenvolvimento econômico e social dos povos. Sua atuação foi mesmo decisiva no período que se seguiu à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, e no período posterior à Segunda Grande Guerra, nos idos 1945.

A partir dos anos setenta, a situação tomou outro rumo. Em razão das crises do petróleo, do processo de globalização da economia e, principalmente, do cresci-

mento distorcido do Estado, este entrou em crise e se transformou na principal causa de redução das taxas de crescimento, do aumento da taxa de inflação e da elevação das taxas de desemprego.

Fruto disso, surgem, como resposta a esse quadro, a onda neoconservadora e as reformas voltadas para a primazia do mercado. Em certo momento, os neoliberais imaginaram que teriam como resultado o Estado mínimo. Entretanto, no início dos anos noventa, verificou-se a inviabilidade da proposta neoliberal de Estado mínimo e, com isso, partiu-se para o caminho que se julgou mais conveniente: a reconstrução do Estado.

Nessa nova fase, o Estado – realizador apenas de suas tarefas clássicas de garantia da propriedade e dos contratos – assume, também, o papel de garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade na sua respectiva área de jurisdição. Com isso, torna-se necessário estudar a distinção das atividades exclusivas de Estado dos serviços sociais e científicos, bem como a definição de uma propriedade pública não-estatal entre a propriedade estatal e a privada.

Nesse caminho, torna-se valioso definir três processos de criação e transformação de instituições, que visavam a aumentar a governabilidade do país: a privatização, que é o processo de transformar uma empresa estatal em privada; a publicização, que é o processo de transformar uma organização estatal numa organização pública não-estatal; e a terceirização, definida como o processo de transferir para o setor privado os serviços auxiliares ou de apoio do Estado. Com isso, pode-se apresentar os componentes básicos da Reforma do Estado que, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 18,19), levariam ao Estado Social-Liberal do século XXI.

Quando dessa análise, Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 22) distinguia três áreas de atuação estatal: “as atividades exclusivas do Estado; os serviços sociais e científicos

do Estado; e a produção de bens e serviços para o mercado”.

As atividades exclusivas do Estado, que o caracterizam como clássico ou liberal, são atividades monopolistas (pois não permitem a concorrência), nas quais o poder do Estado é exercido. Trata-se do poder de definir as leis do país, poder de impor justiça, poder de manter a ordem, de defender o país, de representá-lo no exterior, de policiar, de arrecadar impostos, de regulamentar as atividades econômicas e de fiscalizar o cumprimento das leis.

Não obstante, além dessas atividades, há uma série de outras que lhe são também exclusivas correspondentes ao Estado Social. São atividades que “envolvem direitos humanos fundamentais que qualquer sociedade deve garantir a seus cidadãos” (PEREIRA, 1997, p. 23). Podem-se citar as atividades de formular políticas na área econômica e social; de realizar transferências para a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, a garantia de uma renda básica de cidadania – bandeira de lutas do Senador Eduardo Matarazzo Suplicy (PT/SP) –, o seguro desemprego, a defesa do meio ambiente, a proteção do patrimônio cultural, o estímulo às artes. Apesar de essas atividades não serem intrinsecamente exclusivas, são assim consideradas, dado o volume dos recursos financeiros que envolvem nas suas transferências.

Conforme se verá na sequência, a Reforma do Estado adotada pelo país em meados da década de 90 cria, para melhor definir, uma nova classificação – serviços não exclusivos – entre as atividades exclusivas e as de produção de bens e serviços para o mercado, além de desmembrar as atividades exclusivas em duas categorias: atividades típicas (ou exclusivas propriamente ditas) e núcleo de atividade estratégica.

1.3.2.1. Núcleo de atividades estratégicas

O núcleo de atividades estratégicas identifica-se com as funções indelegáveis do Estado, atinentes aos poderes Legisla-

tivo, Executivo e Judiciário, ao Ministério Público, à Presidência da República e aos demais órgãos de direção, execução e consulta que integram as pessoas estatais responsáveis pelo planejamento e pela formulação das políticas públicas.

Por definição, a propriedade, no núcleo estratégico (e nas atividades exclusivas do Estado), deverá ser estatal. O núcleo estratégico, além dos instrumentos tradicionais – aprovação de leis pelo Congresso Nacional; definição de políticas públicas pela Presidência da República e pela cúpula dos Ministérios; e emissão de sentenças e acórdãos pelo Poder Judiciário –, conta com dois novos instrumentos: o contrato de gestão e o termo de parceria.

1.3.2.2. *Atividades exclusivas de Estado*

As atividades exclusivas de Estado, também chamadas de próprias ou típicas, são os serviços nos quais o Estado age como regulamentador, fiscalizador ou fomentador das políticas públicas. Determinadas atividades – como diplomacia, polícia judiciária, arrecadação e fiscalização de tributos, procuradoria fazendária, regulação de setores de infraestrutura – compõem o rol das funções típicas de Estado.

Por razões de segurança e de soberania nacionais, as atividades exclusivas de Estado não podem ser privatizadas nem terceirizadas. Devem ser desempenhadas por pessoas jurídicas de direito público, precipuamente por órgãos, autarquias ou fundações.

Na reforma do Estado, as atividades exclusivas de Estado devem, naturalmente, permanecer dentro do Estado. Nessa reforma, pode-se distinguir, verticalmente, no seu topo, o núcleo estratégico e, horizontalmente, as secretarias formuladoras de políticas públicas, as agências executivas e as agências reguladoras.

1.3.2.3. *Serviços não exclusivos*

Os serviços não exclusivos são aqueles desenvolvidos pelo setor público não estatal

ou Terceiro Setor que, basicamente, explora as áreas de saúde, educação, assistência social e cultura. Com a Reforma do Estado, ocorre a implementação da transferência de boa parte desses serviços, que saem da alçada do Poder Público para serem executados por entidades em colaboração.

Interessante notar que se o seu financiamento, em grandes proporções, é uma atividade exclusiva do Estado – seria muito difícil garantir educação fundamental e saúde pública gratuitas contando apenas com a caridade da sociedade civil –, mas a sua execução, em si, pode ser compartilhada com entidades privadas, pois são “atividades competitivas, que podem ser controladas não apenas através da administração pública gerencial, mas também e principalmente através do controle social e da constituição de quase-mercados” (PEREIRA, 1997, p. 25).

Nessa linha de raciocínio, não há razão para que essas atividades permaneçam dentro do Estado. Por outro lado, não se justifica que sejam privadas – voltadas para o lucro e o consumo privado – pois são atividades fortemente subsidiadas pelo Estado. Por isso, a Reforma do Estado nessa área não implica privatização, mas publicização, ou seja, transferência para o setor público não estatal.

No setor de serviços não exclusivos do Estado, a propriedade deverá ser, em princípio, pública não estatal. Não deverá ser estatal, porque não envolve o uso do poder do Estado. Por outro lado, não deve ser privada, porque pressupõe transferências de recursos do Estado. Assim, a propriedade deve ser pública, para justificar os subsídios recebidos do Estado. O fato de ser pública não estatal, por sua vez, implicará a necessidade de a atividade ser controlada de forma mista: pelo mercado e pelo Estado.

Por tudo isso, verifica-se que o espaço público é mais amplo que o estatal. Em princípio, todas as organizações sem fins lucrativos são ou devem ser organizações públicas não estatais. “São ou devem ser

porque uma entidade formalmente pública sem fins lucrativos pode – na verdade – tê-los. Nesse caso, trata-se de uma falsa entidade pública. São comuns casos desse tipo” (Idem, p. 26).

Nessa linha, retira-se a interpretação de que a propriedade pública se subdivide em estatal e não estatal. As instituições de Direito Privado – como as organizações não governamentais – voltadas para o interesse público e não para o consumo privado não são entidades privadas, devendo ser classificadas como públicas não estatais.

1.3.2.4. *Produção para o mercado*

Essa área, também chamada de Quarto Setor, refere-se às atividades de cunho econômico – produção e circulação de bens e serviços – que o Estado realiza por força do texto constitucional. No bojo da Reforma do Estado, empreendida no país pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, a titularidade de grande parte das empresas públicas passou para a iniciativa privada.

A atividade de produção para o mercado, exceto no modelo comunista, foi sempre operada por empresas privadas. Entretanto, no século passado, o Estado interveio nessa área, principalmente nos setores industrial, de infraestrutura e mineração, para suprir a falta de investimentos do setor privado e para auferir elevados lucros que poderiam ser realizados. Sobre essa interferência do Estado, escreve Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 24):

“Ficou definitivamente claro que a atividade empresarial não é própria do Estado, já que pode ser melhor e mais eficientemente controlada pelo mercado do que Administração. Além de o controle do Estado ser ineficiente quando comparado com o mercado, o controle estatal tem ainda o inconveniente de submeter a operação das empresas a critérios políticos muitas vezes inaceitáveis, e a confundir a função da empresa, que é a de ser competitiva e ter lucros com

a do Estado que, na área econômica, pode ser a de distribuir renda”.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 19, de 1998, que modificou a redação do § 1º do art. 173 da Constituição da República, a exploração de atividade econômica pelo Estado ficou ainda mais restrita.

Assim, a privatização – segundo a filosofia da Reforma do Estado – é a melhor alternativa quando a instituição pode gerar todas as suas receitas da venda de produtos e serviços e o mercado tem condições de assumir suas atividades. Quando isso não acontece, volta-se ao domínio do Terceiro Setor, abrindo-se espaço para o público não estatal.

1.3.3. *A crise financeira mundial de 2007/2008*

1.3.3.1. *Antecedentes*

Como antecedentes dessa grande crise financeira que ainda abala o mundo nos dias correntes, deve-se registrar os choques dos preços do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, com o consequente esgotamento do ciclo de expansão do período posterior à Segunda Grande Guerra.

Naquela época, a economia mundial vivia sob o chamado Sistema Bretton Woods de gerenciamento econômico internacional, fruto das conferências de mesmo nome que estabeleceram, em 1944, as regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo.

Preparando-se para reconstruir o capitalismo mundial enquanto a Segunda Guerra Mundial ainda grassava, 730 delegados de todas as 44 nações aliadas encontraram-se em Bretton Woods, nos Estados Unidos, para a Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas.

Definindo um sistema de regras, instituições e procedimentos para regular a política econômica internacional, os planejadores de Bretton Woods estabeleceram o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Mo-

netário Internacional (FMI). Essas organizações tornaram-se operacionais em 1946, depois que um número suficiente de países ratificou o acordo.

As principais disposições do sistema Bretton Woods foram, primeiramente, a obrigação de cada país adotar uma política monetária que mantivesse a taxa de câmbio de suas moedas dentro de um determinado valor indexado ao dólar – mais ou menos um por cento – cujo valor, por sua vez, estaria ligado ao ouro numa base fixa de 35 dólares por onça e, em segundo lugar, a provisão pelo FMI de financiamento para suportar dificuldades temporárias de pagamento.

Esse sistema chegou à exaustão, ao final da década de 70, com a crise do Estado de Bem-Estar Social, pelo recrudescimento do fenômeno da estagflação, definida como uma situação típica de recessão, ou seja, diminuição das atividades econômicas e aumento dos índices de desemprego, com crescimento de inflação. A estagflação assolou o mundo durante a década de 1970, de um lado pelo superaquecimento das economias dos países desenvolvidos, a partir da excessiva expansão de procura agregada, o que levou a pressões inflacionistas; de outro lado, pela redução da oferta agregada, a partir das restrições impostas pelos países produtores de petróleo, perdas de safras e redução das atividades em setores que dependem do petróleo como matéria-prima, ou simplesmente como complemento, levando ao desemprego.

Como consequência da ruptura do Sistema Bretton Woods, o mundo vivenciou a supressão das restrições à livre movimentação do capital e a desregulamentação geral da economia, gerando a expansão e posterior integração do Sistema Financeiro Mundial com a difusão à escala global das políticas e processos de autorregulação dos mercados¹.

¹ Dados colhidos de palestra proferida pelo Senador Aloizio Mercadante (PT/SP) para os membros da Liderança do Bloco de Apoio do Governo no Senado Federal em 20/11/2008.

1.3.3.2. Cronologia da crise

No período compreendido entre os anos de 2001 e 2006, ocorreu um fenômeno que os economistas denominaram de bolha imobiliária. Nesse período havia uma abundância de crédito nos Estados Unidos, com juros que giravam em torno de 1% ao ano, implicando intensa liquidez no mercado. Com esse grande volume de dinheiro fácil circulando, a classe média americana percebeu que era um bom negócio hipotecar suas próprias casas – financiadas ainda, em sua grande maioria – e, com o dinheiro conseguido a juros baixos, injetar capitais no mercado de ações, visando a receber dividendos maiores que os pagos às empresas de hipoteca. Com isso, a médio ou longo prazo, teriam um patrimônio maior em ações que o valor pago nas prestações das hipotecas.

Com isso, avolumou-se a quantidade de créditos bancários de alto risco, ou *subprimes*, que incluíam desde empréstimos hipotecários até cartões de créditos e aluguéis de carros, e eram concedidos, por ganância do rendimento fácil, a clientes sem comprovação de renda e com histórico ruim de crédito. As taxas de juros eram pós-fixadas, isto é, determinadas no momento do pagamento das dívidas. Por essa razão, com a elevação gradual da taxa de juros nos Estados Unidos, muitos mutuários ficaram inadimplentes, isto é, sem condições de pagar as suas dívidas aos bancos. É o estouro da bolha imobiliária ou crise do *subprime*.

Em síntese, a crise do *subprime* é a crise financeira desencadeada no fim de 2006 e início de 2007, a partir da quebra de instituições de crédito dos Estados Unidos, que concediam empréstimos hipotecários de alto risco, arrastando vários bancos para uma situação de insolvência e repercutindo fortemente sobre as bolsas de valores de todo o mundo.

Inicialmente, a crise teve amplitude limitada a instituições dos Estados Unidos. Em fevereiro de 2007, o Banco HSBC registra uma perda de US\$ 10 milhões. A crise do

crédito hipotecário havia provocado uma crise de confiança geral no sistema financeiro, bem como a falta de dinheiro disponível para saque imediato pelos correntistas dos bancos (crise de liquidez).

Na sequência, ocorre a falência da financeira *New Century Financial* e, entre agosto de 2007 e setembro de 2008, as intervenções no Banco *Northern Rock*, nas agências financeiras de empréstimos pessoais e hipotecários *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, e a falência do Banco *Lehman Brothers*. As ações da AIG, a maior seguradora dos Estados Unidos, caíram 60% e as maiores montadoras de automóveis do país – GM, Ford e Chrysler – recorreram aos cofres públicos, como *ultima ratio*, para evitar a iminente falência.

Em outubro de 2008, a crise econômica toma proporções globais, com o travamento do crédito e a retração da liquidez internacional. Segundo a revista *Carta Capital*, edição 523, de 21/11/2008, a partir do estouro da bolha imobiliária, as perdas registradas das instituições financeiras foram de US\$ 580 bilhões, a estimativa total das perdas do mercado financeiro foi de US\$ 2,8 trilhões e a desvalorização patrimonial nas bolsas de valores foi de US\$ 32 trilhões. Com isso, ocorre uma intervenção coordenada dos bancos centrais, as economias avançadas entram em recessão e os países emergentes sofrem uma desaceleração no seu crescimento.

Apesar de o Brasil figurar entre os primeiros países que conseguiram “sair da crise”, em final de 2009, vários ensinamentos podem ser retirados dos momentos difíceis vividos. Para o tema em questão, fica a ideia da necessidade de um controle judicioso dos gastos públicos, pois não há fontes de recursos externos com dinheiro fácil a financiar projetos de pouco retorno econômico ou social. É hora de aplicar os recursos públicos segundo prioridades claras e acompanhadas de controle transparente efetuado pelo próprio Estado com o suporte da sociedade civil. Vislumbra-se a necessidade de o Estado – contrariando a teoria neoliberal, que se desfez com essa crise financeira, na qual os

mercados falharam em sua autorregulação – ter que reassumir determinadas áreas de atuação, agindo diretamente, controlando ou regulando a conduta dos particulares cujas atividades tenham repercussão direta na população mais carente.

2. Terceiro Setor

2.1. Conceito e características

2.1.1. Conceito

Terceiro Setor, segundo Paulo Modesto (1998, p. 56), é o “conjunto de pessoas jurídicas privadas de fins públicos e sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante”. Daí, retira-se que ele não deve ser confundido com “setor terciário”, que é como, nas ciências econômicas, costuma ser designado o setor de serviços, ou seja, o conjunto de produtos da atividade humana que satisfazem uma necessidade da população, sem assumir a forma de um bem material. Como exemplo de serviços, pode-se citar o ensino, os transportes, o comércio, as comunicações e a diversão.

A expressão Terceiro Setor é utilizada em contraposição à ideia de que o primeiro setor é constituído pelo Estado, incapaz de promover sozinho o bem-estar social, e de que o segundo setor é formado pelo mercado, que se interessa apenas pela produção de bens e serviços que dão retorno. No dizer de Athayde Motta (1994, p. 108), “enquanto o mercado existe para gerar lucro e o Governo para prover a estrutura essencial para a aplicação da lei e da ordem e a promoção do bem-estar geral, o Terceiro Setor existe para prover algum serviço ou alguma causa”.

Para o Programa Comunidade Solidária (1998, p. 60), conduzido pela professora Ruth Cardoso, de saudosa lembrança, o conceito de Terceiro Setor inclui:

“o amplo espectro das instituições filantrópicas dedicadas à prestação de serviços nas áreas de saúde, educação

e bem-estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa de grupos específicos da população, como mulheres, negros e povos indígenas, ou de proteção ao meio ambiente, promoção do esporte, cultura e lazer”.

2.1.2. Características

Como uma das limitações ao poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é vedado – conforme o art. 150, inciso VI, letra “c”, da Constituição da República (CR) – instituir impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

É interessante destacar que essa vedação, consoante o previsto no § 4º do art. 150, da CR, compreende “somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

No tocante ao financiamento da seguridade social, a Constituição declara, no art. 195, § 7º, que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Ao tratar da Assistência Social, a Constituição estabelece, no art. 204, as diretrizes para a execução das ações governamentais realizadas com recursos do orçamento da seguridade social. Da leitura, verifica-se que a Constituição da República reconhece a importância da colaboração da iniciativa privada na execução de tarefas consideradas eminentemente públicas, bem como consolida, segundo Emile P. J. Boudens (2000, p. 2), “uma longa tradição de incentivos às associações que, de forma desinteressada e sem visar ao lucro, se dedicam às causas humanitárias”.

As entidades do Terceiro Setor, também chamadas de paraestatais, caracterizam-se

por serem pessoas privadas que colaboram com o Estado no desempenho de atividade não lucrativa. Por isso, o Poder Público dispensa a elas especial proteção, concedendo-lhes algumas benesses do seu poder de império, como na esfera tributária, por exemplo. Não abrangem as entidades da Administração indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função estatal (embora não exclusiva de Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional.

O desempenho das atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele, como escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 250):

“Em todas essas entidades do terceiro setor, estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se receberem ajuda ou incentivo do Estado, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público”.

2.2. Prestação de serviços públicos em parceria com entidades do terceiro setor

A partir da Reforma do Estado, implementada no Brasil em meados da década de noventa, a prestação de boa parte dos serviços não exclusivos do Estado, como os de saúde, educação, assistência social e cultura, passou a ser executada por entes em colaboração. É o caso, por exemplo, das Organizações Sociais (OS), que pactuam contratos de gestão com a Administração, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que celebram termos de parceria com o ente estatal, os contratos de concessão ou de permissão, as parcerias público-privadas e os convênios

ou as transferências voluntárias. Desses, serão apresentados os que mais de perto dizem respeito à atuação das organizações não governamentais.

Num apanhado geral do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, verifica-se que o Programa Nacional de Publicização origina-se do pressuposto de que os serviços prestados por entidades do Terceiro Setor são mais eficientes, pois enfatizam os resultados em relação aos mecanismos de controle.

2.2.1. Organizações sociais

A partir de 1998, com a publicação da Lei 9.637, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura poderão ser qualificadas pelo Poder Executivo federal como organizações sociais (OS).

De pronto, constata-se, efetuada ligeira comparação, que o rol de atividades possíveis das organizações sociais – saúde, educação, meio ambiente e cultura – é restrito em relação à lista de atividades possíveis das OSCIPs.

Interessante notar que, nesse processo de criação, é subjacente a ideia de formular contratos de gestão com entidades privadas, instituídas por particulares, para desempenhar atividades não exclusivas do Estado dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à saúde. Na concepção inicial das organizações sociais, a linha-mestra original – pelo Programa Nacional de Publicização – era a extinção de órgãos e entidades públicas que desenvolviam atividades e serviços públicos não exclusivos do Estado e a absorção desses serviços e atividades por organizações sociais.

A União extinguiu duas instituições federais – a Fundação Roquete Pinto e o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron

– transformando-as em organizações sociais, mas o instituto, como um todo, “vem gerando dúvidas e críticas, em virtude, principalmente, da preocupação com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universalidade de acesso a serviços públicos nas áreas citadas” (MEDAUAR, 2003, p. 108).

O art. 2º da citada “Lei das OS” – Lei 9.637/1998 – apresenta os requisitos para que a pessoa jurídica interessada receba a qualificação de organização social. Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que ao Administrador é dado o poder discricionário de qualificar ou não uma pessoa jurídica interessada como organização social. Como se verá mais à frente, esse é um ponto que vai diferir as Organizações Sociais das OSCIP: a qualificação como OS é poder discricionário do Administrador.

Observa-se, também, que um dos requisitos impostos é o de a entidade ter como órgão de deliberação superior um conselho de administração, integrado por representantes do poder público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

A entidade qualificada como OS – declarada de interesse social e utilidade pública para todos os fins legais – pode celebrar contrato de gestão com o poder público, para a formação de parceria no fomento e execução das atividades nas áreas de saúde, educação, meio ambiente e cultura. Assim, pode receber recursos orçamentários e até bens públicos, por meio de permissão de uso, para o cumprimento dos objetivos do contrato de gestão. “Dessa forma, o poder público deixará de ser o executor direto de atividade e serviços naquelas áreas, para ser incentivador, fornecedor de recursos e fiscal da execução” (Idem).

Como característica singular das organizações sociais, tem-se que o fomento público pode decorrer de investimentos financeiros, de cessão de bens públicos ou de cessão de pessoal. Quando a entidade privada busca ser qualificada como orga-

nização social, sua finalidade precípua é, no passo seguinte, firmar um contrato de gestão com o Poder Público para receber repasses de recursos financeiros públicos e, assim, desenvolver suas atividades em melhores condições. Ao receber recursos públicos, por meio de contrato de gestão, a empresa privada reduz sua autonomia, conforme ensina Roberta Fragoso Kaufmann (2008, p. 3):

“Por meio de contratos de gestão, são fixados objetivos que a OS deve alcançar, coerentes com o Plano de Governo. Dessa forma, a empresa terá uma menor autonomia do que normalmente teria na iniciativa privada, mas, por outro lado, diminuir-se o controle sobre a execução de tais atividades, se comparado com os entes da Administração Pública Indireta”.

O contrato de gestão estabelece uma relação entre o controle financeiro – executado a partir dos resultados – e o planejamento. Quando constatar o descumprimento de disposições do contrato de gestão, o poder público poderá desqualificar a entidade, importando a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues, respondendo os seus dirigentes individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos causados por ação ou omissão.

Na discussão do tema objeto deste trabalho, duas questões saltam aos olhos: (a) está o Poder Público obrigado a licitar o contrato a ser firmado com uma OS? (b) a OS precisa fazer licitação para contratar bens e serviços?

Inicialmente, da leitura do *caput* art. 37 da Constituição da República, que encabeça o capítulo “Da Administração Pública”, verifica-se que os preceitos ali contidos são endereçados aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, não se aplicando às OS, conforme se vê:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

O inciso XXI desse art. 37, ao determinar que obras, serviços e compras devem ser contratados por processo licitatório, excetua casos específicos previstos na legislação:

“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Em 1998, a Lei 9.648 acrescenta o inciso XXIV ao art. 24 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), permitindo a dispensa de licitação e a contratação direta de organizações sociais pelo Poder Público:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

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”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923-MC/DF, considerou – liminarmente – que é constitucional a dispensa de licitação para a realização de contrato de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais (OS).

Com isto, a resposta da primeira pergunta formulada, até o julgamento pelo

STF do mérito da ADI 1923, é a de que a Administração Pública não está obrigada a submeter à licitação o contrato a ser firmado com organizações sociais.

Os dados colhidos e apresentados até o momento levam a pensar que a resposta para a segunda pergunta – a Organização Social precisa fazer licitação para contratar bens e serviços? – é, também, negativa. Porém, quando se faz a leitura dos artigos 1º e 5º do Decreto 5.504/2005 – que, em sua ementa, “estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos” –, chega-se à conclusão de que a OS, quando utilizar recursos públicos, deve empreender processo licitatório na aquisição de bens e serviços.

Assim, verifica-se que há um claro descompasso na legislação federal que regula a matéria. Como isso ocorre também com as organizações da sociedade civil de interesse público, o assunto será dissecado mais à frente.

2.2.2. *Organizações da sociedade civil de interesse público*

A mesma ideia de publicização, que ensejou a criação das OS, deu corpo, por meio da Lei 9.790, de 1999, a uma nova entidade: a organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Trata-se de uma qualificação atribuída pelo Ministério da Justiça à pessoa jurídica de direito privado², sem fins lucrativos, cujo objeto social contemple alguma das atividades previstas no art. 3º da Lei 9790/1999.

Da leitura do art. 2º da referida lei, depreende-se que não são passíveis de qualifi-

² Diferentemente do que ocorre para as OS, a outorga da qualificação aqui é ato vinculado. Preenchidos os requisitos, a pessoa jurídica de direito privado interessada receberá a qualificação de OSCIP.

cação como OSCIP, ainda que se dediquem às atividades acima expostas, os seguintes entes: sociedades comerciais; sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; instituições religiosas; organizações religiosas, inclusive suas fundações; entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens e serviços a um círculo restrito de associados; empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; organizações sociais; cooperativas; fundações públicas; fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; e organizações creditícias vinculadas com o sistema financeiro nacional.

O art. 4º da Lei 9790/1999 indica algumas normas que deverão ser inseridas nos estatutos das pessoas jurídicas interessadas, entre as quais se destacam: observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; adoção de práticas de gestão, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais em decorrência da participação no respectivo processo decisório; prestação de contas de todos os recursos públicos e bens de origem pública pelos sistemas de controle interno e externo (Legislativo auxiliado pelo TCU).

A pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP pode celebrar termo de parceria com o Poder Público, “destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade assim qualificada” (MEDAUAR, 2003, p. 110). A Lei 9790/1999 definiu expressamente, no § 1º do art. 1º, o conceito de entidade sem fins lucrativos:

“§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa

jurídica de direito privado que não distribui, 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, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

O termo de parceria – instrumento jurídico de fomento e gestão das relações de cooperação entre entidades privadas e o Estado – “tem o objetivo de imprimir maior agilidade gerencial aos projetos e realizar o controle pelos resultados, com garantias de que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com os fins públicos” (KAUFMANN, 2008, p. 2).

Para escolher a OSCIP que firmará o termo de parceria, a Administração Pública pode lançar mão de concurso de projetos, com base no Decreto 3.100/1999 (art. 23 e seguintes), que regulamenta a Lei das OSCIPs (Lei 9.790/1999). O art. 11 desta Lei determina que a fiscalização das atividades das OSCIPs é realizada pela Administração Pública, pelo Conselho de Políticas Públicas e pelo TCU.

No que tange às limitações ao poder de tributar, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (art. 150, VI, “c”, da Constituição da República).

O art. 12 da Lei 9.532/1997, que regula esse dispositivo constitucional, considera “imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos”.

Segundo a dicção do art. 34 da Lei 10.637/2002, a imposição de as entidades

sem fins lucrativos não remunerar seus dirigentes para serem abarcadas pela não-tributação de impostos não vale para as OSCIP e OS.

Uma questão que sempre se apresenta é se a OSCIP deve cumprir os dispositivos da lei de licitações ou apenas deve se submeter a regulamento próprio, por ela publicado, que observe os princípios norteadores da Administração Pública. A resposta a essa indagação vem da leitura do art. 14 da Lei 9.790/1999:

“Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei”.

Ao compulsar o inciso I do art. 4º da citada lei, verifica-se a imposição de a OSCIP observar os princípios da Administração, conforme se vê:

“Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:
I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;”.

Da decisão contida no Acórdão 1777/2005-Plenário, do Tribunal de Contas da União, publicada no Diário Oficial da União de 22/11/2005, retira-se que as OSCIPs “submetem-se ao Regulamento Próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

economicidade e da eficiência”, não se aplicando aos “Termos de Parceria celebrados entre a Administração Pública Federal e as OSCIPs as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/97-STN”.

Dessa análise, verifica-se que a OSCIP não está obrigada a cumprir os ditames do processo licitatório imposto pela Lei 8.666/1993. Ela submete-se apenas aos princípios gerais da Administração Pública e estabelece, em regulamento próprio, os procedimentos que adotará para contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Todavia, com a publicação do Decreto 5.504, em agosto de 2005 – como se viu quando do estudo das organizações sociais –, as obras, compras e serviços realizados pelas OS ou pelas OSCIPs com recursos repassados pela União devem ser contratados mediante processo licitatório estabelecido pela Lei de Licitações.

Com base no art. 4º desse mesmo decreto, o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministro da Fazenda publicaram a Portaria Interministerial 217, de 31/07/2006 (alterada, em maio de 2007, pela de número 150), na qual determinam que os processos licitatórios que envolvam repasse voluntário de recursos públicos sejam efetivados por meio de pregão, preferencialmente na forma eletrônica, excetuando as OS e as OSCIPs dessa obrigatoriedade.

Pelo que se vê, tantas idas e vindas na legislação mostram um descompasso na tentativa de enquadramento das entidades sociais como realizadoras, como entes em colaboração, de boa parte dos serviços não exclusivos do Estado, como os de saúde, educação, assistência social e cultura. Por que isso acontece? Uma hipótese bem palpável é a de que a Reforma do Estado – aplicada, no País, pelos neoliberais –, neste aspecto, veio antes do costume: a sociedade brasileira não aprendeu a valorizar, ainda, o trabalho social despendido pelas pessoas em benefício da Nação (*Service to the Nation*)

ou das pessoas mais carentes (*Service to the People*).

O verdadeiro serviço social, o trabalho social puro sem fins lucrativos, é feito por poucos abnegados que, em boa parte das vezes, estão ligados, de uma forma ou de outra, à causa que defendem. No Brasil, como regra geral, os membros das entidades filantrópicas que dão suporte às crianças com Síndrome de Dawn, por exemplo, são parentes de crianças que possuem a doença; as associações de excepcionais são formadas, em sua maioria, por pais de crianças excepcionais; as que socorrem as crianças com câncer são integradas, lugar-comum, por pais e parentes de crianças que possuem ou possuíram a doença.

Tirando a vertente religiosa, que pela fé leva o homem a trabalhos belíssimos em prol dos irmãos necessitados, faz-se necessário um impulso valorativo que, em detrimento de qualquer vantagem pessoal visível, leve o ser humano a realizar serviços úteis em benefício de pessoas ou de grupos de necessitados. Isso, no mais das vezes, somente ocorre com educação. O homem precisa ser educado para servir.

O ponto ideal seria, numa visão, a realização do amor mais puro, porque aquele que dá sem qualquer necessidade de retorno, seja em proteção, amizade, sexo, dinheiro, vai, na direção do humilde, do doente, do excepcional, do sofrido e do necessitado, com a mesma leveza que volta para o peito de onde saiu, sem carga, sem contrapeso, sem cobrança. O amor de Deus! O homem precisa ser educado a exercitar esse amor, para dele tirar os grandes benefícios que só o ato de servir proporciona.

O ponto fulcral é o de que todo cidadão deve ter consciência de que é importante para ele o desempenho de um serviço social que beneficie a comunidade. Se a vertente altruísta, que se supõe existir em cada um, é de difícil despertar, que seja criada e mantida – como bem faz os Estados Unidos – a valorização, para todos os fins, da importância do trabalho social

que cada um efetivamente realiza para o bem da Nação ou dos mais fracos de seu país e, num segundo plano, para o bem do mundo inteiro.

No interior dos Estados Unidos, nos Estados do Kansas e do Missouri, por exemplo, a sociedade foi educada para realizar um trabalho benemérito em prol de todo o conjunto. É tanto que, como exemplo, o sujeito pouco gregário (ou sem tempo para se preparar) passa o domingo pela manhã, no mínimo, limpando as rodovias que circundam o lugar onde vive para, ao final, se cobrado, poder dizer que despende parte do seu tempo em benefício da coletividade.

Há uma cobrança social. A pessoa, para ser bem aceita no convívio em sociedade, não basta ser endinheirada ou possuir títulos de estudo; mais que isso, precisa demonstrar com ações que é sensível aos problemas que afetam os que de alguma forma possam ser discriminados: os portadores de deficiência, os negros, os pobres, os que moram nas periferias próximas aos cursos d'água, os estrangeiros, os idosos, os encarcerados e as crianças de qualquer natureza. Recentemente, acrescentou-se a preocupação com as questões relativas à proteção dos diversos ecossistemas do mundo.

Num ambiente cultural como esse pintado, no qual os valores sociais são apreendidos e estimulados, todos estão engajados com as necessidades dos seus semelhantes. Veja-se, por exemplo, a estupenda ajuda financeira proporcionada pela sociedade civil norte-americana ao povo do Haiti, por ocasião do terremoto de 12 de janeiro de 2010. Talvez, auxílios como esse ocorram não porque as pessoas sejam bondosas, infelizmente, mas porque isso lhes faça bem. Em teoria, tem-se que a pessoa pode não servir, mas em algum momento ela será cobrada por isso. Há, na cultura norte-americana, um grande respeito à liberdade das pessoas, mas as falhas são cobradas de forma contundente. Em placas de trânsito,

colocadas nas esquinas do interior, estão os dizeres que valem para quase tudo: "Neighborhood watching!"³

Uma pessoa desempregada, por exemplo, com algum desequilíbrio não acompanhado, que tenta várias vezes, mas não consegue trabalhar; que não é ajudada pelo Estado, por seus vizinhos ou pelas pessoas abastadas do lugar; que, pelo contrário, é motivo de escárnio de todos no seu bairro, pode, um dia, matar até o Presidente da República, como o fez Lee Harvey Oswald, em 22/11/1963, em Dallas, no Texas.

Uma vez estabelecida a cultura da necessidade de ser gregário, fica muito mais fácil existir uma plethora de entidades que realmente sejam sem fins lucrativos, estabelecidas para operar em proveito dos necessitados e que, a partir desse grande número de entidades com reais vocações de bem servir, possam disputar e acompanhar, porque interessadas no bem do próximo ou do País, a distribuição e a aplicação de recursos públicos pelas entidades do Terceiro Setor.

Esse passo é que faltou ao Brasil: preparar e mobilizar a população para a importância do trabalho da sociedade civil em prol da Nação e dos irmãos necessitados. Por isso, a existência desse descompasso na legislação que trata das entidades filantrópicas. Para esse tipo de trabalho descentralizado, a honestidade de propósitos da entidade é de fundamental importância para a consecução dos objetivos sociais desejados. Essa parece ser a pedra de toque que precisa ser considerada: valorizar o cidadão que trabalha abnegadamente em prol dos seus semelhantes e punir com rigor os que desviam os recursos públicos ou privados.

A possibilidade de qualificação de entidades, inicialmente, como Organizações Sociais, por meio da Lei 9.637, de maio de 1998 e, posteriormente, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público,

³ Em bom português: a vizinhança está de olho em você.

pela Lei 9.790, de maio de 1999, vislumbra-va que as atividades sociais e científicas de responsabilidade do Estado fossem execu-tadas por entidades públicas não-estatais sem fins lucrativos. Para tanto, o Governo Federal dispensou-as da realização de lici-tação, alterando a Lei 8.666, de 1993.

Mas, em 2005, em face dos desvios de rumo que foram detectados, teve que dar um passo atrás, determinando, por meio do decreto presidencial 5.504, que todas as entidades que realizam obras, compras, serviços ou alienações com emprego de recursos públicos devem fazê-lo mediante processo de licitação pública regido pela Lei de Licitações.

Porém, no biênio 2006/2007, como tal postura não funcionou a contento, o Go-verno, numa contramedida de sua decisão anterior, por meio de portarias interminis-teriais dos Ministérios do Planejamento e da Fazenda, permitiu que as entidades filan-trópicas que tenham regulamentos próprios e respeitem os princípios da Administração Pública possam fazer uso do dinheiro público sem a realização de licitação.

Ao que tudo indica, o Governo claudica, não percebendo a lacuna original, pois ado-ta lei geral em detrimento de lei especial, altera conteúdo de lei por meio de decreto e modifica a letra de decreto por intermê-dio de portaria. Do discorrido, verifica-se que o cerne da questão está em mudar a mentalidade social do país e, num segundo momento, punir com competência, tocando no bolso daqueles que desviam o dinheiro público repassado para emprego em ativi-dades sociais.

Como se vê, a sociedade brasileira re-cebeu uma tarefa – assumir a execução da maior parte das responsabilidades do Esta-do no campo social e científico – sem estar devidamente preparada para cumpri-la. Assim, o espaço aberto pela legislação – que, por hipótese, não considera o despreparo cultural da população para a realização, com desprendimento, de trabalhos sociais sem fins lucrativos – propicia que o Terceiro

Setor se transforme num campo fértil para as investidas de um bom número de pesso-as, de intenções duvidosas, que objetivam apenas desviar recursos públicos para si ou para as agremiações que integram.

2.2.3. *Convênios administrativos*

Convênio administrativo é o ajuste cele-brado por entidades públicas de qualquer espécie ou realizado por essas entidades e outras de direito privado, para a consecução de objetivos comuns dos convenientes. Convênio, por definição apresentada pelo Tribunal de Contas da União (2008, p. 15), portanto mais específica para este trabalho:

“É o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros dos Orçamentos da União visando à 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, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos”.

Como sempre, vale colacionar a lição de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 386), no caso sobre as diferenças entre contrato e convênio:

“No contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatá-rios), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc), outra que pretende a contraprestação cor-respondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por esta razão, no convênio a posição jurídica

dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos”.

O convênio distingue-se do contrato de repasse, por ser este “o instrumento administrativo usado na transferência dos recursos financeiros, por intermédio de instituição ou agente financeiro” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2008, p. 15). No contrato de repasse, contratante é o órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta que pactua a execução de programa, projeto atividade ou evento, por intermédio de instituição financeira federal (mandatária); contratado é o órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, com a qual a administração federal pactua a execução de contrato de repasse. Não há, portanto, assinatura de contrato de repasse que envolva órgãos da administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos.

Quanto à origem dos recursos, as dotações orçamentárias destinadas aos convênios e aos contratos de repasse são, basicamente, alocadas no Orçamento-Geral da União (OGU) de duas formas: a primeira é pela contemplação nominal do Estado, do município ou da ONG, por meio de proposta do Executivo ou de emenda à peça orçamentária, de autoria de deputado federal ou de senador⁴; na segunda, não há a contemplação explícita, mas o programa orçamentário destina recursos para a região onde se localiza o pretendente e prevê a aplicação por meio de órgão ou entidade estadual, municipal ou não governamental⁵.

⁴ Ao ser aplicada a Lei Orçamentária, já haverá previsão dos recursos para a consecução do objeto proposto na emenda. A liberação dar-se-á de acordo com o planejamento do Poder Executivo, observadas as disponibilidades orçamentárias.

⁵ Identifica-se essa previsão pelas seguintes modalidades de aplicação: 30 – governo estadual; 40 – administração municipal; e 50 – entidade privada sem fins lucrativos.

O acesso aos recursos pela organização que vai aplicá-los pode-se dar de duas formas: numa primeira hipótese, por proposta ou projeto formulados pela própria organização, diretamente ao ministério ou à entidade que disponha de recursos aplicáveis ao objeto pretendido⁶; numa segunda, o ministério ou a entidade federal detectam as necessidades locais ou desejam implementar programas federais na região. Neste último caso, os municípios são contatados para que efetivem sua participação no programa.

No que tange à regulamentação, os convênios celebrados até 14 de abril de 2008 sujeitam-se às disposições da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional (IN/STN) 1/1997, com suas alterações. Após esta data, as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse e termos de cooperação são as dispostas no Decreto 6.170/2007 (com as alterações constantes dos Decretos 6.329/2007, 6.428/2008 e 6.497/2008); bem como as dispostas na Portaria Interministerial 127/2008 (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Ministério da Fazenda – Ministério do Controle e da Transparência); e, ainda, com a aplicação supletiva da IN/STN 1/97, naquilo que não for incompatível com os dispositivos constantes do novo ordenamento inaugurado pelo Decreto 6.170/2007.

Esse decreto, que instituiu o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv) e o Portal de Convênios do Governo Federal⁷, tem como um dos objetivos garantir maior transparência aos atos de gestão, pois possibilitaria o acompanhamento pela sociedade de todo o processo, desde a apresentação da proposta pelo interessado até a análise, celebração

⁶ Após análise da necessidade e da viabilidade do objeto proposto, das informações cadastrais do proponente e da sua regularidade, o ministério ou a entidade poderão aprovar o convênio e liberar os recursos.

⁷ Disponível em: <www.convenios.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

e liberação de recursos pelo concedente, bem como a prestação de contas *on-line* da execução física e financeira do convênio. A partir de 1º de setembro de 2008, todo o processo de credenciamento, cadastramento e apresentação de propostas passou a ser realizado por intermédio do Portal de Convênios do Governo Federal.

Tudo parece bem encaminhado, porém um estudo mais apurado mostra que a regulamentação confeccionada para regular as atividades das entidades do Terceiro Setor – formada basicamente por decretos e portarias – peca pela ilegalidade e apresenta pontos falhos, sendo que o xis da questão parece ser mesmo a falta de o Congresso Nacional estabelecer um marco regulatório para a legislação que abarque as entidades públicas não estatais.

3. Organizações Não Governamentais (ONGs)

3.1. Conceito

Consultando a Resolução ECOSOC⁸ 31/1996, de 25 de julho de 1996, verifica-se que, para a Organização das Nações Unidas (ONU), ONG pode ser qualquer entidade que, não fundada por Estados ou por acordo entre Estados, tenha como foco as questões humanitárias, o desenvolvimento da ajuda aos necessitados e o desenvolvimento sustentável.

Organizações não governamentais são, na definição de Takeshy Tachizawa (2004, p. 18), “entidades de natureza privada (não públicas), sem fins lucrativos, juridicamente caracterizadas como associações ou fundações”. Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 27) considera que essas entidades são impropriamente chamadas de não governamentais, provavelmente porque “os cientistas políticos nos Estados Unidos geralmente confundem Governo com Estado. É mais correto falar em organiza-

ções públicas não estatais – ONPEs”. Não obstante a assertiva de Bresser Pereira, mas não há como alterar um termo consagrado mundialmente.

Para o prosseguimento deste estudo, entende-se que o melhor conceito de organizações não governamentais é o de que são entidades públicas não estatais, sem fins lucrativos, caracterizadas juridicamente como associações ou fundações, que atuam como instituições do Terceiro Setor, com foco na melhoria das condições de vida do ser humano, no incremento da cultura e da ciência ou na preservação do meio ambiente saudável para gerações futuras.

3.2. Características

Para bem caracterizar as organizações não-governamentais, faz-se necessário discorrer sobre alguns tópicos de Direito Constitucional e de Direito Civil. Primeiramente, julga-se importante retirar do texto constitucional o inciso XVII do art. 5º: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Do Código Civil, retira-se que pessoa é o ente ao qual a lei atribui a possibilidade de ser tornar sujeito de direito, personificando a possibilidade de auferir direitos e cumprir obrigações. As pessoas são classificadas em físicas ou jurídicas, sendo que estas podem ser definidas como as unidades de pessoas (físicas ou jurídicas) ou de patrimônios, que visam à consecução de certos fins, desde que lícitos, reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito. Os requisitos para a existência da pessoa jurídica são a organização de pessoas ou de bens, a licitude de propósitos e a capacidade jurídica reconhecida pela lei.

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), diferentemente do que fazia o Código de 1916, distingue as associações das sociedades. De acordo com o art. 981 do novo estatuto, as sociedades consistem na união de pessoas físicas ou jurídicas – normalmente em número reduzido – que, reciprocamente, se obrigam a contribuir

⁸ ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica, partilhando entre si os resultados. As associações, em face do prescrito no art. 53 do mesmo diploma, constituem-se pela união de pessoas físicas ou jurídicas – habitualmente em número maior de indivíduos – que se organizam para fins não econômicos, normalmente unindo-se com objetivos altruístas, religiosos, morais ou de interesse geral.

Pela lei, a sociedade, seja ela simples, seja ela empresária, procura alcançar lucros e distribuí-los a seus sócios, sendo constituída por pessoas que se unem com o objetivo de conseguir para si benefícios materiais, de modo que, por sua finalidade, tem caráter privado e as anima um interesse econômico particular. A sociedade, em síntese, exerce atividade econômica com fito de lucro.

Por seu turno, a associação não pode ter proveito econômico imediato, o que não impede, contudo, que determinados serviços que preste sejam remunerados e que busque auferir renda para o preenchimento de suas finalidades. As vantagens econômicas que alcançar jamais devem ser destinadas a seus associados, mas, sim, à comunidade como um todo ou, pelo menos, parte dela. Resumidamente, a associação não exerce atividade econômica, nem visa a lucros.

Apesar dessas diferenças, as sociedades e as associações possuem pontos comuns: consistem num agrupamento de pessoas; são criadas por meio de ato constitutivo – contrato social para as sociedades e estatuto social para as associações – escrito, público ou particular; e adquirem personalidade jurídica com o registro do ato constitutivo no órgão de registro competente: Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para as sociedades simples e associações e Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo da Junta Comercial, para as sociedades empresárias.

As fundações, por outro lado, caracterizam-se pela atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio. Elas não se originam de um aglomerado de pessoas,

característica própria das sociedades e das associações, mas de um acervo de bens que, por meio de autorização legal, adquire a faculdade de agir no mundo jurídico. Devem observar, em tudo, as finalidades, em regra imutáveis, a que visou o seu instituidor – que tanto pode ser pessoa física quanto pessoa jurídica – cuja vontade deve ser sempre preservada (art. 62 do Código Civil).

Como as sociedades e associações, as fundações nascem de um ato constitutivo, adquirindo, quando de caráter privado, personalidade jurídica perante o Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Por envolverem nítido interesse social na sua atividade, as fundações, independentemente de serem destinatárias de verbas públicas, devem sofrer fiscalização do Ministério Público, por meio das Provedorias ou Curadorias de Fundações (art. 66 do Código Civil).

Tudo isso foi dito com a finalidade de identificar onde estão situadas as ONGs. Nessa busca, constata-se que, no ordenamento jurídico pátrio, não há dispositivo que preveja a existência de organizações não governamentais, o que confirma o conceito emitido por este trabalho. O Terceiro Setor, no Brasil, é formado apenas por associações e por fundações privadas, estas em número bem reduzido. As associações e fundações, se desejarem e cumprirem os passos regulamentares, podem ser qualificadas como Organizações Sociais (OS) ou como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

3.3. Histórico

Tem-se presente que grupos de pessoas que se aglutinavam, nos Estados Unidos da América, em torno de causas sociais, foram muito importantes para os movimentos contra a escravidão e a favor do voto das mulheres.

Sabe-se que, ao término da Segunda Guerra Mundial, os países vitoriosos decidiram instituir a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade

de “manter a paz e a segurança, coordenar a solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural ou humanitária e promover o respeito pelos direitos humanos” (ENCICLOPÉDIA, 1987, p. 8293). A Carta de criação da ONU, assinada em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, faz referência, no artigo 71 do capítulo X, que trata do Conselho Econômico e Social, ao termo “organizações não governamentais”:

“ARTIGO 71 – O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o Membro das Nações Unidas no caso”.

Em 27 de fevereiro de 1950, por intermédio da Resolução 288 do Conselho Econômico e Social, foi criado o Comitê das Organizações Não-Governamentais, composto de dezenove membros, eleitos por quatro anos, sendo cinco membros da África, quatro da Ásia, dois da Europa Ocidental, quatro da América Latina e Caribe e quatro da Europa Oriental e outros Estados. Entre as missões básicas do Comitê, podem-se citar a triagem e a certificação de organizações não-governamentais como entidades de consulta da ONU, bem como a execução de tarefas estabelecidas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Assim, as organizações não-governamentais – associações civis formadas sem interferência dos Estados, dotadas dos mais elevados valores humanos – foram admitidas no cenário de um mundo carente porque, existindo com ênfase na ajuda humanitária e no desenvolvimento sustentável, seriam o contraponto em face dos interesses capitalistas das sociedades

comerciais. É tanto que, atualmente, o mês de janeiro, que marca a convenção do Fórum Econômico Mundial, em Davos, na Suíça, marca também a realização, em outro canto do globo, do Fórum Social Mundial, que é um encontro de representantes de milhares de ONGs de todo o mundo. Um fórum preocupado com a economia e o desenvolvimento dos países; outro, com os mais necessitados e o meio ambiente.

No cenário mundial, o papel das ONGs é considerado fundamental quando se fala em proteção ao meio ambiente. Para os brasileiros, o tema está muito presente quando se lembra da realização, no Rio de Janeiro, da ECO 92. Naquela oportunidade, foi redigida a Agenda Global 21, construída de forma consensuada, com a contribuição de governos e instituições da sociedade civil de 179 países, em um processo que durou dois anos e culminou, conforme se disse, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), no Rio de Janeiro, em 1992, também conhecida por Rio 92.

Além da Agenda 21, resultaram desse mesmo processo quatro outros acordos: a Declaração do Rio, a Declaração de Princípios sobre o Uso das Florestas, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas. O programa de implementação da Agenda 21 e os compromissos para com a carta de princípios do Rio foram reafirmados durante a Cúpula de Johannesburgo, ou “Rio +10”, realizada em 2002.

A Agenda 21 traduz em ações o conceito de desenvolvimento sustentável, fortalecendo, em seu art. 27, papel das organizações não governamentais como parceiras para um desenvolvimento sustentável.

No Brasil, Takeshy Tachizawa (2004, p. 25) afirma que as ONGs começaram a existir nos anos do regime militar e foram criadas “à medida que se fortaleceu o campo das associações civis, a partir dos anos setenta”. A Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG)

registra que a maior parte das ONGs é de fundação recente.

Desse histórico, pode-se constatar que a ONU e as principais nações do globo têm no trabalho das ONGs um braço atuante e respeitado para a realização das atividades públicas de cunho não estatal. A impressão de que as ONGs existem somente porque os Estados são incapazes de dar cumprimento às suas funções precípua nas áreas sociais e do meio ambiente não cabe mais nos dias atuais. Mesmo que países como o Brasil conseguissem cumprir suas atribuições constitucionais, precisariam de ONGs para a consecução de suas atribuições no campo social.

3.4. Situação atual

A análise da situação atual por que pas- sam as ONGs parte da hipótese de que, no tocante às obrigações sociais impostas pela legislação ao Estado, o planejamento e o controle das ações devem ser centralizados, mas a execução precisa ser descentralizada. O Estado, em princípio, não tem como cumprir eficientemente suas atribuições sociais sem lançar mão do trabalho das entidades do Terceiro Setor. Isto posto, vai-se às questões de fundo referentes ao tema.

Segundo a Revista *Época*, de 11/08/2008, as ONGs “se tornaram uma das áreas de maior vigor, dinamismo e inovação da sociedade contemporânea”. Tendo como fonte o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹, pode-se afirmar que houve um crescimento vertiginoso do número de ONGs: em 1996, eram 107.300; em 2002, passaram para 275.900; em 2005, chegaram a 338.200; e, em 2008, atingiram a marca de 400.500 ONGs registradas no Brasil¹⁰. Destas, 85% são associações sem fins lucrativos e 15% são fundações privadas.

⁹ Todos os dados citados como retirados do IBGE estão disponíveis em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005>. Acesso em: 16 jan. 2009.

¹⁰ A cada dia, são criadas, em média, 57 ONGs no país, segundo a Revista *Época*, de 11/08/2008.

Ainda segundo o IBGE, o total de empregados assalariados das instituições sem fins lucrativos cresceu 80% desde 1996 e já representa mais que o triplo do número de servidores públicos federais. Em 1996, o número de empregados assalariados das ONGs era de 1.039.900; em 2002, esse número chegou a 1.541.300; em 2005, passou para 1.709.200; e, finalmente, em 2008, esse número atingiu a marca de 1.877.100 empregados assalariados. Observa-se que é um número expressivo, movimentando uma parcela considerável da economia nacional.

O salário médio dos empregados das ONGs, segundo o IBGE, é de R\$ 1.577,00 (mil quinhentos e setenta e sete reais). A Revista *Época* chega a estimar em R\$ 35 bilhões o total da folha de pagamentos mensal dos trabalhadores assalariados das fundações e das associações sem fins lucrativos em 2008. O que se nota é que, nesses últimos doze anos, a influência das organizações sem fins lucrativos aumentou de forma significativa no Brasil. Elas estão presentes em quase todos os campos de atividades, movimentam cifras bilionárias e geram milhares de empregos. A análise da expressão “sem fins lucrativos” parece bem subjetiva, considerando o que se vê nos dias de hoje.

As ONGs desempenham múltiplas atividades. As áreas em que as ONGs brasileiras concentram seu trabalho, segundo o IBGE, são: 24,8%, como congregações religiosas; 17,8%, na defesa de direitos¹¹; 17,4% em associações patronais e profissionais; 13,9%, na cultura e recreação¹²; 11,6%, na assistência social; 5,9%, na educação e pesquisa; 1,3%, na saúde; 0,8%, no meio ambiente e proteção animal; 0,1%, na habitação; e 6,4% em outras atividades. Esses números, numa

¹¹ Do total de ONGs da área de defesa de direitos, metade são centros e associações comunitárias, um terço são associações de moradores e apenas 10% são entidades de defesa de grupos específicos e minorias.

¹² Inclui associações esportivas e clubes.

primeira análise, colocariam em dúvida a mística existente de que as ONGs atuam pesadamente nas áreas de saúde, educação e defesa das minorias. No Brasil, parece que isso não ocorre com tanto vigor.

Outro ponto que merece atenção é a origem do dinheiro utilizado pelas ONGs. O repasse de recursos públicos para as ONGs é realizado, na sua quase totalidade, por intermédio de convênios. Como se disse, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes” (MEIRELES, 2004, p. 386). Então, os convênios têm como característica básica a coincidência de interesses dos participantes, cujo acordo visa à consecução de um objetivo comum.

Apesar de ter um ponto comum com o contrato, qual seja, o acordo, o convênio, por se caracterizar por uma comunhão de interesses entre os participantes, não possui a hipótese de remuneração como forma de contraprestação. Segundo o Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União¹³, foi repassada mediante convênio para entidades do Terceiro Setor, no período de 01/01/1996 a 26/07/2008, a vultosa quantia de R\$ 212.852.476.973,68 (duzentos e doze bilhões, oitocentos e cinquenta e dois milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, novecentos e setenta e três reais e sessenta e oito centavos).

Considerando esse movimento financeiro, fica o entendimento de que o conhecimento das contas dessas entidades é importante para o país, pois – como se viu – elas desempenham funções públicas, independentemente de usarem ou não recursos públicos. Quanto à origem do dinheiro aplicado pelas ONGs, a falta de controle, no mínimo estatístico, é uma lacuna que precisa ser tamponada.

A origem deste estudo é a sequência de matérias publicadas pela imprensa, a partir

de 2006, sobre a malversação de recursos públicos por parte de um grande número de ONGs. O fato é que a utilização de convênios, entre o poder público e instituições privadas sem fins lucrativos, no repasse de recursos para a consecução de objetivos comuns, tem-se verificado como um dos principais caminhos para o desvio da verba pública. A Revista Veja, edição 2057, de 23 de abril de 2008, ao apresentar matéria do jornalista Diego Escosteguy, intitulada “a fraude documentada”, sobre “o desvio de milhões de reais em Brasília”, estampa:

“As organizações não-governamentais (ONGs) ficaram conhecidas nos últimos tempos como um instrumento eficaz de roubar dinheiro público. Sem observar critérios elementares de boa gestão, o governo federal despejou, nos últimos cinco anos, doze milhões de reais nos cofres dessas entidades. Em vez de grandes resultados sociais, as ONGs vêm encabeçando uma infinidade de escândalos”.

No dia 26 de julho de 2007, a repórter Mylena Fiori, da Agência Brasil, apresentou matéria acerca da mudança de regras sobre convênios federais com estados, municípios e ONGs. Ao entrevistar o Ministro Paulo Bernardo, do Planejamento, Orçamento e Gestão, ouviu dele que “o Governo Federal repassa anualmente, por convênio, R\$ 12,2 bilhões para estados e municípios e R\$ 3 bilhões para ONGs e outras entidades privadas”.

O Brasil possui 26 estados, 1 distrito federal e 5.564 municípios¹⁴. Assim, esse conjunto, que com a União compreende a organização político-administrativa do Estado Brasileiro, recebeu do Executivo Federal, em 2007, aproximadamente, 12 bilhões de reais repassados por convênios. No mesmo período, as organizações não governamentais e outras entidades privadas receberam três bilhões de reais, ou seja, o equivalente a ¼ do montante repassado

¹³ Portal da Transparência. Disponível em: <www.portaltransparencia.gov.br>. Acesso em: 2 dez. 2009.

¹⁴ IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

para todos os estados e municípios do país. Somente considerando esses dados iniciais, já se tem boa justificativa para avaliar o emprego de recursos públicos pelas ONGs.

O grande volume de recursos aplicados e os casos de desvio de dinheiro público levam à projeção de um foco de luz sobre como deve ser a relação administrativa entre o Poder Público e as organizações não governamentais.

A fim de realizar um diagnóstico sobre as ONGs, foram instaladas no Senado Federal, no período compreendido entre 2001 e 2010, duas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). Um bom caminho para essa pesquisa é enveredar pelo trabalho dessas comissões parlamentares de inquérito, lembrando – para análise a seguir – que o serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2004, p. 319). Esse conceito, como se viu, varia em função das conveniências políticas, sociais, econômicas e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico.

Este artigo, pelo já exposto, adota como correta a definição de que as ONGs são entidades públicas não estatais. E, mais, que não se pode perder a ideia de que a prestação de serviços públicos deve ser feita por meio de licitação, segundo o prescrito no art. 175 da Constituição da República (CR), pois “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A primeira CPI funcionou, no Senado Federal, nos anos de 2001 e 2002. Sua missão precípua foi a de “apurar denúncias veiculadas pela imprensa a respeito da atuação irregular de organizações não-governamentais em território nacional, bem como apurar a interferência dessas organizações em assuntos indígenas, ambientais e

de segurança nacional, sobretudo daquelas que são atuantes na região amazônica” (BRASIL, 2001).

Pela ementa do requerimento, nota-se que o objetivo maior dessa CPI girava em torno de quesitos ligados à segurança nacional. Não obstante isso, em seu relatório, apresentado na conclusão dos trabalhos, a comissão já vislumbrava a necessidade de aprofundamento na análise do fluxo de recursos do governo para as ONGs, conforme se vê:

“Um benefício adicional do trabalho da Comissão foi alcançado ao se esclarecerem vários aspectos relativos ao quadro legal em que se definem as ONGs, ao entrecruzamento de ideais e objetivos que interligam ONGs e sociedade em geral e ao relacionamento entre ONGs e Poder Público.

Quanto a este último aspecto, emergiram informações e apreciações importantes no que se refere ao controle exercido pelo Poder Público sobre as ONGs, ou a falta dele, e no que tange ao considerável fluxo de recursos governamentais para as ONGs.

Esses temas, não obstante terem gerado, neste relatório, algumas propostas concretas, merecem aprofundamento adicional por parte de estudiosos em geral e do Senado, em particular”.

No bojo de suas conclusões, a CPI apresentou, em 19/02/2003, um projeto de lei, o PLS 7/2003, dispendo sobre o registro, a fiscalização e o controle das organizações não-governamentais. Esse projeto, aprovado no Senado na forma de um Substitutivo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi remetido para a Câmara dos Deputados em 30/06/2004. A justificativa do projeto é o próprio relatório da CPI (BRASIL, 2004).

Dele, retira-se que é inegável que as organizações não-governamentais defendem ideias e representam valores muito importantes para o país. Na maioria dos

casos, concluiu a CPI, essas entidades atuam legalmente, de boa-fé, e prestam bons serviços. Apesar disso, constatou também a Comissão Parlamentar de Inquérito que o processo de fiscalização dessas entidades, que têm nos recursos públicos uma expressiva fonte de receita, não estaria funcionando a contento. A própria CPI foi criada a partir de inúmeras denúncias de irregularidades no funcionamento e aplicação dos recursos públicos por essas organizações.

Ao analisar a matéria, a CPI identificou falhas graves, que precisavam ser urgentemente corrigidas, quais sejam: são vagos, incompletos e, em alguns casos, indisponíveis os cadastros e estatísticas sobre essas entidades. Os procedimentos e instrumentos legais e administrativos para controle desse segmento de atividades por parte do Poder Público são débeis, díspares e confusos; e falta um consenso sobre o que seja exatamente uma organização não governamental. É preciso, portanto, distinguir claramente quem é quem no universo do Terceiro Setor, estabelecer normas claras de acesso aos fundos públicos e delimitar o âmbito de ação das organizações não governamentais.

O Substitutivo aprovado no Senado procura tratar das preocupações expostas no relatório final da CPI. Nele, determina-se a criação de um Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais, a ser administrado pelo Ministério da Justiça. Todas as ONGs atuantes no País deverão nele se inscrever. Para tanto, deverão fornecer informações sobre as atividades que pretendem desenvolver e sobre suas respectivas fontes de recursos. As organizações não-governamentais estrangeiras deverão, ainda, pleitear no mesmo Ministério autorização de funcionamento.

A fiscalização do Ministério Público, atualmente limitada às fundações, é estendida a todas as organizações não governamentais, que deverão prestar contas de todos os recursos recebidos. O objeto de

grandes e reiteradas preocupações da CPI era justamente encontrar meios de coibir desvios de finalidade na atuação de muitas organizações não-governamentais em suas parcerias onerosas com o Poder Público, ávidas muitas vezes em lançar mão de verbas públicas, especialmente por meio de convênios, para escapar à licitação e sem submeter-se a edital público para seleção dos melhores projetos e, ainda, sem atenção à qualificação mínima obrigatória.

Para equacionar essa situação, o Substitutivo consagra a exigência de qualificação das organizações não-governamentais como OSCIPs para toda transferência de recursos públicos realizada com o propósito de fomentar atividades de interesse público. Ressalva, entretanto, aquelas já qualificadas como Organização Social, Entidade Beneficente de Assistência Social, Entidade de Apoio a Universidade Federal ou detentoras do Título de Utilidade Pública Federal antes da vigência da futura lei.

O substitutivo proposto não altera o regime de imunidade constitucional estabelecido pelo art. 195, § 7º, da Lei Maior, em favor das entidades beneficentes de assistência social. Tal artigo continua regulado pelo art. 55 da Lei 8.212, de 1991, que dispõe sobre o plano de custeio da seguridade social. Revoga, entretanto, o art. 18 da Lei 9.790, de 1999, que obriga as entidades qualificadas como OSCIP a abdicarem de outras qualificações legais.

Na Câmara dos Deputados, o projeto, que deu entrada em 30/06/2004, passou a tramitar como PL 3877/2004, sendo distribuído pela Secretaria-Geral da Mesa para três comissões: Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), Finanças e Tributação (CFT) e Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC). Infelizmente, a matéria não consegue ter uma tramitação regular. Em quatro anos e meio de tramitação na Câmara dos Deputados, foram aprovados dois requerimentos de deputados para que a proposição seja instruída em mais duas comissões: Seguridade Social e Família

(CSSF) e Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC). Ora, a instrução que já estava longa, com três comissões, ficou ainda mais demorada com a inclusão dessas duas comissões, pois se tem presente que o prazo de tramitação é dilatado toda vez que uma comissão é acrescentada ao processo.

Além disso, tem sido utilizado outro artifício regimental: o apensamento de matérias ao projeto original do Senado. Contabilizam-se onze matérias apensadas, uma de cada vez, nesse período de quatro anos e meio. Cada apensamento implica a retirada do processado da comissão em que tramita, o envio para o Plenário e a espera de uma brecha na pauta para a votação do requerimento de apensamento. Com isso, o PL 3877/2004 chega ao início de 2010 instruído apenas com parecer da CTASP, necessitando, ainda, de passar por mais quatro comissões e pelo Plenário da Casa.

Concomitantemente, criou-se, no Senado, um campo propício para a investigação, fruto do grande número de matérias publicadas na imprensa, de uma série de desvios de recursos públicos repassados pelo Executivo Federal para ONGs. Assim, em março de 2007, foi instalada a segunda CPI, com o objetivo de “apurar, no prazo de 180 dias, a liberação, pelo Governo Federal, de recursos públicos para organizações não governamentais – ONGs – e para organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs –, bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do exterior, a partir do ano de 1999 até a data de 8 de novembro de 2007” (BRASIL, 2007).

Essa CPI, que foi instalada em março de 2007, somente teve o seu plano de trabalho aprovado em reunião de 23 de outubro daquele ano. Esse plano de trabalho tem como diretrizes básicas: avaliação das relações do Estado com as ONGs; mapeamento da transferência de recursos do Orçamento da União para entidades privadas sem fins lucrativos no período de 1999 a 2006;

investigação de denúncias ou de evidências de fraudes, desvios de recursos públicos e irregularidades nas parcerias Estado/ONGs; avaliação dos procedimentos de destinação e fiscalização da aplicação dos recursos repassados pelo Governo Federal para ONGs, da regularidade da aplicação e dos resultados obtidos nessas parcerias; avaliação e aprimoramento do marco legal que regula a relação das ONGs com o Estado; avaliação da renúncia fiscal derivada da destinação de recursos privados para entidades sem fins lucrativos e isenções tributárias por elas usufruídas; e exame do recebimento de recursos externos por ONGs atuantes no Brasil.

Ao acompanhar os trabalhos da CPI durante os anos de 2008 e 2009, constatou-se a dificuldade imposta, tanto pelo Governo quanto pela Oposição, para que fossem aprovados requerimentos de convocação de pessoas acusadas de denúncias que fossem ligadas às suas agremiações partidárias. Essa postura esvaziou a CPI. É tanto que nada de produtivo foi construído no tocante à investigação de denúncias.

Apesar disso, espera-se dessa CPI que ela chegue ao seu termo com a confecção de proposta de um marco legal para as ONGs. Salvo grave engano, o texto final não poderá fugir muito do proposto pela CPI de 2002, sob pena de incorrer em erro, pois o conteúdo do Substitutivo ao PLS 7/2003 parece responder, em muito boas condições, aos interesses do país.

4. Emprego de recursos públicos pelas ONGs

4.1. Transferência de recursos públicos para as ONGs

Segundo o TCU, o início do processo de solicitação de verbas para aplicação em Estados e Municípios, por intermédio de entidades sem fins lucrativos, se dá com a identificação das necessidades existentes na comunidade. A partir da seleção das áreas mais carentes, o interessado precisa

estabelecer uma escala de prioridades entre as necessidades detectadas.

O maior volume de recursos públicos repassados para organizações não governamentais foi efetuado por meio de convênios. Do já exposto, verifica-se que, no Brasil, o convênio administrativo – longe de representar um instrumental voltado unicamente ao consensualismo e de ser técnica que se deve empregar no Estado Subsidiário como uma das ideais – tem sido, em muitos casos, uma fenda aberta para grandes irregularidades que merecem ser coibidas enérgica e urgentemente.

Conforme explicitado anteriormente, não se está falando sobre contratos com nome de convênios – que já têm seu tratamento no sistema legal –, mas de convênios administrativos com entidades privadas que podem servir de “cabides de empregos”, de “caixas de campanhas”, ou mesmo de maus realizadores de atividades sociais ou de serviços que o Estado pretendia fomentar para atender os mais destacados reclamos sociais. O TCU¹⁵ constata que são inúmeros os casos em que ficam implícitos ou explícitos laços parentais ou afetivos entre os gestores e os partícipes, situações outras em que as entidades convenientes eram basicamente sustentadas pelo Erário e os salários dos empregados bem maiores que os vencimentos dos servidores públicos.

As respostas relativas tanto ao cabimento dos institutos da licitação para a celebração de convênios administrativos com entidades privadas quanto à aplicação de penalidades nesta área passam, certamente, pela eficiência do dispêndio estatal com as atividades do Terceiro Setor e já não são novas para o enfrentamento da doutrina brasileira, muito embora tais discussões não tenham sido objeto de um debate de qualidade.

Possivelmente, essa lacuna doutrinária poderá encontrar sua razão de ser na re-

¹⁵ TCU. Disponível em: <www.tcu.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 21 jan. 2010.

lativa harmonia dos pensadores em considerarem tais ajustes como instrumentos da cooperação entre Estado e sociedade, o que significaria uma ação de partícipes em pé de igualdade, que desnaturaria a viabilidade da aplicação de sanção pelo Estado, bem com o da competitividade que pressupõe o certame licitatório.

Não é difícil conceber que os acordos públicos, seja convênios, contratos de gestão, seja termos de parceria, avençados com entidades privadas pelo ente detentor das verbas públicas a título de transferências voluntárias, comportam, certamente, um procedimento prévio de seleção, na hipótese de existirem várias entidades com a mesma qualificação e vocação. E, também, de ser possível aplicarem-se penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações em seu bojo, sem que, contudo, os interessados em ajustarem tais instrumentos se retraiam em fazê-lo. É essa a proposta quando se analisa a transferência de recursos públicos para as ONGs.

Da leitura dos jornais e revistas que noticiaram o tema, pode-se perceber o fato de a Administração ficar quase sempre a reboque da iniciativa privada ao conceber quais as atividades de interesse geral devem ser realizadas. Não raras vezes, os projetos de repercussão social e econômica são apresentados ao Estado pelos movimentos sociais organizados ou por setores do empresariado nacional, não sendo fruto da *expertise* dos técnicos servidores públicos. Não se sabe se isso ocorre por falta de profissionalismo no serviço público ou por falta de cultura gerencial ou, até mesmo, se decorre de um atraso no desenvolvimento social brasileiro, que chegue à formação de quem tem por encargo iniciar os projetos do Estado.

O que se vê é que os convênios – sendo instrumentos de repasse de verbas para entidades particulares e, especialmente, no caso de transferências voluntárias – são celebrados, em sua maioria, por provocação dos interessados, que planejam a atividade

social (educacional, assistencial, de saúde etc) e a apresentam ao órgão da Administração que, de posse do projeto, analisa seu cabimento dentro da esfera de sua competência, opinando pela sua viabilidade ou não e consultando sobre a disponibilidade de verbas para a sua consecução.

Não que isso seja algo a ser descartado, já que o voluntariado, em países mais desenvolvidos – como anteriormente explanado –, tende a ser a resposta para questões de interesse mais restrito e imediato das comunidades, além de que o ideal de Estado Subsidiário convive com a sociedade participando ativamente das decisões públicas e realizando muito dos projetos que antes eram de atribuição estatal.

Porém é interessante enfatizar que isso é uma questão de cultura, que precisa ser trabalhada com seriedade. Veja-se o exemplo dos Estados Unidos: o Presidente Barack Obama passou a tarde do dia anterior à sua posse nas cercanias de Washington, pintando escolas públicas com um grupo de voluntários, enquanto a primeira dama – Michelle Obama – estava num centro de distribuição civil de donativos, montando cestas para serem enviadas para os soldados americanos no Iraque e no Afeganistão. Com esse exemplo, reafirma-se que a mudança cultural, no sentido de valorizar o trabalho voluntário, é fundamental para sanear o emprego das ONGs no Brasil. Basta não esquecer aquela velha frase: a palavra convence, mas o exemplo arrasta!

No caso brasileiro, fazer do fomento público um improviso constante, longe de realmente atender às vicissitudes e às mazelas sociais, torna-o uma atividade inócua, por não canalizar recursos preciosos para os problemas prioritários. Preconiza-se, então, a adoção do planejamento democrático, desenvolvido pelo Estado e discutido com a sociedade, permitindo que os instrumentos de fomento “rendam os melhores resultados, exatamente pelas possibilidades abertas de coordenação de esforços, tanto através da cooperação, quanto da colaboração,

sobretudo pela indução da solidariedade e pela promoção da integração, que produz entre o Estado e sociedade” (MOREIRA NETO, 2001, p. 517).

No dizer de Alzemeris Martins Ribeiro de Britto e Perpétua Leal Ivo Valadão, fomento é “uma atividade do Estado de estímulo, incremento, incentivo de atividade particular que seja de interesse público, que não emprega coação para o seu exercício, já que nascida no seio da sociedade”¹⁶. Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 19) aduz que essa atividade somente “se afigura legítima se a finalidade do bem comum acaso se encontre nela observável de maneira clara, sendo, *a contrario sensu*, discriminatória e injustificável. O fomento tem a vantagem de não expandir a máquina estatal e, ao mesmo tempo, incitar a ação da sociedade em prol de seus pares”.

Com relação às subvenções, tem-se que são transferências correntes destinadas a cobrir despesas de custeio operacional (serviços, aluguel, pessoal, conservação de bens) de entidades públicas ou privadas, podendo ser sociais (para custeio de atividades de assistência social, culturais, médicas ou educacionais sem fins lucrativos) ou econômicas (para custeio de empresas com fins lucrativos e estatais, desde que autorizado por lei). Deve-se registrar que a subvenção social deverá ser concedida sempre que for mais econômico para o Estado “repassar os recursos à iniciativa privada do que prestar diretamente os serviços, e o seu valor, sempre que possível, deve ser calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência” (VIOLIN, 2006, p. 41).

Por fim, recolhe-se da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 249) que o objetivo das OS e das OSCIP é o de “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental

¹⁶ Disponível em: <www.pge.ba.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado". A autora sintetiza que o contrato de gestão das OS e o termo de parceria das OSCIP são instrumentos praticamente idênticos, mas que recebem denominações diversas. Todavia, considera mais apropriado o tratamento jurídico conferido ao último.

Numa construção de pensamento, pode-se crer que as semelhanças que unem os convênios aos termos de parcerias (ou aos contratos de gestão) dizem mais da atividade administrativa que lhes serve de conceito, sendo todos instrumentos de fomento. Daí a necessidade de se lhes aplicar o semelhante regime de outorga e de penalização por faltas, a fim de manter coerente e harmônico todo o regramento atinente a tais ajustes.

Na mesma linha de pensamento, tem-se que as diferenças entre contratos e convênios não são suficientes para afastar certas exigências contidas no sistema jurídico contratual público, porquanto a simples participação do Estado nesses pactos atrai a aplicação dos princípios que regem a administração pública, entre os quais, podem-se destacar os já estudados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade, segurança jurídica, motivação, e supremacia do interesse público.

Por tudo, fechando o raciocínio, entende-se que, na transferência de recursos públicos para as ONGs, deve ser adotado o procedimento licitatório prescrito na Lei 8.666/93.

4.2. Marco regulatório

Analisando os casos concretos expostos pela mídia – alguns deles retratados, como exemplos, neste trabalho – e compulsando os doutrinadores que se debruçam sobre a matéria, verifica-se que há uma lacuna na legislação federal quando o assunto é regular as atividades das ONGs. Uma

contribuição singela para a melhoria dos mecanismos de ligação do Estado com as entidades do Terceiro Setor é o que se propõe a seguir.

A Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG)¹⁷ defende a construção de uma legislação que “fortaleça a organização autônoma das ONGs, sem qualquer tentativa de restringir a liberdade de associação” e que “garanta a transparência e o controle social do uso dos recursos públicos sem nenhum tipo de discriminação” contra as entidades sem fins lucrativos. Essa parece ser a base de raciocínio que se deve adotar, pois – por todos os argumentos já apresentados – a parceria do Estado com as entidades do Terceiro Setor deve ser incentivada e valorizada. Nesse ponto, caminha bem o texto do PL 3877/2004.

Tendo como premissa básica a liberdade de associação, é fundamental, por outro lado, que haja um cadastro centralizado, no qual estejam inscritas todas as ONGs em atividade no país. Sendo a atividade desenvolvida pelas ONGs de natureza pública (não estatal), conforme se demonstrou, deve o Estado se assenhorear, em detalhes, da existência e do volume – discriminado por origem – dos recursos recebidos e aplicados. A ideia de que esse cadastro seja estabelecido no Ministério da Justiça é de todo interessante, porque este é também o órgão responsável por emitir a qualificação de OSCIP – não podendo negá-la quando preenchidos os requisitos – para as entidades sem fins lucrativos que assim o requererem.

Na sequência, assume-se, assim, como melhor caminho, a fixação do requisito de que a ONG – para receber recursos públicos – seja qualificada como OSCIP. Recebida a qualificação de OSCIP pelo Ministério da Justiça, a ONG pode firmar termo de parceria com o órgão público interessado. Nisso há uma grande vantagem, pois o Estado pode definir, para cada caso concreto, na

¹⁷ Disponível em: <www.abong.org.br>. Acesso em: 28 dez. 2009.

redação do termo de parceria a ser firmado, os pressupostos para a realização, por parte da ONG, do procedimento licitatório simplificado que a entidade se compromete a cumprir nas aquisições de bens e serviços com o emprego de recursos públicos.

Isso tornará mais transparente o uso do dinheiro público e, mais ainda, facilitará o controle interno e externo dos gastos, otimizando a prestação de contas que todo aquele que utiliza recursos públicos deve cumprir, como prescreve o parágrafo único do art. 70 da Constituição da República.

Além disso, outras medidas devem ser adotadas pelo Estado em razão da multiplicação do número de ONGs no país. É necessário que haja um planejamento estatal quanto às áreas fomentáveis por via de transferências voluntárias. Isso é um pressuposto para que seja saneada a utilização do instrumental do contrato de gestão, do termo de parceria e do convênio administrativo. A iniciativa das ONGs, apontando os pontos de maior necessidade, deve ser considerada dentro de um planejamento maior, elaborado pelo Estado. Assim, a celebração de contrato de gestão, de termo de parceria e de convênio administrativo deve ocorrer apenas quando o fomento responder a uma iniciativa de interesse público.

No que tange ao cumprimento dos dispositivos da Lei de Licitações, para a escolha, pelo Estado, da entidade privada sem fins lucrativos que vai firmar a parceria, deve-se considerar como obrigatória a realização de certame prévio para a celebração de contratos de gestão, de termos de parceria ou de convênios administrativos, exceto no caso de manifesta singularidade do objeto.

Conclusão

O estudo que se conclui tem por objetivo precípua analisar a utilização de recursos públicos pelas ONGs no Brasil, buscando identificar qual é a relação ideal que deve

ser estabelecida entre o Poder Público e essas entidades, a fim de dinamizar o seu emprego e propiciar um controle mais transparente dos gastos públicos realizados pelos integrantes do Terceiro Setor.

No primeiro momento, sente-se a dificuldade de caracterizar o que vem a ser uma organização não governamental. Para prosseguimento do estudo, após analisar o histórico e outras facetas de sua criação, decidiu-se por apresentar um novo conceito. Assim, define-se ONG como uma entidade pública não estatal, sem fins lucrativos, caracterizada juridicamente como associação ou fundação, que atua como instituição do Terceiro Setor, com foco na melhoria das condições de vida do ser humano, no incremento da cultura e da ciência ou na preservação do meio ambiente saudável para gerações futuras.

O emprego de organizações não governamentais, como entidades públicas não estatais, em cooperação com o Poder Público, é altamente positivo para toda a população, pois diminui o tamanho do Estado, com favorável repercussão econômica para o país. A utilização de ONGs reduz o número de órgãos governamentais que seriam necessários para desenvolver as atividades relativas ao Terceiro Setor.

Infelizmente, ainda não está disseminada na população brasileira – como está em alguns povos de outros países – a cultura do voluntariado que, infundindo nas pessoas uma mentalidade mais gregária, valorize como imprescindível o trabalho social de cada cidadão. Sente-se a necessidade de um impulso valorativo que coloque o trabalho social da pessoa como necessário para o seu ajustamento em sociedade. À medida que aumente o número de pessoas sérias que dediquem parte do seu tempo para o trabalho social voluntário, será mais sadio o emprego de verbas públicas por associações e fundações privadas.

Atualmente, a difícil fase por que passa a economia global, fruto de uma crise financeira originária nos Estados Unidos, impõe

- de forma ainda mais marcante - um controle judicioso do desembolso do dinheiro público. Não há lugar para desperdícios. Todo gasto público precisa ser muito bem planejado. Por via de consequência, o momento requer, também, um maior controle do Estado sobre as atividades públicas não estatais que tenham repercussão sobre a população mais pobre do país.

As atividades do Terceiro Setor devem ser planejadas, de forma centralizada, em cada órgão estatal que dispõe da rubrica orçamentária passível de ser aplicada por entidades sem fins lucrativos. A transferência de recursos para as ONGs deve ocorrer à medida que for mais econômico para o Estado repassar os recursos à iniciativa privada do que prestar diretamente o serviço, mas não se pode fazer do fomento público um improviso constante. O Estado não pode ficar à mercê da iniciativa das ONGs, devendo repassar recursos somente quando há um planejamento prévio estatal a cumprir.

A explanação do tema mostra que a transferência de recursos públicos para as ONGs tem-se verificado como um dos principais caminhos de desvio da verba pública. Por vezes, a malversação do recurso público ocorre com a participação de agentes políticos e de servidores públicos. Disso, surge a necessidade de que a fiscalização do Ministério Público sobre as fundações privadas, prevista no art. 66 do Código Civil, seja ampliada para abarcar também as associações que militam no Terceiro Setor. É fundamental, também, que o TCU incremente a realização de tomadas de contas especiais (TCE), principalmente quando os repasses forem numerosos para uma mesma entidade ou os valores transferidos sejam vultosos.

Do estudo, constata-se a necessidade premente de evolução da doutrina jurídica aplicada aos convênios. Primeiramente, verifica-se que os convênios, os termos de parceria e os contratos de gestão são instrumentos de fomento semelhantes que devem ter o mesmo tratamento administrativo.

As diferenças entre contratos e convênios não são suficientes pra afastar o regime contratual público. A simples participação do Estado atrai os princípios da Administração Pública.

Disso, conclui-se que as transferências de recursos públicos para as ONGs devem seguir o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/93. As verbas públicas repassadas para as ONGs, por meio de convênios, termos de parceria ou contratos de gestão, comportam o procedimento prévio de seleção da Lei de Licitações.

Nota-se, com clareza, que os cadastros e estatísticas sobre as ONGs, no Brasil, são vagos, incompletos e, em alguns casos, indisponíveis. Assim, é forçoso abarcar como positiva a proposta da primeira CPI do Senado Federal sobre o assunto, quando ela conclui pela criação de um Cadastro Nacional de ONGs, operado pelo Ministério da Justiça. Numa visão de estratégia nacional, define-se como imperioso ter um acompanhamento das atividades desenvolvidas pelas ONGs no país, bem como esclarecer sobre as fontes de recursos recebidos por essas entidades.

Julga-se oportuno concluir que a ONG, para receber recursos públicos, precisa ter sido, anteriormente, qualificada como OSCIP. Portanto, essa é a relação ideal que se entende deve ser estabelecida entre o Poder Público e a ONG que desejar implementar suas atividades com recursos públicos. Uma vez qualificada como OSCIP, pelo Ministério da Justiça, pode o órgão estatal parceiro definir, com a entidade, no termo de parceria firmado, os pressupostos do procedimento licitatório simplificado que, seguindo os princípios da Administração Pública, serão adotados pela ONG para a aquisição de bens e serviços. Essa medida tornará mais transparente a relação e facilitará o controle dos gastos públicos, otimizando a prestação de contas.

No tocante à legislação federal sobre ONGs, verifica-se que as lacunas e os descompassos existentes levam à necessidade

do estabelecimento de um novo marco regulatório. De forma resumida, propõe-se que esse instrumento deve prever que:

– seja criado um Cadastro Nacional de ONGs, sob responsabilidade do Ministério da Justiça;

– seja estabelecido o requisito de a ONG se qualificar previamente como OSCIP para poder firmar parcerias com o Poder Público;

– a transferência de recursos públicos para as ONGs seja realizada pelo procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/93;

e

– a aplicação de recursos públicos pelas ONGs seja realizada por meio de procedimento licitatório simplificado, que respeite claramente os princípios da Administração Pública e esteja ajustado no termo de parceria firmado com o Poder Público.

Essa é a hipótese que se visualiza exequível para propiciar transparência na prestação de contas das ONGs, dificultando a malversação dos recursos públicos, facilitando o controle judicioso dos gastos, sem inibir a condução de um trabalho que, realizado por voluntários, deve ser respeitado e valorizado por todos.

Referências

ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr, 2000.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

BARROSO, Luís Carlos; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOUDENS, Emile Paulo Johannes. *Terceiro setor: legislação*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

BRASIL. Congresso. Senado. *Requerimento nº 22*, de 19 de fevereiro de 2001. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 dez. 2009.

_____. Congresso. Senado. *Requerimento nº 201*, de 15 de março de 2007. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2010.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 7, de 2003. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 30 jun. 2004. p. 19.999. Disponível em: <www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/06/29062004/19999.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2009.

BRITO, Azemeri Martins Ribeiro de; Perpétua Leal Ivo. *Convênios Administrativos celebrados com entidades privadas*. Necessidade de rediscussão do cabimento de seleção prévia e da possibilidade de aplicação de sanções administrativas. Disponível em: <www.pge.ba.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMUNIDADE SOLIDÁRIA. O papel estratégico do terceiro setor. *Bahia, análise & dados*. Salvador, v. 7, n. 4, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ESCOSTEGUY, Diego. A fraude documentada. *Veja*, ed. 2057, 23 abr. 2008.

FIORI, Mylena. *Agência Brasil*. Matéria acerca da mudança de regras sobre convênios federais com estados, municípios e ONGS. 26 jun. 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. *Apontamentos de aula: direito Administrativo*. Brasília: ESMA, 2008.

- LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *Manual de direito não-governamental*. São Paulo: Iglu, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica, 1987.
- MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 214, out./dez. 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MOTTA, Athayde. O terceiro setor e a sociedade brasileira. *Revista Democracia*, São Paulo, n. 108, nov./dez. 1994.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90*. Brasília: MARE, 1997.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TACHIZAWA, Takeshy. *Organizações não governamentais e terceiro setor: criação de ONGs e estratégias de atuação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- TÁCITO, Caio. A inexistência dos motivos nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 78, 1954.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Convênios e outros repasses*. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2008.
- VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e parcerias com a administração pública*. Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.