

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE
MESTRADO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

Rosely da Silva Efraim

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR

Belo Horizonte-MG
2014

Rosely da Silva Efraim

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do Título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de Pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle.

Orientadora: Prof^a Maria Tereza Fonseca Dias.

Belo Horizonte-MG

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E27i Efraim, Rosely da Silva, 1979-
Improbidade administrativa no terceiro setor / Rosely da
Silva Efraim. - Belo Horizonte, 2014.
91 f.

Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2014.

1. Improbidade administrativa. 2. Responsabilidade
administrativa. 3. Direito administrativo - Legislação. I. Título.
II. Dias, Maria Tereza Fonseca. III. Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 351.9

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

Aos (16) dezesseis dias do mês de abril do ano de dois mil e quatorze, na Sala 309 na Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, realizou-se com início às 16 horas a sessão pública e solene de defesa de Dissertação de Mestrado da aluna ROSELY DA SILVA EFRAIM, na área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia, linha de pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle, com o tema: “**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR**”. A Presidente da mesa, Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias abriu a sessão convidando para tomar assento à mesa os integrantes da Comissão Examinadora, o Professor Doutor Érico Andrade e o Professor Doutor Edimur Ferreira de Faria. Composta a mesa, a Presidente da sessão passou a palavra a Mestranda para exposição oral sobre o seu trabalho e depois ao Professor Doutor Edimur Ferreira de Faria, que propôs questões a candidata e dela obteve respostas. Na sequência a Presidente da sessão passou a palavra ao Professor Doutor Érico Andrade que propôs questões a candidata, dela obtendo respostas. Finalmente, a Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias fez perguntas sobre o trabalho e obteve respostas. Terminadas as arguições a Presidente da sessão distribuiu aos demais membros da Comissão Examinadora, sobrecartas onde cada examinador registrou sua nota, nos termos do Regulamento do Curso. Procedeu-se, logo em seguida, a apuração das notas atribuídas à candidata que, ao final, foi aprovada com média de _____) pontos. O Presidente da sessão proclamou o resultado e, em nome da Magnífica Reitora em Exercício, Professora Guadalupe Machado Dias, declarou a candidata habilitada ao grau de Mestre em Direito, pela Universidade FUMEC. Encerrada a sessão, eu, Victoria Ramos, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2014.



Victoria Ramos (Funcionária)



Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias (Orientadora/FUMEC)



Prof. Dr. Érico Andrade (FUMEC)



Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria (PUCMG)

Dedico esta dissertação a todos os gestores de entidades do terceiro setor que contribuem honestamente para a diminuição das mazelas sociais no nosso país.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força que me foi concedida.

Aos meus pais e irmãos pelo exemplo de humildade e perseverança.

Ao meu marido pelo amor e incentivo e que, mesmo distante em razão das circunstâncias, esteve sempre por perto.

Aos meus filhos Alexander e Brunna, razão da minha força, razão da minha vida!

A orientadora Maria Tereza pela valiosa orientação e pelo exemplo de dedicação acadêmica.

Ao Prof. Murta, pela compreensão, incentivo e amizade.

A Victória, Secretária do Mestrado, por sua vontade em servir e pelo carinho.

Ao Gustavo Vidigal Costa, Diretor de Controle Externo dos Municípios e Valquíria Pinheiro, Diretora de Controle Externo do Estado do TCE/MG e ao Prof. Gambogi, Desembargador do TJMG, pela valiosa colaboração.

A amiga Manu, pelo carinho, incentivo, solidariedade, por ter sempre me ajudado de uma forma ou de outra, a prosseguir na minha luta, em nome de quem agradeço aos demais amigos.

A todos que verdadeiramente torcem pelo meu sucesso!

A transparência e a informação encontram no preconceito e na cultura arcaica de algumas autoridades, obstáculos muito maiores do que as sempre alegadas dificuldades estruturais: É preciso, pois, como primeiro passo, transportar do discurso de palanque para a prática administrativa os verdadeiros valores da Democracia: o povo participando e fiscalizando o governo e suas entidades parceiras. (Andrea Nunes, 2006, p. 195)

RESUMO

A dissertação desenvolvida aborda a improbidade administrativa no terceiro setor, apontando a incidência e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92 aos gestores das entidades do terceiro setor, que atuam como colaboradores do poder público. O trabalho focou-se no estudo das parcerias entre o poder público e as entidades qualificadas como Organizações Sociais (OSs), disciplinada no âmbito federal pela Lei nº 9.637/1998; as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) regidas pela Lei nº 9.790/1999, bem como as entidades de utilidade pública de que trata a Lei nº 91/1935. Foi demonstrada a relevância do controle interno e externo para inibir a prática de atos ímprobos pelos gestores das referidas entidades, bem como pelo agente público repassador de recursos a estas entidades parceiras. O trabalho adotou como vertente de pesquisa a dogmática jurídica e utilizou-se da pesquisa exploratória e descritiva. A pesquisa compreendeu o estudo de leis, doutrina, jurisprudência e demais publicações sobre o tema, fazendo estudo da jurisprudência do TJMG do ano de 2000 a 2013. A problemática enfrentada consiste em demonstrar a incidência e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa às entidades do terceiro setor e aos agentes públicos repassadores de recursos públicos a estas entidades, além de verificar se o Tribunal de Contas exerce o controle das entidades do terceiro setor, bem como identificar se o controle externo da administração pública, exercido pelo Poder Judiciário, tem sido provocado por intermédio da ação de improbidade administrativa; e sendo esse controle exercido, identificar se trata de mecanismo eficaz para a fiscalização das parcerias do setor público com as entidades do terceiro setor. Nessa seara, concluiu-se que a Lei de Improbidade Administrativa incide e se aplica as entidades do terceiro setor, bem como aos agentes públicos repassadores de recursos a estas entidades, apesar de ainda serem poucas as ações desta natureza que chegam à apreciação do Judiciário, destacando a imprescindibilidade da atuação impessoal e eficiente dos mecanismos de controle interno e externo, para que atos ímprobos possam ser evitados, ou se praticados, cheguem ao conhecimento do Judiciário.

Palavras-chave: Lei de improbidade administrativa, terceiro setor, incidência, aplicação, poder público, parceria, controle, fiscalização.

RESUMEN

La tesis aborda la mala conducta administrativa desarrollada en el tercer sector, señalando la incidencia y la aplicación de la Ley de Mala Conducta Administrativa - Ley 8.429/92 entidades sin fines de lucro que actúan como colaboradores del gobierno , después de haber sido el trabajo se centró en el estudio de las asociaciones entre Administraciones Públicas y entidades calificadas como Organizaciones Sociales (OSS) , el federal disciplinado por la Ley N ° 9.637/1998 , las Organizaciones de la Sociedad Civil de interés Público (OSCIP) que se rigen por la Ley N ° 9.790/1999 , así como la utilidad entidades público que viene a la Ley N ° 91/ 1935. La importancia del control interno y externo se ha demostrado para inhibir la práctica de actos ímprobos por directivos de estas entidades, así como los recursos de los agentes público- préstamos a estas organizaciones asociadas. El presente estudio se adoptó como la investigación jurídica dogmática y utiliza la investigación exploratoria y descriptiva. La investigación incluyó el estudio del derecho, la doctrina, la jurisprudencia y otras publicaciones sobre el tema, hacer un corte de la jurisprudencia del TJMG el año 2000-2013 . El problema que enfrentan es demostrar el impacto y la aplicación de la Ley de Mala Conducta Administrativa entidades del tercer sector y los funcionarios públicos en préstamos a estas entidades de los recursos públicos , y si el Tribunal de Cuentas ejerce el control sobre las entidades del tercer sector , así cómo identificar si el control externo de la administración pública , que ejerce el poder judicial , ha sido causado por la agencia de conducta impropia, y esto se ejerce control, se trata de identificar un mecanismo eficaz para la supervisión de las asociaciones con entidades del sector público tercer sector. En esta área , se concluye que la Ley de Mala Conducta Administrativa se centra y se aplica a las entidades del tercer sector , así como el otorgamiento de subpréstamos a los funcionarios públicos de los recursos a estas entidades , aunque todavía demasiado pocas acciones de esta naturaleza viene a la apreciación del Poder Judicial, destacando el carácter indispensable de los mecanismos impersonales y eficiente de las actividades de control internos y externos, de modo que los actos ímprobos se pueden evitar, o si cargada, se señalan a la atención de la judicatura.

Palabras clave: Derecho de conducta inapropiada, tercer sector, el impacto, la implementación, el gobierno, la asociación, el control y la supervisión.

SUMÁRIO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR

1 INTRODUÇÃO	10
2 PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....	16
2.1 O fim da dicotomia entre público e privado.....	16
2.2 O terceiro setor.....	22
2.3 Características gerais de entidades do terceiro setor.....	28
2.3.1 <i>Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.....</i>	<i>28</i>
2.3.2 <i>Organizações sociais.....</i>	<i>31</i>
2.3.3 <i>Entidades declaradas de utilidade pública.....</i>	<i>33</i>
2.4 Parcerias e fomento do poder público às entidades do terceiro setor.....	34
2.5 Instrumentos de controle das entidades do terceiro setor que podem colaborar na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.....	36
2.5.1 <i>Principais mecanismos de controle interno e externo.....</i>	<i>38</i>
2.5.2 <i>O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.....</i>	<i>40</i>
2.6 <i>Responsabilidade dos gestores das entidades do terceiro Setor e do ente público parceiro.....</i>	<i>49</i>
3 O PRINCÍPIO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO	51
3.1 A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).....	54
3.2 Sujeitos ativos e passivos da Improbidade Administrativa.....	57
3.3 Classificação dos atos de improbidade administrativa.....	59
3.3.1 <i>Enriquecimento ilícito.....</i>	<i>59</i>
3.3.2 <i>Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário.....</i>	<i>61</i>
3.3.3 <i>Atos de improbidade decorrentes da ofensa aos princípios da Administração Pública.....</i>	<i>65</i>
3.4 Sanções da Lei de Improbidade Administrativa.....	69
3.4.1 <i>Suspensão dos direitos políticos.....</i>	<i>70</i>
3.4.2 <i>Perda da função pública.....</i>	<i>71</i>
3.4.3 <i>Ressarcimento integral dos danos.....</i>	<i>72</i>
3.4.4 <i>Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.....</i>	<i>72</i>
3.4.5 <i>Multa Civil.....</i>	<i>72</i>
3.4.6 <i>Proibição de contratar com o poder público.....</i>	<i>73</i>
3.4.7 <i>Responsabilidade penal.....</i>	<i>73</i>
4 APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR, NA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA.....	75
5 CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS.....	86
ANEXO.....	91
Relatório de auditoria de conformidade – TCEMG – Entidade auditada, Secretaria Municipal de Educação – Subações na gestão e operacionalização da política educacional do município de Belo Horizonte, Programa 140	92

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR

1 INTRODUÇÃO

A probidade é princípio norteador das condutas dos agentes públicos ao lado de outros que regem a Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição da República de 1988 (CR/1988).

A inobservância do princípio da probidade resulta na improbidade administrativa prevista na CR/1988, em seu art. 37, § 4º¹ que regulamentada pela Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) - traz em seu texto, nos artigos 9º, 10 e 11 as condutas que constituem atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Wallace de Paiva Martins Júnior ressalta que:

A probidade administrativa tem a função instrumentalizadora da moralidade administrativa e, no aspecto repressivo, significa a imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado, que pode ser qualquer uma das três espécies indicadas na Lei Federal nº 8.429/1992 (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 111)

Tendo em vista o alcance da Lei nº 8.429/1992, em seu art. 1º, *caput*, e respectivo parágrafo único, que aponta as entidades do terceiro setor como sujeitas à Lei de Improbidade Administrativa, a proposta desta dissertação pretende analisar a aplicabilidade da LIA para coibir as condutas desonestas praticadas pelos gestores das entidades do terceiro setor que firmam parcerias com a Administração Pública com o escopo de arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, bem como aos agentes públicos responsáveis por estas parcerias.

As sociedades contemporâneas são constituídas por três setores: o primeiro setor consiste no Estado, nas entidades estatais; o segundo setor é o mercado, ou seja, integrado pelas pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos, e o terceiro setor é representado pela organização da sociedade civil sem fins lucrativos, que tem como premissa agir em busca do interesse público por meio de ações culturais, assistenciais, de cidadania, entre outras.

Emerson Garcia manifesta nesse sentido:

O terceiro setor, também denominado de setor não lucrativo ou setor de utilidade pública, congrega todas as organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos e que prestam serviços de utilidade pública “desvinculados do assim denominado ‘núcleo estratégico’, configurado por funções essenciais à definição e execução das políticas públicas (Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público e determinados setores do Poder Executivo)”. Coexistem com os entes do primeiro e do segundo setor, compostos,

respectivamente, pelas entidades estatais e pelas pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos. (GARCIA, 2004, p. 6)

Vale destacar que cada setor possui sua particularidade e relevância, mas o objetivo deste trabalho é o estudo da improbidade administrativa nas relações de parceria entre o setor público e as entidades do terceiro setor. Tem também por escopo verificar a eficácia da Lei, ou seja, apurar se a LIA está sendo aplicada aos gestores das entidades do terceiro setor, bem como aos agentes públicos responsáveis pela gestão das parcerias com estas entidades parceiras.

Em que pese a previsão legal de diversas formas de parcerias entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor, conforme descrito por Andrea Nunes (2006, p. 74-79), este trabalho irá focar-se no estudo das parcerias entre o poder público e as entidades qualificadas como Organizações Sociais (OSs), disciplinada no âmbito federal pela Lei nº 9.637/1998; as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) regidas pela Lei nº 9.790/1999, bem como as entidades de utilidade pública de que trata a Lei nº 91/1935.

Assim, o Estado, ao firmar parcerias com pessoas de direito privado sem fins lucrativos fomenta a atividade do terceiro setor com transferências de recursos públicos, cessão de bens ou de servidores, que por sua vez, devem ser aplicados ou utilizados na realização das metas e objetivos pactuados com a entidade.

Nesse contexto, se o poder público repassa recursos para entidades do terceiro setor, deve para isso obedecer a critérios legais, além de submetê-las à fiscalização. O mesmo deve ocorrer com a entidade parceira.

Deve-se salientar que, por se tratar de transferência de recursos oriundos do poder público, o controle e a fiscalização são imprescindíveis, tanto no que tange ao ente que fomenta, quanto ao recebedor que os administra. Desta forma, tanto o Estado, quanto as entidades do terceiro setor estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, que elenca no artigo 1º os sujeitos ativos e passivos de sua incidência. Assim, conforme o que menciona citado dispositivo, as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, qualquer que seja o montante, poderão ser igualmente responsabilizados por atos de improbidade administrativa.

Pressupõe-se que o citado dispositivo especifica quem deve praticar a conduta, e em detrimento de quem a conduta deve ser praticada para que se configure a improbidade administrativa.

A LIA abrange os gestores das entidades do terceiro setor, visto que, tendo a entidade recebido recursos públicos e/ou cessão de bens públicos e de servidores, deve necessariamente utilizá-los para a realização das atividades descritas nos instrumentos de parceria e empregá-los com responsabilidade e transparência. Nesse contexto, nota-se a incidência da Lei de Improbidade Administrativa no que se refere ao ente que transfere os recursos para entidades do terceiro setor, bem como da entidade beneficiada com o recebimento dos recursos públicos.

Nesse enfoque, a pesquisa propôs-se a avaliar se a Lei de Improbidade Administrativa tem sido aplicada nas condições destacadas, e em que medida ela tem sido efetiva quando diz respeito ao terceiro setor.

Diante do exposto, esta pesquisa se desenvolve a partir das seguintes indagações: A Lei de improbidade Administrativa tem sido aplicada aos gestores das entidades do terceiro setor, bem como aos agentes públicos que firmam ajustes administrativos com previsão de repasse de recursos e/ou cessão de bens e de servidores? O Tribunal de Contas exerce o controle das entidades do terceiro setor? O controle externo da administração pública, exercido pelo Poder Judiciário, tem sido provocado por intermédio da ação de improbidade administrativa? Sendo esse controle exercido, trata-se de mecanismo eficaz para a fiscalização das parcerias do setor público com as entidades do terceiro setor?

A pesquisa tem como objetivo geral demonstrar a incidência, o âmbito de abrangência e a eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, referente aos atos dos gestores das entidades do terceiro setor e aos atos dos agentes públicos responsáveis pelo fomento às atividades dessas entidades. E como objetivos específicos: demonstrar a pertinência e necessidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos gestores das entidades do terceiro setor, fomentadas pelo poder público; destacar a atuação dos mecanismos de controle interno e externo no sentido de fiscalizar a conduta dos gestores das entidades do terceiro setor; apontar a eficácia/ineficácia do controle externo exercido pelo Poder Judiciário, por intermédio da ação de improbidade administrativa, em face das entidades do terceiro setor; demonstrar como ocorre o controle das entidades do terceiro setor exercido pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais;

identificar a existência de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no período compreendido entre os anos de 2000 a 2013, para verificar a aplicação da LIA às entidades do terceiro setor e aos entes repassadores de recursos públicos.

O presente trabalho adotou como vertente de pesquisa a dogmático jurídica e utilizou-se da pesquisa exploratória¹ e descritiva com o escopo de demonstrar a incidência, abrangência, aplicabilidade e eficácia da Lei de Improbidade Administrativa às entidades do terceiro setor e às entidades e órgãos públicos que fomentam essas entidades.

Como fontes de pesquisa foram utilizados dados primários e secundários, tais como pesquisa bibliográfica, estudo de leis, doutrina e demais publicações sobre o tema, bem como levantamento de decisões no Tribunal de Contas e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Destaca-se a pesquisa de jurisprudência, já que se pretendeu demonstrar a eficácia/ineficácia do controle externo exercido pelo Poder Judiciário, por intermédio da ação de improbidade administrativa, em face das entidades do terceiro setor. Assim, foi desenvolvido estudo mais aprofundado de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, do período de 2000 a 2013 que reconhecem a aplicação da LIA aos gestores dessas entidades.

Desse modo, foi fundamental a utilização do método dialético², uma vez que se buscou demonstrar as diversas posições sobre o assunto proposto na tentativa de se chegar a uma conclusão.

O interesse em desenvolver o tema proposto surgiu do fato de inexistir estudos específicos que avaliem a aplicabilidade e a eficácia da Lei de Improbidade Administrativa aos gestores do terceiro setor, bem como aos agentes públicos responsáveis pelo fomento a essas entidades.

Depreende-se que a incidência da Lei de Improbidade Administrativa ao terceiro setor é da mais significativa importância, valendo exemplificar que a referida lei pode incidir quando houver repasses de subvenções sociais sem lei específica e sem observar a Lei de Diretrizes Orçamentária - LDO e a Lei 4.320/1964. A

¹ Estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa, investigação que objetiva oferecer informações sobre o objetivo da pesquisa e orientar a formulação de hipóteses. (HENRIQUES; MEDEIROS, 203, p.35)

² “Para conhecer realmente um objeto é preciso estudá-lo em todos os seus aspectos, em todas as suas relações e todas as suas conexões.” (GIL, 1995, p.32)

improbidade também pode estar presente quando transferências de recursos, bens e cessão de servidores ao terceiro setor tenham sido feitos ilegalmente, bem quando ocorrer fraudes na seleção das entidades parceiras, com dispensa de licitação. Não se pode esquecer que muitas vezes essas entidades são utilizadas com escopos diversos, até mesmo com o objetivo de promoção política, como ocorreu em Montes Claros-MG, em que o deputado promoveu sua campanha eleitoral através da entidade sem fins lucrativos que dirigia, e o repasse de recursos à entidade era feito pelo pai, que era Prefeito Municipal da cidade. Ambos foram condenados recentemente por improbidade administrativa.

Ainda sobre a incidência da Lei de Improbidade vale destacar a necessidade de observar os requisitos para a renúncia fiscal do poder público, sob pena de enquadrar a entidade que inobservá-la nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa em função de causar dano ao erário.

Diante de todas essas possibilidades, e pelo fato do terceiro setor, que é fundamental na realização dos interesses da sociedade, estar perdendo a credibilidade diante de tantos escândalos noticiados envolvendo organizações não governamentais, como ocorreu em 2009, conforme noticiou a Revista Veja³, que trouxe à tona um esquema de favoritismos do MST por meio de entidades não governamentais. Parlamentares destinavam emendas para essas ONGs que, na prática, eram braços do movimento que vive a desrespeitar a lei. Vale lembrar ainda os acontecimentos de 2011, no Ministério do Trabalho e no Ministério do Esporte⁴.

Assim, torna-se relevante discutir a incidência, abrangência, aplicabilidade e eficácia da LIA a este relevante setor, colaborador da Administração Pública.

O trabalho foi estruturado em 4 (quatro) capítulos, além deste primeiro. O segundo capítulo tratou das parcerias entre as entidades do terceiro setor e o poder público. No terceiro capítulo foi realizada a abordagem acerca da improbidade administrativa, destacando os pontos relevantes para possibilitar o entendimento da

³ CASTRO, Gabriel. ONGs: o caminho fácil para a corrupção. Disponível em: www.veja.abril.com.br/noticia/brasil/ongs-o-caminho-facil-para-a-corrupcao> Acesso em: fev. 2014.

⁴ Crise detonada pelas suspeitas em torno do relacionamento do ministro Carlos Lupi com o empresário Adair Meira, dirigente da Fundação Pró-Cerrado e da Rede Nacional de Aprendizagem, Promoção Social e Integração (Renapsi), são 25 as ONGs com irregularidades já identificadas pela Controladoria-Geral da União (CGU). No Ministério do Esporte, o governo busca recuperar cerca de R\$ 28 milhões somente em convênios fechados dentro do Programa Segundo Tempo, origem do escândalo que derrubou Orlando Silva do comando da pasta. (www.tribuna-da-imprensa.jusbrasil.com.br)

incidência da Lei de Improbidade às entidades do terceiro setor. O quarto capítulo promoveu a análise da jurisprudência mineira acerca da incidência e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa às entidades do terceiro setor. No quinto capítulo concluiu-se o trabalho ressaltando a incidência da Lei de Improbidade Administrativa às entidades do terceiro setor, apesar de ainda serem poucas as ações desta natureza que chegam a apreciação do Judiciário, destacando a imprescindibilidade da atuação impessoal e eficiente dos mecanismos de controle interno e externo da administração pública.

2 PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

2.1 O fim da dicotomia entre público e privado

Norberto Bobbio na obra *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política* (BOBBIO, 1987) aborda as relações entre a esfera pública, esfera privada, sociedade civil e mercado no âmbito de formação e caracterização do Estado Moderno. No contexto abordado, o Estado possuía o monopólio da força, se configurando como centralizador da norma, visto que a lei era elaborada pelo Estado que por sua vez se submetia a ela, e ao mesmo tempo este ordenava o cumprimento da legislação pela sociedade. Assim pode-se dizer que o Estado detinha o poder.

Vale ressaltar que toda a noção de esfera pública era subsumida pelo Estado. Para Bobbio, o público no contexto do Estado Moderno consistia no que era estatal. Nesse ínterim, pode-se dizer que a legitimidade do Estado era fundada no Estado Democrático representativo. Nesse enfoque, confirmando essa afirmativa, enfatiza: “O direito público é tal enquanto posto pela autoridade política”. (BOBBIO, 1987, p.18)

Assim, pode se dizer que na dicotomia do público e privado, destacada por Bobbio, permanecia, existindo a separação do que é Estado do que é sociedade.

Desse modo diz Norberto Bobbio:

Enfim, no interior do espaço que os dois termos delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertium non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que **a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa**. (BOBBIO, 1987, p.14; grifos acrescentados)

Assim, cumpre destacar que as relações eram reguladas pelo Estado, podendo se referir à sociedade civil no contexto da sociedade de iguais, sendo que a atuação desta sociedade se dava pelas pessoas privadas reunidas num público. O que restava da delimitação do Estado era atribuída à sociedade, que atuava através das organizações, associações, grupos de interesses e movimentos sociais.

Nesse sentido vale lembrar que:

O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores

do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação. (BOBBIO, 1987, p.15-16)

A esfera privada/mercado era representada pelas relações naturais, relações de necessidade. Elas se davam através dos contratos, propriedade, testamento. Nesse enfoque Norberto Bobbio destaca que: “O direito privado ou dos privados é o direito do estado de natureza, cujos institutos fundamentais são a propriedade e o contrato; o direito público é o direito que emana do Estado”. (BOBBIO, 1987, p. 18)

Cumprir destacar que predominava naquela época, o reino da liberdade das regras no âmbito econômico, traçadas pelos agentes de mercado no que tange à propriedade e a liberdade de contratar, configurando, assim, a supervalorização dos interesses privados. Aqui se destaca a presença marcante do *laissez faire*, caracterizado pelo livre funcionamento do mercado.

Diante da dicotomia existente entre público e privado e da superposição do Estado perante a esfera privada e a sociedade civil, pode se dizer que a Administração Pública era detentora do monopólio do interesse público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995) aborda a relação entre sociedade, estado e administração pública no contexto da crise do Estado Moderno. Ele se refere ao Estado num aspecto liberal, de forma que este passa a interferir nas relações privadas, de forma moderada. Assim, vale destacar que para o autor, o contexto era de um Estado monoclasa, parcial, totalizante, que atua em todas as searas, pouco participativo e marcado por elevado *déficit* democrático.

A esfera privada/mercado ainda é marcada pelas relações naturais, conforme destacado por Bobbio (1987), e a sociedade civil pelo aparecimento das relações sociais, mas ainda com pouca força de atuação devido à permanência da superposição estatal.

Vale lembrar que a dicotomia público/privado ainda se faz presente, sendo público o que é estatal, mas Moreira Neto (1995) ressalta a necessidade de mudança e critica o Estado Moderno.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, neste sentido, contribui significativamente com a sua visão liberal, pretendendo que o Estado reflita o pluralismo de interesses,

visando a sua transformação, entendendo ser fundamental que este passe a ser pluriclasse, pluralista, participativo, imparcial, interventor e subsidiário. (MOREIRA NETO, 1995, p.48-49). Assim, a sociedade civil passaria a sofrer a interferência do Estado controlando e intervindo nos setores da vida privada quando ela não for capaz de solucionar os problemas através das organizações da sociedade civil.

O citado autor defende a necessidade de uma sociedade participativa, organizada e pluralista, sendo possibilitada pela Administração Pública a abertura de espaço para a participação dos administrados e o compartilhamento das atribuições com esta sociedade. (MOREIRA NETO, 1995, p.42-46)

É relevante apontar a atuação dos corpos intermédios naquele contexto do Estado Moderno, mas estes por sua vez ainda não tinham função definida para a esfera privada. No que tange a esses grupos organizados na sociedade civil, vale ressaltar os dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto fortalecendo a afirmação destacada:

Até o início do século, os modelos de sociedade apresentaram sempre um número reduzido de grupos diferenciados, com seus interesses respectivos nitidamente caracterizados e com sua capacidade de atuação bastante limitada. Dispostos, quase sempre, em estamentos, como a nobreza, o clero, a burguesia, o campesinato, o operariado, o militar e o funcionário público etc., esses grupos detinham parcelas definidas de poder, geralmente sob a hegemonia de um deles. (MOREIRA NETO, 1995, p. 34)

A visão defendida pelo referido autor reflete a alteração que vai surgindo da concepção e atuação da esfera pública, esfera privada, mercado e sociedade civil, caminhando para a fragmentação da dicotomia público/privado que ocorre no contexto trazido por Rogério Gesta Leal (2006) e Habermas (2002).

Os autores trabalham as noções de esfera pública, esfera privada e sociedade civil no âmbito de novos paradigmas, destacando a esfera pública deliberativa, em que predomina a existência de espaço de interação entre os indivíduos que debatem e interagem na busca do consenso.

Assim pode-se dizer que a esfera pública deliberativa é marcada por decisões tomadas de forma compartilhada, em que a Administração Pública situa-se no centro do sistema administrativo e deve executar suas funções sempre de forma legítima, conforme defende Rogério Gesta Leal (2006, p. 63)

Essa esfera pública deliberativa pressupõe integração social que é atingida por meio do debate público. Vale enfatizar que no contexto desse Estado há

coexistência dos direitos humanos e soberania popular, sendo que estes se relacionam internamente.

Habermas (2003) nota a mudança da compreensão do direito e a necessidade do surgimento da concepção jurídica procedimentalista, em que o processo democrático assegure ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública.

No que tange à esfera privada e mercado predomina a liberdade de ação com a não intervenção do Estado no âmbito do privado, a fim de que o indivíduo possa valer-se de todas as possibilidades para a realização de suas conquistas pessoais.

Nesse âmbito é importante destacar que tanto Rogério Leal (2006) quanto Habermas (2002), a partir das mudanças ocorridas na sociedade, atribuem o mesmo peso a esfera pública e a esfera privada. Defendem a relação de complementaridade destas esferas.

Rogério Gesta Leal chega a essa conclusão a partir do momento em que reconhece que:

[...] os níveis de complexidade que apresenta a sociedade contemporânea estão a exigir a revisão dos paradigmas que informam, classicamente, o problema da Administração Pública (reduzida a aspectos técnico-burocráticos de competência exclusiva do aparelho estatal). (LEAL, 2006, p. 61)

Quanto a sociedade civil, pode-se dizer que esta passa a ancorar as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida, proporcionando, assim, a integração social através do diálogo e não da dominação conforme ocorria no contexto anterior.

Nesse sentido Rogério Gesta Leal destaca que: “[...] um conjunto crescente de organizações e movimentos societais estariam enriquecendo a comunicação e o debate nas sociedades contemporâneas, revitalizando de forma substantiva a esfera pública”. (LEAL, 2006, p. 60-61)

Conforme a teoria habermasiana, adotada por Rogério Gesta Leal, o modelo deliberativo permite a contra-argumentação, o que faz com que a decisão tomada coletivamente sobreviva, uma vez que justificada através de razões públicas e que foi capaz de resistir à crítica.

Nesse enfoque e corroborando este apontamento, Habermas destaca que: “A idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do

direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores”. (HABERMAS, 2002, p. 293)

Assim torna-se necessário o diálogo entre Estado e sociedade civil, em que aquele tem o condão de oferecer condições mínimas para possibilitar o agir comunicativo. Pode-se dizer que esta sociedade passa a influenciar os procedimentos comunicativos da periferia para o centro da esfera pública política.

A periferia da esfera pública por sua vez, consiste nas formas organizacionais da sociedade civil conforme a teoria habermasiana, tendo esta sociedade maior sensibilidade para novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes dos centros da política. (HABERMAS, 2002)

Nesse contexto, é possível notar que a sociedade civil não é mais centrada na esfera econômica, tampouco na estatal. A sociedade civil passa a ser vista no novo cenário em que o público é o não estatal.

No âmbito da Administração Pública é válido dizer que torna-se necessário a sua decodificação para que esta se tornasse mais transparente, e para isso o caráter deliberativo em que a esfera pública passa a inserir, contribui significativamente para essa transformação.

Pode-se dizer que Bobbio (1987) abordou o Estado, esfera pública, esfera privada, mercado, sociedade civil e Administração Pública de forma descritiva, ressaltando como as relações entre essas esferas se davam no contexto de formação do Estado Moderno. Por esta razão, ele se restringiu a descrever as relações estatais que se destacavam pelo monopólio da força, apontando o Estado como centralizador da norma, ressaltando aspectos da esfera privada que era marcada por relações naturais, bem como da sociedade civil marcada pelas pessoas privadas reunidas num público e com suas relações reguladas pelo Estado, sem se esquecer que ele dá ênfase a nítida dicotomia existente entre público e privado. (BOBBIO, 1987, p.24-27)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, marcado pela influência liberal em seu pensamento, e que apesar de destacar a permanência do contexto anterior, de um Estado totalizante e pouco participativo, critica o Estado Moderno, sendo capaz de perceber a necessidade de transformação, de mudança, pois é sensível às modificações da sociedade, destacando que é necessário refletir a pluralidade de interesses. Assim, reconhece e destaca a necessidade de um Estado imparcial, pluriclasse, pluralista, participativo e subsidiário, que interfira na esfera privada

somente quando esta não for capaz de resolver seus problemas através das organizações da sociedade civil. (MOREIRA NETO, 1995, p. 55-63)

Ele já reconhece a necessidade de uma sociedade participativa, que preze pela cooperação dos cidadãos na vida pública e pelo desenvolvimento e aprimoramento dos corpos intermédios, no âmbito do Estado subsidiário. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995) nota que o Estado Democrático representativo estava se tornando insuficiente, havendo a necessidade de um Estado Democrático participativo.

Rogério Gesta Leal (2006), e Habermas (2002) já se referem ao Estado, esfera pública, esfera privada, mercado, sociedade civil e Administração Pública, sob nova ótica, ao proporem o modelo de esfera pública comunicativa e compartilhada, marcada pelo diálogo entre a sociedade civil e o Estado.

O contexto traçado por Rogério Gesta Leal (2006), e Habermas (2002) é marcado pela superação da dicotomia público e privado, visto que estas esferas passaram a pressupor mutuamente, passando a interagir buscando atender aos anseios e interesses da sociedade, mantendo relação de complementaridade.

Assim, o Estado deixou de se destacar pela sua supremacia, e passou a ser marcado pela democracia deliberativa. E a sociedade civil como deixa de ser centrada na esfera econômica, bem como na estatal, passando a influenciar os procedimentos comunicativos, visto que ela é capaz de identificar os problemas da sociedade e levá-los à esfera política.

Os referidos autores defendem a necessidade de que o cidadão se torne co-responsável pela definição das políticas públicas e pelas demais decisões que podem afetá-los.

Vale ressaltar que Habermas (2003) demonstra a radicalização da democracia, entendendo que a legitimidade do direito somente ocorre se apoiada no discurso racional em que tenha sido possibilitada a participação dos destinatários das normas de forma paritária, e, através deste discurso tenha sido obtida a melhor razão partilhada pelos sujeitos. Para ele somente a decisão tomada por meio desse discurso é legítima. Assim, o princípio da democracia visto por ele é que confere força legitimadora ao processo de normatização.

Nesse contexto, é válido salientar que as relações entre esfera pública e esfera privada, entre Estado e sociedade têm evoluído conforme as modificações e avanços da sociedade, bem como das necessidades do Estado e da sociedade civil.

Conforme os dizeres de Eloisa Helena de Souza Cabral:

O grau de participação do Estado, do mercado e da sociedade, reconhecidos como atores no tratamento das questões sociais, acompanha a evolução de cada sociedade, fazendo com que em cada uma delas se ajustem formas próprias para a gestão da proteção social acordada. (CABRAL, 2007, p. 53)

Mas o que se sabe é que o diálogo entre sociedade e Estado tornou elemento fundamental para acompanhar esse contexto de mudanças, visando atender as necessidades da sociedade.

Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, a adoção da democracia participativa associada à representativa é um avanço, já que não pode mais se falar em distanciamento entre esfera pública e privada no contexto atual.

Diante dessa evolução marcada pelo fim da dicotomia entre público e privado é que se abriu espaço para as organizações do terceiro setor, que apesar de serem instituições privadas colaboram com o Estado no atendimento das necessidades sociais.

Nesse sentido é importante destacar que:

As organizações sociais que sempre conviveram, subsidiária e supletivamente, com o Estado na produção de bens públicos assistiram a um processo de valorização de suas atividades, finalidades e peculiaridades, vindo a merecer seu reconhecimento como um segmento organizacional, o TS, distinto do Estado e do setor privado. (CABRAL, 2007, p. 52)

O recrudescimento do terceiro setor ocorreu ainda, no Brasil, no contexto de Reforma do Estado através de um Programa Nacional de Publicização e em decorrência do reconhecimento da relevância do trabalho desenvolvido pelas entidades sociais em benefício da sociedade, tendo o Estado percebido que essas entidades poderiam funcionar como suas parceiras, já que este é titular de diversas funções, não dando conta de exercê-las sozinho. Nasce aí, o grande colaborador do Estado, o terceiro setor.

2.2 O terceiro setor

O terceiro setor é representado pela organização da sociedade civil sem fins lucrativos, que tem como premissa o bem coletivo através de ações culturais, assistenciais, de cidadania e outros, além do desempenho de serviços não-exclusivos do Estado, e que tem funcionado como grande parceiro do poder público.

Maria Tereza Fonseca Dias define o terceiro setor como: “[...] conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público.” (DIAS, 2008a, p. 266)

O terceiro setor, relevante colaborador da Administração Pública, seja no âmbito Federal, Estadual e Municipal se compõe de entidades privadas sem fins lucrativos que têm como uma de suas relevantes finalidades, prestar serviços de utilidade pública visando à consagração de políticas públicas almejadas pela sociedade e garantidas pelo Estado, e que diante da gama de atribuições que este possui, necessita do amparo dessas entidades colaboradoras para efetivar a garantia dos direitos da população brasileira.

Nesse sentido Maria Tereza Dias destaca que: “O papel do terceiro setor na execução de políticas públicas tem caráter de complementaridade à atuação estatal (em programa, projeto ou atividade), sob pena de frustrar alguns direitos e garantias fundamentais inscritos na CR de 1988.” (DIAS, 2008b, p. 286)

Nesse enfoque, é possível notar que o do terceiro setor é relevante no desenvolvimento e execução de políticas públicas.

Vale destacar que cada setor possui a sua particularidade e relevância, mas o objetivo deste estudo é a questão da improbidade administrativa no terceiro setor; setor este que é constituído por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e que prestam serviços de interesse coletivo conforme ressaltado.

Cumpra-se destacar que o estudo trata do terceiro setor enquanto parceiro do governo e do mercado no intuito de contribuir para a garantia interesse da coletividade. Consiste no setor que abrange, entre outras espécies, as organizações da sociedade civil que prestam serviços de utilidade pública, sendo: Organizações Sociais disciplinada, no âmbito federal, pela Lei nº 9.637/1998, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP regidas pela Lei 9.790/99, bem como as entidades de utilidade pública regidas pela Lei n. 91/1935.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre as entidades do terceiro setor salienta que:

[...] sempre existiram e às quais agora se somam as chamadas organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) tradicionalmente formalizavam a parceria com o poder público por meio de convênio; hoje, para as organizações sociais, o instrumento de parceria é o contrato de gestão e, para as Oscips, é o termo de parceria. (DI PIETRO, 2011, p. 253)

As entidades do terceiro setor preenchem os requisitos para receber título próprio, se enquadrando, assim, num regime jurídico que lhe permite ser contemplado com benefícios do Poder Público.

Para Carvalho Filho:

Além de associação de pessoas exclusivamente da Administração Pública, o Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhe são prestados. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 303)

É comum que essas entidades se submetam a análise de requisitos apenas formais para receberem o título de utilidade pública, como destaca Emerson Garcia:

Tradicionalmente, o terceiro setor vem sendo ocupado por muitas entidades que recebem títulos de utilidade pública. A aferição de requisitos meramente formais para a certificação, a inexistência de uma disciplina adequada em relação à atividade finalística a ser desenvolvida e os critérios de aferição das metas a serem obtidas, bem como o excesso de discricção do poder Público, isto em razão das inúmeras lacunas na legislação, contribuíram decisivamente para o paulatino enfraquecimento da credibilidade dessas entidades. (GARCIA, 2004, p.6)

Nesse enfoque, vale salientar que a análise deveria ser mais criteriosa já que a entidade se torna apta ao recebimento de fomento público. Essa deficiência tem comprometido a credibilidade destas entidades. É válido destacar que a Lei da OSCIPs prevê a obrigatoriedade de publicação de regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como as compras com emprego de recursos provenientes do poder público.

É relevante ressaltar que a doutrina discute acerca da necessidade de licitação para a realização das referidas ações por parte da entidade, visto que estas recebem fomento do poder público.

Nesse sentido vale destacar os ensinamentos de Maria Tereza Fonseca Dias:

Nos termos da legislação vigente, as entidades não estão sujeitas à Lei Geral de Licitações, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Tal regra foi prevista no art. 1º, da Lei nº .9.790, de 23 de março de 1999, pra as OSCIPs, no art. 17 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, para as OS e arts. 4º e 5º do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, para os convênios. Trata-se de regra que pretendeu disciplinar como serão realizadas as aquisições de bens, prestação de serviços e realização de obras das entidades quando contratarem terceiros, mediante regulamento próprio. (DIAS, 2008, p. 229-230)

Vale dizer que o Decreto nº 5.504/2005 que trazia a exigência de licitação, no âmbito Federal, para a realização de obras, compras, serviços e alienações, pelas entidades privadas de utilidade pública, foram alterados pelos Decretos nº 6.170/07 e 6.428/08, passando a exigir para a aquisição de produtos e contratações de serviços com recursos da União por estas entidades, apenas a realização de cotação de preços previamente a celebração do contrato. Tais medidas podem ser adotadas também pelos Estados e Municípios. Mas a exigência de licitação seria fundamental para garantir um maior respeito à moralidade. Sabe-se que mesmo com o rigor da Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, esta é infringida, imagine as entidades do terceiro setor utilizando recursos públicos, sem passar pelo crivo desta Lei. A ocorrência de desvios pode ser facilitada.

No que se refere à escolha das entidades para que as parcerias sejam realizadas pelo Poder Público, Maria Tereza Fonseca Dias leciona:

Alguns autores suscitam a inconstitucionalidade da Lei n. 9.790/1999 em virtude da não exigência de licitação para a celebração do termo de parceria do Estado com as entidades privadas qualificadas como OSCIPs, que decorreria do art. 37, XXI, da Constituição da República. (DIAS, 2008a, p. 229)

Vale destacar que a Lei Federal 9.790/99 não conta com a exigência de licitação, mas com a edição do Decreto nº 7.568 de 16 de setembro de 2011, passou a ser exigida a realização de chamamento público pelo órgão ou entidade concedente para a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos, conferindo assim isonomia nos procedimentos de escolha das entidades.

Conforme art. 4º do referido Decreto:

Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. (BRASIL, 2011)

Assiste razão a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que antecede o referido Decreto:

A celebração do contrato público de celebração deve ser precedida de processo de escolha das entidades a serem contratadas, sendo chamado, no artigo 77 do anteprojeto, de chamamento público. Também é uma exigência necessária para coibir escolhas feitas sem qualquer critério objetivo e sem observância do princípio da isonomia entre os possíveis interessados. (DI PIETRO, 2009, p. 243).

Um processo de escolha minucioso buscando a garantia da isonomia entre as entidades concorrentes, além de possibilitar a escolha da entidade mais preparada e capaz de desenvolver o projeto proposto, é imprescindível no Estado Democrático de Direito, onde se preza pela observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

A edição do Decreto nº 7.568/2011 era mais do que necessária e veio corrigir a omissão da exigência de um procedimento de escolha das entidades para realizarem parcerias com as entidades do terceiro setor, importantes colaboradoras do poder público.

Marçal Justen Filho (2008, p. 203), nesse sentido sabiamente leciona: “O terceiro setor é integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supra-individuais.”

José dos Santos Carvalho Filho ainda destaca:

Além de associação de pessoas exclusivamente da Administração Pública, o Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhe são prestados. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 303)

Assim, é válido salientar que as entidades do terceiro setor, atuam como colaboradoras do poder público na efetivação das políticas públicas, podendo receber incentivos para desenvolver tais políticas e proporcionar a garantia do interesse público, o que implica na necessidade de atuação dos mecanismos de controle.

Nesse sentido, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em todas essas entidades do terceiro 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 predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público. (DI PIETRO, 2011, p.254)

Vale destacar os ensinamentos de Eloisa Helena de Souza Cabral, para quem: “A função de controle permite deter-se sobre a realização da missão, a satisfação do beneficiário, o cumprimento das metas estabelecidas, o atendimento da demanda e da qualidade.” Cabral (2007, p. 187)

Marçal Justen Filho (2008, p. 203) ainda destaca com propriedade: “É evidente que essas entidades não são integrantes da Administração Pública. Mas isso não significa ausência de incidência de princípios, regras e formalidades próprias do direito público.”

Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 266), enfatiza: “O terceiro setor deve funcionar como elemento integrante da sociedade civil e constituir-se como campo distinto do Estado e do mercado e não como uma extensão parcialmente descaracterizada desses setores.”

Nota-se que as entidades do terceiro setor, apesar de não integrarem à Administração Pública, estão sujeitas aos princípios e particularidades concernentes a ela, visto que estas entidades podem ser vistas como parceiras do poder público, e quando essa parceria ocorre, estas recebem benefícios especiais do Estado para desenvolver atividades de interesse público.

É válido destacar as entidades que compõem o terceiro setor, sendo: as Organizações sociais - OS, as Organizações da Sociedade Civil de interesse público - OSCIP e entidades de utilidade pública, cada uma com suas particularidades, desenvolvem atividades de interesse coletivo, seja firmando termos de parcerias no caso da OS, contrato de gestão na OSCIP e convênios nas entidades de utilidade pública.

Assim, percebe-se a incidência das regras e princípios que regem a Administração Pública às entidades do terceiro setor que realizam parceria com o poder público, lembrando que a OSCIP e as entidades de utilidade pública podem realizar suas atividades sem se vincular ao Poder Público, o que não ocorre com a OS, que é vinculada a realização de contrato de gestão com a Administração Pública.

2.3 Características gerais de entidades do terceiro setor

2.3.1 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

A Lei nº 9.790/1999 instituiu no ordenamento jurídico a titulação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, como espécie de entidade do terceiro setor. OSCIP consiste na qualificação que o setor público confere a pessoa jurídica, entidade privada sem fins lucrativos, que possui objetivo de cunho social e

com o intuito de celebrar termos de parceria com o poder público. Esta entidade, uma vez qualificada, pode atuar como entidade parceira da Administração Pública federal.

Vale lembrar que o interesse público deve nortear as atividades desenvolvidas pelo terceiro setor, devendo estas entidades garantir esse interesse, através de ações assistenciais, culturais, de cidadania, entre outras.

Conforme preconiza o art. 3º da Lei das OSCIPs, Carvalho Filho destaca que a entidade deve almejar os seguintes objetivos para que possa receber esta qualificação:

- a) A promoção da educação, da saúde, da cultura, da assistência social e da segurança alimentar e nutricional;
- b) A proteção e defesa do meio ambiente;
- c) A promoção do desenvolvimento econômico e social, incluindo o combate à pobreza;
- d) Experimentação de novos modelos socioprodutivos;
- e) Promoção de valores universais, como os da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, e também a promoção de assistência jurídica complementar;
- f) A promoção do voluntariado; e
- g) Estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, divulgação de informações e conhecimentos concernentes a todos os citados objetivos. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 308)

A Lei nº 9.790/1999 também prevê que a entidade, para se qualificar como OSCIP no âmbito federal, deve necessariamente atender alguns requisitos legais de qualificação, tais como: registrar os estatutos, observar os princípios da Administração Pública elencados no artigo 37 da Constituição da República - CR/1988⁵, e também o princípio da economicidade, apresentar requerimento ao Ministério da Justiça; conter em seus estatutos previsão de proibição de recebimento de vantagens pessoais para os dirigentes; obrigatoriedade de prestações de contas e apresentação de relatório de atividades e realização de auditoria independente.

Cumprir dizer que o fomento do poder público e a possibilidade de realizar parceria com o Estado é um dos maiores atrativos para que uma entidade privada sem fins lucrativos se qualifique como OSCIP. Tal entidade, quando recebe esta qualificação, atua como parceira, ou seja, passa a ser colaboradora do poder público no desenvolvimento de atividades de interesse público.

⁵ 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... (BRASIL, 2013)

A OSCIP, para que possa ser fomentada pelo poder público, deve firmar o termo de parceria, sendo que este, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.790/1999, além de formar o vínculo de cooperação entre a entidade e o poder público, estabelece direitos, responsabilidades e obrigações tanto para o poder público, quanto para a entidade parceira.

A OSCIP pode constituir-se como entidade parceira da Administração Pública, devendo, para tanto, receber incentivos desta para a realização de suas atividades. Dessa forma, com a existência de recursos públicos, a fiscalização e controle são imprescindíveis. Assim, a OSCIP deve realizar a prestação de contas ao órgão parceiro, e o termo de parceria realizado é submetido à fiscalização do referido órgão.

A entidade também está sujeita à fiscalização dos Conselhos de Políticas Públicas das áreas de atuação, em cada nível de governo, conforme determina o art. 11 da Lei nº 9.790/1999, que traz expressamente a previsão de obrigatoriedade de participação de servidores públicos em seu Conselho.

Carvalho Filho, ao se referir aos pontos de distinção entre OSCIP e OS, salienta:

Como se pode observar, afinal, são semelhantes os sistemas de parceria ensejadores das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. O núcleo central de ambos é a parceria Estado/entidade na busca de objetivos de interesses comuns e benefícios à coletividade! Logicamente, existem pontos específicos que distinguem os regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: Enquanto ela é exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, não há esse tipo de ingerência nas organizações da sociedade civil de interesse público. Outro aspecto é a formalização da parceria: com aquelas entidades é celebrado contrato de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria. Enfim, nota-se que as linhas da disciplina jurídica das organizações sociais as colocam um pouco mais atreladas ao Poder Público do que as organizações da sociedade civil de interesse público. Ambas, porém, retratam novas formas de prestação de serviços públicos. (CARVALHO FILHO, 2007, p.310).

A referida previsão está contida também na Lei que regulamenta a OS, como será visto a seguir, pois se as entidades cooperam com o poder público na efetivação de políticas públicas, fazendo o papel do Estado, a participação de servidores nos Conselhos de Políticas Públicas é fundamental para contribuir para direcionar a entidade para desenvolver as políticas públicas que a sociedade necessita.

Neste contexto, cumpre salientar que o terceiro setor aproxima público e privado, e a participação destas entidades na efetivação de políticas públicas, contribui para a garantia do interesse público; e em função disso, a consulta prévia aos Conselhos de Políticas Públicas é fundamental no sentido de priorizar as necessidades da sociedade, além de contribuir para o seu controle.

Quanto à remuneração dos dirigentes da OSCIP, conforme previsão ao art. 4º, inciso VI da Lei 9.790/1999, existe a possibilidade de instituição de remuneração para aqueles que atuam efetivamente na gestão executiva e para aqueles que prestam serviços específicos a essas entidades, devendo sempre ser respeitados os valores de mercado.

Outra previsão importante da Lei nº 9.790/1999, consiste na possibilidade de qualquer cidadão, desde que respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, de requerer, seja judicialmente ou administrativamente, a perda de qualificação da entidade como OSCIP, sendo vedado o anonimato, devendo para isso demonstrar evidências consistentes de erro ou de fraude. A referida previsão, constante do art. 8º da citada lei, permite a participação popular no controle da entidade, garantindo desta forma, sua eficácia.

Assim, conforme previsão do art. 4º, inciso IV da mencionada Lei, havendo a dissolução da entidade, o seu patrimônio líquido será transferido para outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da entidade dissolvida, com o propósito de que o objetivo de cunho social permaneça.

2.3.2 Organizações sociais

As Organizações sociais são regidas pela Lei 9.637/98 que se originou da Medida Provisória 1.591/97, e consiste em qualificação conferida, pela União, a entidades privadas, sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades voltadas para o ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, devendo ainda preencher os requisitos elencados nos artigos 2º e 4º⁶ da mencionada Lei.

⁶Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

Cumpra-se dizer que a OS possui legitimidade para celebrar contrato de gestão com o poder público, nascendo assim a parceria entre a entidade e o poder público para desenvolver as atividades já destacadas, visando ao interesse social.

Tal contrato - formalidade exigida para a realização da parceria, conforme previsão do art. 6º, parágrafo único da Lei 9.637/1998 - passa pelo crivo do Conselho de Administração da entidade, necessitando de sua aprovação, e em seguida é submetido ao Ministro de Estado ou autoridade que supervisiona a atividade desenvolvida pela entidade fomentada pelo Estado, valendo lembrar que a qualificação conferida à entidade é ato discricionário.

Vale destacar que se busca nas Organizações sociais a descentralização de atividades não exclusivas do Estado, com o incentivo deste, almejando maior eficiência. Mas lembrando do que diz Di Pietro (2011, p.267), é possível reconhecer nestas entidades, maior participação popular na Administração Pública. Afirma a autora que:

[...] busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de Administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização se serve. Adicionalmente, se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços públicos.

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral; e) composição e atribuições da diretoria;f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A sociedade é que conhece as suas reais necessidades, e, além disso, deve fiscalizar a utilização de recursos públicos, bem como a atuação dessas entidades no sentido de cumprir o objetivo de garantia do interesse público.

Nota-se que para que a entidade possa se qualificar como OS não pode ter finalidade lucrativa. Desse modo, a transferência de bens, serviços e recursos, ou seja, o fomento público é perfeitamente possível, devendo estar devidamente previsto no contrato de gestão.

Assim, como ressaltado nos comentários feitos acerca da OSCIP, constitui-se grande falha da Lei a não exigência de licitação nestas entidades para a outorga de permissão de uso de bens públicos e para a celebração de contrato com as OSs.

Nesse sentido Emerson Garcia salienta que:

[...] o art. 12, § 3º, da Lei n. 9.637/98 dispensa a realização de licitação para a outorga de permissão de uso de bens públicos às organizações sociais, sendo igualmente dispensada a licitação para que o Poder Público celebre contratos de prestação de serviços com tais entidades – desde que a atividade tenha sido contemplada no objeto do contrato de gestão. (GARCIA, 2006, p. 7)

Nota-se que a Lei, apesar de inovadora, ainda é falha e vem sendo complementada por diplomas legais recentes, como o Decreto nº 7.568 de 16 de setembro de 2011, que trouxe a obrigatoriedade de realização de chamamento público para a realização de parcerias do poder público com as entidades privadas sem fins lucrativos.

Partindo dessa premissa, vale dizer que a ausência de licitação possibilita que as OSs possam sofrer através da má-fé de seus dirigentes, a improbidade administrativa, sendo o poder público parceiro, também sujeito passivo desse ilícito.

Vale lembrar que desde que formalizada a parceria com o poder público, a OS pode ser contemplada com benefícios fiscais e creditícios, o que a torna também, sujeito passivo de improbidade administrativa.

2.3.3 Entidades declaradas de utilidade pública

As entidades declaradas de utilidade pública, regidas pela Lei nº 91/1935, existem antes da criação das qualificações como OS e OSCIPs, e também integram o terceiro setor. Pode-se facilmente identificar estas entidades nas associações e

fundações que são entidades criadas por particulares, sem finalidades lucrativas e com objetivos e finalidades de cunho social.

As referidas entidades, quando têm o escopo de desenvolver atividades assistenciais, têm fim público ou de utilidade pública em âmbito municipal, estadual e federal. Desse modo, são colaboradoras do Estado. Para obter esta declaração, as entidades devem preencher requisitos que são traçados pela Lei, ressaltando que cabe a cada ente legislar sobre o assunto. Em decorrência desse título, as entidades podem obter vantagens, como se tornar habilitada ao recebimento de auxílios e benefícios do poder público. Elas podem celebrar convênios com o poder público, e receber recursos públicos para cumprir as suas finalidades sociais, já que a maioria delas, conforme se nota através da realidade vivenciada quando da oportunidade de elaborar no Legislativo Municipal, Projetos de Lei de utilidade pública de entidades dessa natureza, não tem como sobreviver sem o apoio tanto do poder público como de particulares.

Eriberto Francisco Marin traz os principais pressupostos que legitimam o reconhecimento de utilidade pública, sendo:

a) Seja uma entidade constituída no País; b) tenha personalidade jurídica; c) tenha um fim público; d) preste atividades de forma perene, efetiva e desinteressada à coletividade nos termos de seu estatuto; e) seja de reconhecida idoneidade; f) não remunere seus diretores; g) não distribua lucros, bonificações ou quaisquer outras vantagens, de qualquer espécie, aos seus associados, fundadores ou mantenedores; h) aplique integralmente as suas rendas no país para os respectivos fins; i) apresente os balancetes de receita e despesa do ano anterior, escriturados em livros de formalidades regulamentares capazes de comprovar-lhes a exatidão, e demais documentos que comprovem discriminadamente a aplicação de receitas e despesas; j) aplique integralmente os seus recursos no país, na manutenção dos objetivos estatutários; k) obrigue a destinação patrimonial, na hipótese de extinção, a outra instituição congênere ou ao Estado. (MARIN, 1996, p.43)

Sobre o título de utilidade pública Eriberto Francisco Marin ainda salienta:

Significa apenas um ato oficial de recomendação à estima pública. Todavia, dado o interesse emergente, pelo poder público, na atuação dessas entidades como colaboradoras na prestação de serviços úteis e necessárias à coletividade, foram concedidos certos benefícios, favores ou vantagens. Assim, o Estado passou a reconhecer no título uma credencial, um instrumento, um meio para apoiar as entidades desinteressadas que prestam serviços úteis à coletividade como a assistência social, o atendimento médico ou a promoção da cultura, educação, pesquisa científica, etc. (MARIN, 1996, p.44)

Cumpra dizer que estas entidades devem se submeter a procedimento burocrático e detalhado para serem declaradas de utilidade pública e para se beneficiarem de recursos públicos.

Vale salientar que as entidades dessa natureza eram declaradas de utilidade pública com certa facilidade antes da edição da Lei Federal n. 91/1935, conforme lembra Eriberto Francisco Marin (1996, p.42), sendo difícil o controle e análise da idoneidade, levando a acreditar na possibilidade de abertura de brechas para favoritismos, tanto de ordem pessoal como política. A edição da Lei foi de suma importância na tentativa de regulamentar a concessão do título de utilidade pública.

É possível salientar que mesmo com a exigência de requisitos mais burocráticos e rigorosos para a concessão do título de utilidade pública, irregularidades ocorrem, e na tentativa de selecionar e incentivar ainda mais com os benefícios públicos, criou-se a figura da OS e OSCIP, ao lado dessas importantes entidades que vêm colaborando há anos com o poder público.

Nota-se que o rigor para a concessão do título de utilidade pública ainda deve ser maior, para evitar que entidades descompromissadas com a sociedade obtenham esse título que as credencia para obter incentivos públicos, necessários por sua vez, para aquelas entidades que de fato colaboram para a promoção do bem-estar social.

As associações e fundações públicas são grandes parceiras do poder público, e devem ter elevada a credibilidade, já que muitas delas trabalham com afinco e seriedade.

2.4 Parcerias e fomento do poder público às entidades do terceiro setor

As entidades que integram o terceiro setor têm o escopo de desenvolver serviços de interesse coletivo, e diante disso devem observar o termo de parceria feito com o poder público, no caso da OSCIP; o contrato de gestão, nas Organizações sociais e os convênios nas entidades declaradas de utilidade pública. Além disso, o controle deve ser rigoroso já que envolve recurso público. Assim é necessário ampla publicidade dos atos de repasse de recursos públicos e da aplicação desses recursos pelas entidades receptoras.

Para que as entidades do terceiro setor sejam reconhecidas de fato como colaboradoras da Administração Pública, e para que percam a imagem negativa

adquirida em decorrência de diversos escândalos envolvendo entidades dessa natureza, conforme notícia a Revista Veja de abril de 2011, que tratou da matéria com o título “ONGS o caminho fácil para a corrupção”, é indispensável a exigência de contrapartida da entidade recebedora de recursos públicos, evitando que esta seja composta somente de recursos oriundos do poder público.

Faz-se necessário tornar atrativo o interesse pelo desenvolvimento de serviços públicos e atividades de interesse social, e não apenas o interesse pelos recursos públicos aplicados pelo poder, como ocorre com diversas entidades do terceiro setor, que se dizem comprometidas com o interesse público.

Essa realidade somente pode ser mudada com a imposição de requisitos mais criteriosos para certificação dessas entidades, exigência de contrapartida do terceiro setor e, sobretudo do controle minucioso, efetivo e eficiente, capaz de possibilitar a responsabilização daqueles que usam as entidades do terceiro setor em benefício próprio ou de terceiro, portanto, com o fim diverso do proposto no termo de parceria.

A Administração Pública, ao firmar as parcerias com as pessoas de direito privado, sem fins lucrativos, fomenta diretamente a atividade do terceiro setor com transferências de recursos públicos mediante os seguintes instrumentos de origem orçamentária: subvenções sociais⁷, auxílios⁸ ou contribuições⁹, que por sua vez, devem ser aplicados na realização das metas e objetivos propostos pela entidade. As entidades privadas também podem receber incentivo fiscal (fomento indireto)¹⁰.

⁷São suplementações de recursos repassados pelo poder Público a empresas, sociedades de economia mista e entidades privadas sem fins lucrativos que tenham por objetivo a prestação de serviços na área social, médica e educacional, a fim de cobrir despesas de custeio de tais entidades. (NUNES, 2006, p. 74)

⁸ Modalidades de transferências de capital (investimentos ou inversões financeiras) derivadas da Lei Orçamentária, e que se destinam a atender ônus ou encargo assumidos pela União, concedidas a entidades sem fins lucrativos. (NUNES, 2006, p. 74)

⁹ Transferências correntes ou de capital concedidas em virtude de lei, destinadas a pessoas de direito público ou privado sem finalidade lucrativa, e sem a exigência de contraprestação direta de bens e serviços. Podem se consubstanciar em investimentos ou inversões financeiras, a exemplo dos auxílios. (NUNES, 2006, p. 75)

¹⁰ Estes recursos, embora repassados por empresas privadas às entidades, devem ser considerados de natureza pública, pois são oriundos de renúncia fiscal do Poder Público em favor do incentivo a projetos culturais. A pessoa jurídica doadora (contribuinte incentivador) deduz percentual do imposto devido, observado o limite legal, correspondente ao valor que destinou ao incentivo do projeto. (NUNES, 2006, p. 75)

Nesse contexto, se o poder público repassa recursos para entidades do terceiro setor, deve para isso obedecer a critérios legais, além de submetê-los à fiscalização. O mesmo deve ocorrer com a entidade recebedora.

É possível salientar que por se tratar de recursos oriundos do poder público, o controle e a fiscalização são imprescindíveis tanto no que tange ao ente que fomenta, quanto ao recebedor que administra os recursos públicos. Por esta razão, tanto a Administração Pública, quanto as entidades do terceiro setor, estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. Assim, conforme o que menciona o artigo 1º da LIA, a ser analisado no próximo capítulo, as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, qualquer que seja o montante, poderão ser igualmente atingidos pelos atos de improbidade administrativa. O mencionado dispositivo também especifica em detrimento de quem ou de quem a conduta do agente deve ser realizada para que se configure improbidade administrativa. Daí é possível notar a abrangência do terceiro setor pela Lei de Improbidade, visto que as entidades desse setor ao receberem fomento público, devem necessariamente utilizá-lo para a realização das necessidades sociais, devendo assim ser empregado com responsabilidade e transparência.

2.5 Instrumentos de controle das entidades do terceiro setor que podem colaborar na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

Nota-se que a efetividade do controle interno, estatal e social é fundamental para garantir a aplicabilidade da LIA, pois muito se ouve falar em lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, desvio de dinheiro público e crimes eleitorais ocorrendo em Organizações não governamentais de todo o país, conforme se noticia pela imprensa.

São inúmeras as entidades do terceiro setor existentes no Brasil, e estas entidades movimentam muito dinheiro, já que além de doações privadas, recebem doações e incentivos do poder público. Maria do Carmo Aboudib Varella Serpa destaca:

No Brasil, o Terceiro Setor representa R\$ 10,9 bilhões/ano sendo R\$ 1 bilhão em doações. Dispomos de aproximadamente 300 mil ONGs, ao lado de fundações, institutos, etc., os quais empregam em torno de 1,5 milhão de pessoas, contando com 42 milhões de voluntários. (SERPA, 2004, p.56)

É notório que as entidades do terceiro setor realizam relevantes benefícios para a população, mas, deve-se lembrar também que os benefícios que estas entidades recebem é de grande proporção.

Existem várias entidades compromissadas e que têm como premissa o bem-estar social, mas ao lado destas entidades dotadas de credibilidade, nascem aquelas que têm como objetivo único angariar recursos e adquirir outros benefícios como incentivos e isenções fiscais.

Andrea Nunes lembra que :

É bem verdade que muitas entidades sérias cumprem o seu papel, fazendo até mais do que se esperava das mesmas, mas infelizmente o número de instituições que são criadas apenas para captar recursos e gozar de privilégios fiscais é muito elevado. Escândalos relativos a desvio de dinheiro público envolvendo as referidas entidades estão sempre presentes na mídia, como, por exemplo, o repasse de subvenções sociais por órgãos governamentais a entidades fantasmas detectado em diversos Estados, inclusive Pernambuco, e a notícia de desvio de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador captado por entidades “laranjas” para servirem aos propósitos políticos e financeiros de pessoas ligadas ao Movimento Sindical. (NUNES, 2006, p. 57)

Diante desses fatos, aumenta ainda mais a responsabilidade da sociedade que deve fiscalizar essas entidades, pois o investimento nelas é altíssimo, e deve retornar à sociedade através de projetos sociais que garantam a melhoria da qualidade de vida da população.

O objetivo do poder público com a realização de parcerias com estas entidades é obter a colaboração na execução das políticas públicas, por isso demanda a necessidade de controle efetivo, pois senão, em vez do poder público garantir através desta parceria, o bem-estar social, estará contribuindo para o enriquecimento dessas entidades e para as mazelas da sociedade que espera pelo atendimento de suas necessidades. Seria então, um contrassenso.

2.5.1 Principais mecanismos de controle interno e externo

Cabe tanto à sociedade, ao poder público que necessita da ajuda das entidades do terceiro setor, ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, o papel de verificar se estas entidades estão de fato cumprindo o propósito social. Verificar se os recursos e incentivos públicos estão sendo voltados para o atendimento das demandas sociais. Sem se esquecer de que as referidas entidades também

recebem colaboração privada, aumentando ainda mais a possibilidade de promover o bem-estar social e a sua responsabilidade perante a sociedade.

Nesse contexto, vale lembrar que o fim da dicotomia entre público e privado, se deu a partir da percepção de que entidades sociais estão mais próximas do povo e conseqüentemente conhecem melhor a necessidade e a realidade social, sendo capaz de atender essas necessidades com mais precisão.

Com a marcante presença dessas entidades, certamente a participação popular é mais garantida, prevalecendo o diálogo na busca de solução para os problemas sociais, fortalecendo a democracia e, sobretudo a cidadania.

É evidente que uma entidade desta natureza necessita de fiscalização contundente. Deve-se verificar se de fato os serviços sociais estão sendo realizados, bem como a qualidade do serviço. A prestação de contas deve ser efetiva, cobrada e analisada pelos mecanismos de controle interno e externo, além de uma análise criteriosa dos requisitos para recebimento de incentivos e repasses públicos.

A própria entidade do terceiro setor deve possuir controle interno efetivo e impessoal que contribuirá na fiscalização da atuação de seus agentes, podendo direcionar melhor os trabalhos da entidade, garantindo assim, mais transparência e eficiência no trabalho desenvolvido. Lembrando que o controle realizado pelo poder público que confia ao terceiro setor as atribuições que lhes são peculiares, mas não exclusivas, é fundamental e indispensável, sob pena de desídia.

Como mecanismo de controle interno do terceiro setor, Andrea Nunes destaca a necessidade da existência de um Conselho Fiscal.

A Lei nº 9790/1999 que regulamenta as OSCIPs no âmbito federal traz esta previsão, no art. 4º, inciso III, determinando que exista esta exigência nos estatutos das entidades. Seguindo os preceitos da Lei Federal, a Lei de muitos estados traz esta previsão.

Pode-se dizer que com a existência desse Conselho, o seu representante deverá fiscalizar e denunciar os possíveis erros existentes e sugerir providências. Auditorias e perícias podem ser contratadas para esclarecimento de determinada situação. Esse Conselho deve estar necessariamente interligado ao controle externo, sobretudo o controle exercido pelo Tribunal de Contas, para que de fato possa ter maior efetividade e razão de existir.

Desse modo, se constatada a existência de atos de improbidade administrativa, lembrando que o terceiro setor é sujeito desses atos, o Conselho

como controlador deve buscar o amparo do Ministério Público, o que também deve ser feito se identificado algum crime.

É possível notar que a Lei nº 9.790/1999 serve de parâmetro para outras entidades do terceiro setor. A importante Lei traz a referida obrigatoriedade, que certamente funciona como mecanismo de controle de grande relevância. Mas ainda existe lacuna na citada Lei, pois, esta exige a escrituração de receitas e despesas, não havendo exigência de publicação de demonstrações contábeis. Desse modo, a Lei está em descompasso com o princípio da publicidade.

Nesse enfoque, vale destacar que todas as entidades do terceiro setor deveriam necessariamente adotar esse procedimento contábil, o que garantiria mais transparência e conseqüentemente possibilitaria melhor controle, principalmente o controle social.

As entidades de utilidade pública encontram muita facilidade para obter o título, visto que as exigências feitas pelos órgãos concedentes são apenas de ordem formal. Dificilmente é feita visita a entidade para certificar o funcionamento, as condições de funcionamento e se a entidade possui condições de realizar as atividades que se propõe como parceira do Poder Público.

É difícil realizar esta tarefa, mas para evitar ou pelo ou menos diminuir a ocorrência de ações desonestas por parte das entidades integrantes do Terceiro Setor, esse controle prévio deve existir.

É forçoso dizer que não basta atestar o funcionamento, tem que identificar se a entidade tem condições de cumprir de forma eficiente e responsável, o plano de trabalho proposto.

É imperioso verificar também no processo de seleção da entidade, o passado de seus dirigentes, impedindo desta forma, que entidades que tiveram seus dirigentes condenados por improbidade administrativa sejam classificadas, pois não possuem idoneidade para atuarem como parceiras do Estado.

Vale destacar que a prestação de contas das entidades é algo primordial para que seja feita a análise contábil, além de avaliar os resultados obtidos pela instituição.

Cumpra-se dizer que o órgão público, repassador de recursos, incentivos e isenções às entidades do terceiro setor deve controlar minuciosamente estas ações, escolher de forma criteriosa a entidade social que se beneficiará com o recebimento dos benefícios públicos, acompanhar o desenvolvimento das atividades, almejando

com essas cautelas evitar desvios dos recursos repassados, e almejando a eficiência prevista no art. 37 da CR/88.

O Ministério Público por sua vez, tem a função de fiscalizar as associações sem fins lucrativos. A participação efetiva deste órgão é salutar para evitar que desvios de finalidade ou de recursos públicos possam ocorrer. A atuação do Ministério Público é importante no sentido de velar pela atuação dessas entidades do terceiro setor. Ele funciona como orientador e fiscalizador, devendo prezar pela probidade nas condutas destas instituições.

As entidades de interesse social, como desenvolvem atividades de interesse público, se submetem à fiscalização do Ministério Público, conforme previsão do art.s 127 e art. 129 da CR/1988. E por estas entidades se beneficiarem com recursos públicos, justifica a presença do Ministério Público no processo de fiscalização, podendo este, instaurar inquéritos civis e propor ações civis públicas buscando a preservação da probidade nessas instituições.

Cumprir dizer que o controle também é exercido pelo Judiciário, que se dá de forma repressiva com a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, responsabilizando os gestores das entidades do terceiro setor, que agindo com má-fé pratiquem condutas que resultem em enriquecimento ilícito, provoquem danos ao erário ou agridam os princípios da Administração Pública.

2.5.2 O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas

O art. 71, inciso II, da CR/1988, estabelece que o Tribunal de Contas e demais Cortes de Contas é competente para julgar as contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos da Administração Pública Direta, Indireta, abarcando também as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como daqueles que provocarem prejuízos ao erário.

Analisando o referido dispositivo constitucional, as entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos devem prestar contas ao Tribunal de Contas acerca do uso desses recursos. Esse controle deve ocorrer a partir de provocação ou ex-officio.

Janaina Schoenmaker enfatiza que: “Seja mediante provocação ou ex-officio, os Tribunais de Contas poderão realizar sobre elas inspeções e auditorias de

natureza contábil, financeira, operacional e patrimonial...” (SCHOENMAKER, 2011, p.104)

Existe discussão na doutrina se as entidades do terceiro setor devem prestar contas ao órgão público parceiro, ao controle interno da entidade ou ao controle externo.

O controle interno é fundamental, não menos importante é controle do órgão parceiro, mas deve-se reconhecer que esses controles são mais vulneráveis à parcialidade, sendo muitas vezes insuficientes e incapazes de atingir o escopo desejado. O controle externo do Tribunal de Contas por sua vez, é imprescindível.

O controle interno avalia a execução dos projetos e resultados obtidos. O Tribunal de Contas realiza controle mais formal a partir dos documentos analisados na prestação de contas. São as inspeções e auditorias deste órgão é que farão o controle mais preciso.

O controle interno é relevante, pois, fará análise prévia, podendo constatar algumas falhas e sugerir a adequação necessária.

Nesse enfoque, vale destacar que o controle interno e externo devem estar conectados, no intuito de fiscalizar de forma efetiva essas entidades, e também o órgão público parceiro. Vale lembrar que os Tribunais de Contas podem atuar mesmo na ausência de controle interno da entidade.

Desse modo, tomando como base as disposições constitucionais sobre o controle realizado pelos Tribunais de Contas, é possível entender que esse órgão deve exercer o controle direto¹¹ sobre as entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos.

Defender que as entidades do terceiro setor não devem ter suas contas julgadas pelos Tribunais de Contas, como muitos doutrinadores entendem, é contrariar o que diz a CR/1988, notadamente quanto a primazia da fiscalização das entidades que administram recursos públicos, com o compromisso de fazer o bem social.

O que se defende nesta dissertação coaduna-se com o pensamento de Janaina Schoenmaker segundo o qual:

Há defensores da competência direta do TCU – ou até mesmo Poder Legislativo por força do art. 7º, Parágrafo único, da CF/88 – para receber as

¹¹ O controle direto ocorrerá quando houver fiscalização por parte do Tribunal de Contas sobre dada entidade do terceiro setor (SCHOENMAKER, 2011, p. 95)

prestações de contas das ONGS gestoras de recursos públicos. O fundamento para tal posicionamento – ao qual filiamos – atribui ao art. 71, inciso II, da CF/88 a interpretação de este inciso referir-se ao julgamento das “contas dos administradores (da Administração direta, indireta e fundacional) e dos demais responsáveis por dinheiros e valores públicos, bem como daqueles que derem causa ao extravio, perda ou contra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. (SCHOENMAKER 2011, p.104)

E sendo muitas as transferências de recursos públicos ao terceiro setor, isto faz com que a necessidade de controle se fortaleça. O fato da Constituição não prever expressamente estas entidades no art. 71, inciso IV, não retira essa necessidade, pois o dispositivo se refere às entidades que recebem recursos públicos, e estas se encaixam perfeitamente nesta qualificação.

É importante destacar que o Tribunal de Contas poderá sancionar as entidades que atuem em descompasso com a probidade no uso de recursos públicos. Deve ser exigida a adoção de medidas para cumprimento da lei quando constatada ilegalidade e ineficiência na gestão realizada pela entidade integrante do terceiro setor.

Vale salientar a possibilidade/impossibilidade de suspensão pelo Tribunal de Contas de ato da entidade do terceiro setor que possa provocar danos ao erário, caso persista a execução do ato. Alguns doutrinadores, como Ives Granda Martins, são contrários a esta possibilidade. Mas, cumpre-se destacar que o TCU em decisão cautelar, determinou a suspensão por OSCIP dos atos do termo de parceria iniciados, conforme nos noticia Janaina Schoenmaker (2011, p.124).

O que se afirma a Decisão Normativa do TCU nº 96/2009, em seu art. 2º, §2º¹², e da atuação do Tribunal nesse sentido, é que as entidades do terceiro setor devem responder perante o órgão ou entidade repassadora de recursos públicos acerca da boa e regular aplicação dos recursos recebidos através da apresentação de documentos para a composição dos relatórios de gestão e processos de contas dos responsáveis pelos referidos órgãos. Trata-se do controle indireto exercido pelo Tribunal de Contas, que permite, dessa forma, prestação de contas ao Tribunal e de serem estas contas, por ele apreciadas e julgadas.

¹² Art. 2º, §2º: Os estados, o Distrito Federal, os municípios e as pessoas físicas ou entidades privadas, quando beneficiárias de transferência voluntária de recursos federais sob qualquer forma, responderão perante o órgão ou entidade repassadora pela boa e regular aplicação desses recursos, apresentando os documentos, informações e demonstrativos necessários à composição dos relatórios de gestão e dos processos de contas dos responsáveis por essas unidades jurisdicionadas.

Não podendo esquecer a previsão de realização de inspeções e auditorias, que contribui para análise mais efetiva da aplicação dos recursos públicos pelas entidades do terceiro setor, bem como da regularidade do repasse de recursos e demais incentivos a estas entidades por parte do poder público.

O TCU tem realizado ampla fiscalização das entidades em análise sob o escólio do inciso IV, do art. 71 da CR/88, que resultam na constatação de inúmeras malversações de recursos públicos tidas por regulares pelo próprio controle interno, a demonstrar a importância e imprescindibilidade do controle externo. (SCHOENMAKER, 2011, p.122)

Esta posição do Tribunal é relevante já que o controle é fundamental não só no sentido de buscar a responsabilização dos gestores das entidades do terceiro setor pela prática de condutas imorais e irresponsáveis, mas de impedir que condutas prejudiciais ao erário sejam praticadas. Daí a relevância e efetividade do controle prévio e concomitante.

A fiscalização do Tribunal de Contas também deve ser mais constante principalmente no sentido de realizar auditorias nestas entidades. E, além disso, a sociedade pode denunciar possíveis irregularidades, o que contribui muito para a ação do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Levantamento realizado no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG, por intermédio de entrevista realizada com a Diretora de Controle Externo do Estado do referido Tribunal ²¹acerca do controle externo realizado pelo órgão nas entidades do terceiro setor foi possível identificar que as Organizações Sociais, as OSCIPs e associações privadas de utilidade pública no âmbito do Estado, não prestam contas diretamente ao Tribunal, inexistindo esta exigência. As referidas entidades devem prestar contas ao órgão público parceiro. E o Tribunal de Contas realiza a fiscalização do ente público, repassador de recursos a estas entidades colaboradoras do poder público, sendo que estes têm o dever de prestar contas a este Tribunal, e indiretamente são analisadas as contas destas entidades, conforme informação obtida através da entrevista.

Desse modo, sendo detectada alguma irregularidade nas contas das referidas entidades, as mesmas são responsabilizadas conforme previsto nos arts.

251 a 255 do seu Regimento Interno (Resolução nº 10/96)¹³. Estas sanções são fixadas de forma discricionária pelo Tribunal Pleno, Câmaras ou Relator, dentro das possibilidades apresentadas no citado Regimento.

Conforme levantamento realizado, constatou-se que, diante da apreciação das contas dos entes públicos parceiros pelo Tribunal de Contas de Minas são identificadas comumente impropriedades ou faltas de ordem formal nas parcerias realizadas com as entidades do terceiro setor; e diante destas irregularidades o Tribunal determina medidas necessárias à correção, ou seja, instrui no sentido de corrigir os erros, e então realiza o monitoramento para se certificar do atendimento das medidas determinadas.

Vale ressaltar que quando o órgão público detecta irregularidade na entidade parceira, deve realizar e encaminhar ao Tribunal de Contas, a realização de tomada de contas especial, sob pena de responsabilidade solidária, sendo garantido aos envolvidos, o contraditório e ampla defesa.

¹³ Art. 251 Quando julgar as contas regulares, o Tribunal dará quitação ao responsável. Art. 252 Quando julgar as contas regulares, com ressalva, o Tribunal dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido a adoção das medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a reincidência. Parágrafo único As medidas determinadas serão objeto de monitoramento pelo Tribunal. Art. 253 Apurada irregularidade nas contas, caberá ao Tribunal Pleno, às Câmaras ou ao Relator, conforme o caso: I- definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão impugnado; II- ordenar, se houver débito, a citação do responsável, para, na forma e nos prazos estabelecidos neste Regimento, apresentar defesa ou recolher a quantia devida, pelo seu valor atualizado; III- determinar, se não houver débito, a citação do responsável, para, no prazo fixado neste Regimento, apresentar razões de defesa; IV- adotar outras medidas cabíveis, inclusive de caráter cautelar. Art. 254. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal determinará ao responsável que promova o recolhimento de seu valor, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, sem prejuízo da aplicação das sanções legais cabíveis. § 1º Caracterizada e reconhecida pelo Tribunal a boa-fé do gestor, o processo será considerado encerrado com o recolhimento tempestivo do débito, devidamente atualizado, salvo no caso da existência de outra irregularidade nas contas. § 2º Julgadas irregulares as contas, os autos serão remetidos ao Ministério Público junto ao Tribunal para as providências cabíveis. Art. 255. O Tribunal determinará o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis § 1º-As contas são consideradas ilíquidáveis quando, por motivo de força maior ou caso fortuito, comprovadamente alheio à vontade do agente, tornar-se materialmente impossível o julgamento de mérito. § 2º-Dentro do prazo de 5 (cinco) anos, contados da publicação da decisão terminativa no Diário Oficial de Contas, o Tribunal poderá, à vista de novos elementos que considere suficientes, autorizar o desarquivamento do processo e determinar que se ultime a respectiva tomada ou prestação de contas, observado o disposto no § 5º do art. 37 da Constituição da República. (Parágrafo com redação dada pelo art. 25 da Resolução nº 10/2010, de 30/06/2010). http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Regimentointerno/Reg-Int08%20Atualizado_.pdf. Acesso em 26/01/2014.

Conforme apurado na entrevista realizada na Diretoria de Controle Externo do Estado do mencionado Tribunal¹⁴ não é possível dimensionar qual tipo de irregularidade predomina nas entidades do terceiro setor de Minas Gerais. O que se afirma é que são poucas as irregularidades que provocam danos ao erário, detectadas por este Tribunal através do controle externo exercido, tendo em vista a dificuldade de comprovação de atos desta natureza, como será discutido adiante.

Sendo assim, não há por parte do Tribunal de Contas, um controle direto das entidades do terceiro setor; portanto o controle externo por ele exercido nestas entidades é indireto.

Cumprir dizer que conforme informação obtida no Tribunal de Contas mineiro, no ano de 2007 foi realizada por este Tribunal inspeção em todas as OSCIPs do Estado, sendo que naquelas que foram encontradas irregularidades, estas foram de ordem formal.

Tal iniciativa de ação do controle externo do Tribunal é relevante e necessária e deve existir com mais frequência, pois contribui para inibir e reprimir ações ímprobas por parte do terceiro setor, bem como do órgão público parceiro.

No que tange à prestação de contas nas entidades do terceiro setor no âmbito dos municípios, assim como ocorre no âmbito estadual, acontece de forma indireta. O Tribunal de Contas tem como escopo com esse controle, realizar a fiscalização dos gastos dos recursos públicos.

A fiscalização das entidades do terceiro setor no âmbito municipal ocorre frequentemente através de auditorias, visto que é elevado o número de entidades dessa natureza, sendo mais prudente que a fiscalização seja feita através destes instrumentos, apontando resultados através de amostragem.

Para se realizar a auditoria é feito um planejamento e são estabelecidos critérios de trabalho, conforme previsão dos artigos 226 e 227 do Regimento Interno do TCEMG¹⁵, e nesta fiscalização é emitido relatório, apontando a situação encontrada nas entidades, os critérios de trabalho utilizados, a causa e efeitos da

¹⁴ Dados da entrevista. Pesquisa de campo realizada no TCEMG, em 05 de fevereiro de 2014.

¹⁵ Art. 226 As atividades de controle externo deverão ser planejadas e integradas, observando-se, entre outros, os princípios da eficiência, eficácia e efetividade do controle. Parágrafo único O planejamento das atividades de controle externo deverá observar, dentre outros, os critérios de materialidade, risco, relevância e oportunidade, regulamentados em ato normativo próprio. Art. 227 O Tribunal estabelecerá as diretrizes para o exercício das atividades de controle externo, em ato normativo próprio.

auditoria, apresentando também plano de ação de readequação caso sejam encontradas impropriedades.

Desse modo é verificada a conformidade dessas entidades com os objetivos e plano de trabalho propostos, sendo feita auditoria de gestão e desempenho.

Conforme informação obtida no TCEMG, em fevereiro de 2014, através de entrevista realizada com o Diretor de controle Externo dos Municípios daquele Tribunal¹⁶, a realização de auditorias apontando resultados por amostragem é um instrumento de fiscalização diferenciado. O Tribunal faz com esse modelo de fiscalizar, uma pormenorização da análise.

Trata-se de controle prévio, podendo também ser concomitante. Destaca-se que controlar preventivamente as entidades do terceiro setor, bem como os entes públicos que fomentam estas entidades, além de mais efetivo, é mais eficaz que o controle repressivo.

O Tribunal de Contas de Minas Gerais estabeleceu como escopo realizar auditoria no âmbito da educação na cidade de Belo Horizonte, visto ser um setor de grande abrangência no Estado, auditoria mais recente realizada pelo referido Tribunal, sendo auditada a Secretaria Municipal de Educação – Sub-Ações na Gestão e Operacionalização da Política educacional do Município de Belo Horizonte – Programa 140, compreendendo o período de janeiro de 2011 a julho de 2012, verificando acerca dos subsídios repassados pela Secretaria Estadual de Educação a Creches e escolas parceiras.

A auditoria foi realizada a partir do Projeto Estratégico de Fiscalização aprovado pela Presidência do TCEMG, que tem como finalidade implantar procedimentos fiscalizatórios mediante o acompanhamento da execução orçamentária, financeira e patrimonial. A auditoria avaliou o programa e a efetividade dos controles internos, especialmente no que tange as áreas contábil, financeira, compras, contratos e controle interno.

No contexto de fiscalização foi verificado o credenciamento de entidades particulares para atendimento da educação infantil e as prestações de contas dos recursos transferidos pela Secretaria Municipal de Educação às entidades conveniadas, além de realizar visitas às instalações físicas das entidades, ora

¹⁶ Dados da entrevista. Pesquisa de campo realizada no TCEMG em 05 de fevereiro 2014.

selecionadas pela equipe de trabalho. Trata-se de fiscalização da gestão descentralizada da Educação.

A referida auditoria indagou se a Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte acompanha a execução orçamentária, financeira e patrimonial do programa nas atividades realizadas, e se ela dispõe de instrumentos de controle que possibilita a avaliação da correta aplicação dos recursos públicos repassados às entidades privadas, conveniadas para atendimento da educação infantil no município de Belo Horizonte.

Para o desenvolvimento da auditoria foram verificados os registros contábeis, extratos bancários e minutas de receitas, sendo a análise realizada por amostragem.

A partir da auditoria realizada foi possível verificar irregularidades como: a) a não utilização dos recursos públicos repassados à entidade através de convênios, e a não aplicação financeira desses saldos não utilizados em caderneta de poupança ou em fundos de curto prazo, estando assim, em desacordo com o termo de convênio e com a Lei de Licitações. Em razão disso as entidades tiveram perda de rendimentos financeiros; b) contrato realizado com a Fundação Roberto Marinho, com base no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93¹⁷, sem a devida comprovação de exclusividade e sem a justificativa do valor pago, já que não foi feita a cotação de preços a partir do orçamento de 3 (três) empresas, para a comparação com os preços de mercado, conforme exigência do inciso III do artigo 26 da Lei 8.666/93¹⁸.

Foi possível ao TCEMG verificar que existe boa gestão, e que o procedimento de controle interno dos órgãos fiscalizados é efetivo, pois poucas irregularidades foram encontradas. Irregularidades estas, sanáveis.

O controle externo dos municípios do TCEMG forneceu o relatório da auditoria realizada, possibilitando a análise mais precisa do trabalho desenvolvido e dos resultados obtidos.

¹⁷ **Art. 24.** É dispensável a licitação: **XIII** - na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional;

¹⁸ **Art. 26.** As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005) - **III** - justificativa do preço.

Diante das irregularidades encontradas foram aplicadas sanções de multa ao Secretário Municipal Adjunto de Educação e determinada a observância do inciso III do artigo 26 da Lei 8.666/93 em futuras contratações que possam ser realizadas com a Fundação Roberto Marinho. Desse modo, o não cumprimento da penalidade aplicada no prazo estipulado, ensejaria multa nos termos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Lei 102/2008.

Cumprir dizer que as adequações determinadas pelo TCEMG foram realizadas, e a parceria entre poder público e entidades privadas no âmbito educacional tem funcionado de forma correta, contribuindo sobremaneira com o município de Belo Horizonte, que não tem condições de garantir esse serviço essencial com a eficiência que a população precisa.

Nessa seara foi possível notar que é elevado o valor repassado às instituições privadas de ensino credenciadas pela Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte, por isso a fiscalização deve ser efetiva nas entidades colaboradoras do poder público.

Percebeu-se que para a seleção de entidades privadas sem fins lucrativos como parceiras da Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte, estas devem ser credenciadas e ter as contas aprovadas, e o procedimento inicial para seleção da entidade parceira é o chamamento público, além de dever obediência aos critérios estipulados no instrumento convocatório. Relevante destacar que durante o chamamento público é feita uma visita técnica em cada instituição interessada e é emitido relatório. Nesta ocasião é avaliado o espaço físico, instalações, relação professor/aluno e as adequações com as normas fixadas para a Educação infantil na Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte.

Foi possível verificar que o trabalho realizado pela auditoria é essencial e deve ser desenvolvido com mais frequência e abrangência. Trabalho assim contribui para inibir a prática de atos ímprobos e de demais atos que desrespeitem a moralidade da coisa pública.

Conforme foi possível constatar, nas auditorias realizadas são encontradas boas práticas de controle nas entidades do terceiro setor objeto de análise, e este controle tem sido efetivo, contribuindo assim para elevar a credibilidade das entidades do terceiro setor no Estado de Minas Gerais, além de funcionar como inibidor das práticas irresponsáveis e ímprobos.

2.6 Responsabilidades dos gestores das entidades do Terceiro Setor e do ente público parceiro

O poder público, repassador de recursos públicos ao terceiro setor tem que se cercar de todos os cuidados, pois, se contribuir para a ocorrência de desvio de recursos públicos por estas entidades, pode responder, se comprovado o dolo e a má-fé, por improbidade administrativa, assim como ocorre com o representante da entidade colaboradora. A referida Lei, que sanciona condutas desta natureza, funciona como mecanismo de controle, pois devido às suas duras penalidades, inibe a prática de atos ímprobos, como será visto no próximo capítulo deste trabalho.

É lamentável noticiar que:

O repasse de recursos públicos viabilizado por determinadas autoridades parece estar condicionado, em muitos casos, a uma “contraprestação de favores pessoais” por parte da entidade contemplada com relação ao político, tornando-se muito com a existência de verdadeiros comitês eleitorais travestidos de entidades sociais, deixando de prestar serviços essenciais à população com a verba recebida para promover a campanha de políticos inescrupulosos. (NUNES, 2006, p. 150)

Tanto o dirigente da entidade privada sem fins lucrativos, quando o agente público responsável pelo repasse de recursos públicos e outros incentivos a essas entidades, sempre que praticarem atos que se amoldem nos dispositivos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, Lei. 8.429/92, estando presente o elemento subjetivo dolo, devem incidir sobre eles a referida Lei, e então devem ser punidos pelas sanções trazidas por este diploma normativo.

Desse modo, quando inexistir dolo, se provocado danos ao erário, os praticantes da conduta devem ser responsabilizados, mas não pela Lei 8.429/92, pois esta se aplica quanto existe má-fé do agente. Inexistente a má-fé, mas provocado danos, os causadores devem ressarcir ao erário, visto que, seja o dano provocado culposa ou dolosamente, o Poder Público não pode suportar prejuízos já que se trata de recursos públicos que pertencem a toda a sociedade.

Desse modo, torna-se relevante tratar da probidade Administrativa no direito brasileiro.

3 O PRINCÍPIO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A Administração Pública, seja direta ou indireta, deve se nortear observando os princípios consagrados na Constituição da República de 1988. Além dos princípios explícitos do artigo 37, *caput*, e de outros expressos ou implícitos no texto constitucional, a Administração deve obediência ao princípio da probidade administrativa, previsto no § 4º do citado artigo.

A moralidade, princípio constitucional elementar para guiar a conduta do agente público¹⁹, tem como escopo trazer as normas de condutas aceitáveis pela sociedade. De nada adianta o agente público agir observando a legalidade, bem como os demais princípios constitucionais, se a moralidade administrativa for desrespeitada. Uma conduta imoral, que foge os padrões cultuados pela sociedade, é inaceitável no ordenamento jurídico.

É relevante o apontamento feito pela estudiosa do assunto, Sirlene Arêdes:

A inserção do princípio da moralidade na Constituição de 1988 demonstra mudança social, ou seja, que a sociedade passou a se informar sobre a atuação dos agentes públicos e a exigir desta atuação que leve em consideração a finalidade dos poderes que lhes são outorgados. Exige-se do administrador, no trato da coisa pública, uma conduta que esteja de acordo com os valores que a sociedade entende como corretos, o que implica que as prerrogativas estatais somente podem ser usadas para atender ao interesse social e de acordo com a necessidade específica de cada caso. (ARÊDES, 2012, p. 85)

Além de o ato praticado pelo agente público ser pautado pela moralidade, a conduta por ele praticada deve observância à probidade administrativa.

Conforme leciona Sirlene Arêdes (2012, p. 87): “Daí pode se determinar que a moralidade refere-se a um conjunto de regras, já a probidade refere-se à qualidade de uma pessoa que obedece a essas regras.”

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2004, p. 119) destacam que “[...] probidade, assim significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.”

¹⁹ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Na visão de Carvalho Filho (2007, p.54) o princípio da probidade é o primeiro e talvez o princípio mais importante dos deveres do administrador público e defende que atuação deste deve pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, seja em face dos administradores, seja em face dos administrados, seja em face da própria Administração.

Depreende-se assim, que o agente probo é aquele que obedece as regras morais, daí percebe-se que a probidade é ferida quando o agente inobserva as regras que integram a moralidade administrativa, tendo para isso, agido com má-fé.

Desse modo, moralidade está interligada à probidade, podendo salientar que este princípio fortalece aquele.

O desrespeito à probidade resulta em condutas ímprobas do agente. Nesse contexto, Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 51) salienta que: “Improbidade é palavra derivada do latim *improbitate*, significando falta de probidade, desonestidade e desonradez.”

Neste sentido é válido salientar que a improbidade decorre de conduta que fere a moral, os preceitos éticos. Ela ocorre em função da inidoneidade, deslealdade e desonestidade do agente público. É possível notar que ser probo é ser honesto, demonstrando que a improbidade ocorre quando há intenção, má-fé e dolo na manifestação da vontade do agente.

Eurico Bitencourt Neto, neste sentido, assevera:

Quanto à configuração da ofensa à probidade administrativa, princípio consagrado entre nós como a moralidade administrativa formada pelos valores de honestidade, lealdade e boa-fé, presentes - diga-se, ainda que de passagem - em todo o âmbito do Direito, algumas conclusões relevantes foram assentadas. A primeira delas - conclusão inescapável do conceito formado - é que não se poderá configurar ato de improbidade sem que esteja presente conduta dolosa do infrator. **A consequência que daí se extrai é que ninguém é desonesto por imprudência, imperícia ou negligência.** (BITENCOURT NETO, 2005, p. 137; grifos acrescentados)

Neste enfoque, cumpre-se dizer que a Lei de Improbidade Administrativa não deve se aplicar às condutas culposas, uma vez que a previsão da Lei nesse sentido, contida no art. 10, é incongruente, pois culpa e improbidade são termos antagônicos, e desta forma, ninguém pode ser considerado desonesto por culpa.

A improbidade é definida por Waldo Fazzio Júnior:

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público que tem como fonte a má-fé

(FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 51).

Nesse sentido, Wallace de Paiva Martins Júnior preceitua que:

A probidade administrativa tem a função instrumentalizadora da moralidade administrativa e, no aspecto repressivo, significa a imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado, que pode ser qualquer uma das três espécies indicadas na Lei Federal n. 8.429/92 (MARTINS JÚNIOR, 2002, p.111).

Desta forma, constata-se que a improbidade administrativa consiste no exercício da função pública, com desobediência e desconsideração aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. A improbidade dá-se em decorrência de diversos fatores como a desonestidade, deslealdade, inidoneidade do agente público no exercício da função.

Os dirigentes de entidade do terceiro setor, bem como os servidores públicos cedidos a estas entidades devem executar as suas funções, sempre ancorados pela honestidade, com o objetivo de realizar os interesses públicos, sem almejar favorecimento pessoal ou de terceiros. A improbidade administrativa efetiva-se a partir do rompimento com a obediência dos deveres do cargo ou função que executa na Administração Pública, ou em entidades que a esta se equipara em razão do incentivo público que recebe.

Para Wallace Paiva Martins Júnior:

Improbidade em linhas gerais significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 113).

A improbidade administrativa por sua vez, consiste na desonestidade, ausência de ética dos agentes públicos, e sobretudo dos dirigentes de entidades do terceiro setor quando objetivam interesses privados em detrimento dos interesses da coletividade, ou interesses públicos que não condizem com o objetivo da Administração Pública, tampouco destas entidades, que por muitas vezes assumem o papel de colaboradoras do poder público.

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir da previsão do princípio da probidade administrativa na Constituição da República, reforça e valoriza o princípio da moralidade administrativa. Desta forma, é conferido ao povo o direito a uma Administração honesta e proba.

Quando ocorre a violação, desobediência ao princípio da probidade ocorre conseqüentemente a violação do interesse social, objeto da Administração Pública.

Nesse contexto, ocorre a improbidade administrativa, sendo válido fazer alguns apontamentos sobre esta relevante Lei, que tem como propósito punir os atos dissonantes com o princípio da probidade.

3.1 A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)

A Lei de Improbidade Administrativa foi editada para regulamentar a previsão contida no art. 37 da Constituição da República de 1988, no ano de 1992, num contexto de abalos à ética na Administração Pública brasileira. Os indícios de improbidade identificados naquela época culminaram no *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, responsável pela sanção da referida Lei.

Vale destacar que a improbidade passou por longa trajetória antes de culminar na edição da Lei nº 8.429/1992. Antes da elevação da probidade como princípio constitucional, eram punidas as infrações decorrentes de enriquecimento ilícito no exercício do cargo. A Constituição de 1824 previa a responsabilização dos Ministros de Estado por peita²⁰, suborno ou concessão. A Constituição Federal de 1891, por sua vez, tratou diretamente da improbidade administrativa, prevendo os crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade Administrativa e a guarda e o emprego dos dinheiros públicos, desde que fosse definido em lei especial.

O sequestro de bens de pessoas que causassem prejuízo à Fazenda Pública era previsto no Decreto nº 3.240/1941, Decreto este promulgado durante a vigência da Constituição da República de 1937/3

O sequestro e perdimento de bens também eram previstos na Constituição de 1946, quando ocorresse enriquecimento ilícito através de conduta realizada em razão da ocupação de cargo público. A Lei 3.164, chamada de Lei Pitombo-Godói Ilha, editada em 1957, reprimia a improbidade administrativa. A referida Lei regulamentou o perdimento de bens e o elevou juntamente com o sequestro, à norma constitucional.

²⁰ A peita pode consistir na prática ou execução do ato, como na omissão do ato, cuja prática constitui dever. (DE PLÁCIDO E SILVA, 2002, p. 597)

Em 1958 foi editada a *Lei Bilac Pinto*, Lei Federal nº. 3.502, disciplinando também o sequestro e perdimento de bens em decorrência de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

É válido destacar também a proteção do patrimônio público prevista na Lei de Ação Popular, Lei 4.717/65, que foi editada coadunando com os preceitos da Constituição promulgada em 1967.

É importante ressaltar que o Presidente da República passa a ter poderes para tomar as providências quanto ao perdimento de bens em decorrência de enriquecimento ilícito com a edição do Ato Institucional nº 5, editado em 1968, ocasião em que predominava o autoritarismo dos governantes.

Esse contexto histórico é bem lembrado por Wallace de Paiva Martins Júnior (2002, p. 171-181), quando aborda os antecedentes da tutela repressiva da improbidade.

A proteção da probidade fez esta trajetória, até que o relevante princípio fosse elevado ao patamar constitucional com a previsão no § 4º, do art. 37, da CR/1988. E em 1992 foi editada a Lei 8.429 prevendo os atos que culminam em improbidade administrativa e as sanções que se aplicam aos agentes que realizam estas práticas que agridem a Administração Pública.

E regular e sancionar os atos de improbidade administrativa é salutar no sentido de coibir e reprimir as práticas imorais e ímprobas e possibilitar a responsabilização daqueles que desrespeitam os preceitos da honestidade ao executar atos da Administração Pública. A referida Lei é importante instrumento de defesa do erário.

Cumprido destacar, uma vez que se estuda a improbidade no terceiro setor, que este é constituído pelas organizações da sociedade civil sem fins lucrativos que têm - ou deveriam ter - como premissa o desenvolvimento de ações de cunho cultural, assistencial, cidadania e outros.

Desse modo, sendo o terceiro setor formado por entidades que desenvolvem atividades de utilidade pública, colaborando com o poder público, podendo receber fomento do poder público, conforme descrição trazida pelo artigo

1º, Parágrafo único²¹ da Lei de Improbidade Administrativa, que elenca os sujeitos à referida Lei, o terceiro setor encaixa-se perfeitamente na abrangência da Lei.

Vale ressaltar que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa são os agentes públicos ou terceiros que colaborem com ações dos agentes ímprobos, seja induzindo, colaborando ou beneficiando direta ou indiretamente na prática dos atos de improbidade.

A referida Lei traz no art. 2º, a definição de servidor público. Daí percebe-se que o administrador das entidades sociais que integram o terceiro setor são considerados agentes públicos, sofrendo desta forma, a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Pode-se dizer que seria despautério se a Lei de Improbidade não se aplicasse a estas entidades, pois o poder público as elege como colaboradoras para realizar as atividades que muitas vezes, ele sozinho não consegue executar, e para fortalecer esse vínculo repassa recursos públicos a essas entidades, além de outros incentivos e benefícios fiscais, cessão de servidores e de bens. O terceiro setor ao vincular-se ao setor público, deve se responsabilizar pelos atos que executa, assim como se este fosse.

É válido lembrar que o ente público parceiro também se responsabiliza por suas ações de incentivo às entidades do terceiro setor, se qualquer ato ímprobo ocorrer, sem se esquecer das demais implicações a que está sujeito, dentre elas, as de ordem penal.

3.2 Sujeitos ativos e passivos da Improbidade Administrativa

Os sujeitos passivos da Improbidade Administrativa estão elencados no art.1º da Lei nº 8.429/1992, merecendo ser analisado para que possa ser identificada a presença das entidades do terceiro setor:

²¹ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. 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 repercutação do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL,2014)

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

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. (BRASIL, 2014)

Consoante o previsto neste dispositivo, percebe-se que, assim como a Administração Pública direta e indireta, as entidades que recebam recursos públicos devem ser abrangidas pela Lei de Improbidade Administrativa, estando, diante disso, compreendidas as entidades do terceiro setor.

Emerson Garcia leciona, acerca da identificação do sujeito passivo na LIA:

[...] deve preceder à própria análise da condição de agente, pois somente são considerados atos de improbidade, para os fins da Lei nº 8.429/92, aqueles praticados em detrimento:

- a) Da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal;
- b) De empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e
- c) Do patrimônio de entidade para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público. Partindo-se da concepção subjetiva adotada pelo art. 1º da Lei de Improbidade, o substantivo administração abrange o conjunto de pessoas jurídicas que desempenhem uma atividade de natureza pública, quer seja de forma direta, quer seja de forma indireta, isto independentemente da atividade finalística própria do poder do qual emanem (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou do lugar que ocupem na organização do sistema federativo. (GARCIA, 2004, p.3)

Conforme sabiamente salienta o doutrinador, serão considerados atos de improbidade administrativa os praticados nas circunstâncias acima descritas, podendo desta forma, identificar a abrangência das entidades do terceiro setor.

O citado autor ainda destaca:

As entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, qualquer que seja o montante, poderão ser igualmente atingidas pelos atos de improbidade. Face aos amplos termos do parágrafo único do art. 1º, deve-se-lhes dispensar uma interpretação condizente com a inafastável necessidade de proteção do erário, alcançando as entidades beneficentes que recebam isenções fiscais ou participem de quaisquer programas governamentais que

importem no repasse de subvenções; as empresas que auferiram incentivos creditícios sob a forma de empréstimos com a fixação de juros inferiores aos praticados pelo mercado; aquelas que figurem como donatárias de áreas públicas para a construção de parque industrial etc. (GARCIA, 2004, p. 4)

É possível notar, a partir destes comentários, a relevância da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos gestores das entidades que recebem fomento do poder público.

É importante salientar que a conduta do agente público constituirá improbidade administrativa quando a ação dos dirigentes das entidades referidas no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 8.429/1992, ocorrer em detrimento do patrimônio destas entidades, seja resultando em enriquecimento ilícito, causando prejuízos ao erário ou ofendendo aos princípios da Administração Pública.

Conforme previsão do art. 1º da mencionada Lei, quando ocorrer condenação por ato de improbidade que causa dano ao erário, a devolução determinada como penalidade deverá ser feita à própria entidade prejudicada, recompondo assim, o patrimônio da mesma.

No caso de subvenções, a improbidade que resulte dano ao erário, tem como consequência o ressarcimento dos valores recebidos ao órgão repassador, pois é deste o patrimônio violado.

Emerson Garcia identifica as razões jurídicas do enquadramento das entidades do terceiro setor com sujeitos ativos na LIA, ao afirmar que:

[...] por preencherem determinados requisitos, recebem um título próprio que lhes permite o enquadramento em um regime jurídico diferenciado, auferindo determinados benefícios previstos em lei, sendo este o elemento que as distingue das demais pessoas jurídicas de direito privado. (GARCIA, 2004, p. 6)

Vale lembrar que as entidades do terceiro setor que recebem incentivos fiscais também podem ter seus dirigentes responsabilizados em decorrência de ato ímprobo, lembrando que os prejuízos sofridos referem-se ao montante da renúncia fiscal.

3.3 Classificação dos atos de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa classifica os atos de improbidade administrativa, em seus artigos 9º, 10 e 11 respectivamente, da seguinte forma: a) atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público, b) atos que causam

prejuízo efetivo ao erário, e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Ao tratar da improbidade administrativa no terceiro setor, torna-se relevante apontar algumas das hipóteses de condutas que configuram improbidade administrativa, seja que cause enriquecimento ilícito, prejuízos ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

Vale lembrar que se o terceiro setor desenvolve e executa projetos sociais como parceiro do poder público, e em razão disso, deve observar os princípios que regem a Administração Pública. Neste sentido, deve atuar com idoneidade, seriedade, honestidade e ética no exercício de suas funções.

3.3.1 Enriquecimento ilícito

Os atos praticados pelo agente público, de maneira desonesta e imoral, podem proporcionar o enriquecimento ilícito do referido agente. Essa previsão está contida no artigo 9º²² da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê como ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, o recebimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade perante a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Desse modo, se o terceiro setor, conforme já ressaltado, figura como sujeito passivo da improbidade administrativa conforme prevê o artigo 1º, *caput*, e parágrafo único da referida Lei, se praticados pelos seus gestores, os atos que se amoldarem a este dispositivo e seus incisos, estão sujeitos às implicações da lei.

O inciso I do referido dispositivo legal prevê como ato de improbidade administrativa o recebimento pelo agente público, para si ou para outrem, de qualquer tipo de vantagem econômica indevida, direta ou indiretamente, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente, pagos por quem tenha interesse direto ou indireto na ação ou omissão funcional.

Assim, para que ato desta natureza ocorra é necessário que o agente público, no caso o dirigente de entidade do terceiro setor, que praticou o ato

²² Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei.(BRASIL, 2014)

funcional ou se omitiu esteja consciente de que realizou tal ato ou omissão em virtude do recebimento da vantagem indevida.

É válido destacar a previsão do inciso IV, do referido artigo, que prevê como improbidade administrativa a utilização de veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou que esteja à disposição da Administração Pública, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados pelas entidades da Administração Pública.

Conforme disposição do artigo 14 caput e parágrafos da Lei 9.637/98 que se refere à cessão de servidor para as Organizações Sociais, fica nítido que este deve atuar a serviço da entidade. Caso atue realizando interesses particulares, está sujeito à Lei de Improbidade Administrativa.

Esta modalidade de improbidade deve ser destacada, pois pode ocorrer tanto nas entidades da Administração Direita, Indireta, quanto nas entidades do terceiro setor, objeto deste estudo. O uso de veículos e máquinas para tratar de interesse próprio ou de terceiros é prática que pode ocorrer nas entidades sociais em nosso país. Cumpre destacar que o ato de improbidade se configura pelos dirigentes destas entidades, se os bens e equipamentos destacados tiverem sido cedidos ou adquiridos através dos instrumentos de parceria legalmente previstos para cada entidade do terceiro setor, seja convênios, termo de parceria ou contrato de gestão.

O legislador previu no inciso VII, do art. 9º, o cometimento do ato de improbidade pelo agente que adquire patrimônio que seja incompatível com as rendas, uma vez que as suas condições financeiras não permitem a aquisição do mesmo. O patrimônio é incompatível e desproporcional aos rendimentos percebidos em razão da função que exerce.

Nesse sentido, Marino Pazzaglini Filho destaca:

Incube na ação civil de improbidade a seu autor provar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e rendimentos em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública (PAZAGLINI FILHO, 2004, p. 71).

É importante salientar que esta modalidade de ilícito é difícil de ser comprovada, pois na maioria das vezes o patrimônio é colocado em nome de terceiros, dificultando o esclarecimento e comprovação da ilicitude, conforme Wallace Paiva Martins Júnior enfatiza:

A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou

valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a obtenção de bens ou valores para outrem e pune igualmente artifícios empregados para dissimular o enriquecimento ilícito, de modo que atinge a aquisição direta ou indireta (simulação, triangularização, utilização de esquema de lavagem de dinheiro, de testas-de-ferro, membros da família etc.) (MARTINS JUNIOR, 2002, p. 227).

O recebimento de vantagem econômica pelo agente público, para intermediar a liberação ou aplicação de verba de qualquer natureza, conforme dispõe o inciso IX, do artigo destacado, também configura ato de improbidade administrativa.

O inciso XI prevê como ato de improbidade administrativa quando o agente público incorpora a seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores públicos integrantes do acervo patrimonial da Administração direta, indireta e fundacional. Desse modo, a lei veda a liberação e a aplicação de verbas públicas sem obediência às previsões orçamentárias, conforme preconiza a CR/1988 e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, Lei Complementar 101/00, em seu art. 16, incisos e parágrafos. Sendo assim, tanto o gestor da entidade do terceiro setor, quanto o agente público do ente público, parceiro da mencionada entidade que praticar atos dessa índole estarão sujeitos à incidência da Lei de Improbidade Administrativa. O agente público, quando incorpora a seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores públicos integrantes do acervo patrimonial da Administração direta, indireta e fundacional, causando enriquecimento ilícito, pratica ato de improbidade administrativa previsto no inciso XI. Desse modo, se dirigente de entidade do terceiro setor incorpora em seu patrimônio, recurso público ou bens da entidade adquiridos com recursos provenientes do poder público, sofre as implicações da Lei, conforme referido dispositivo.

O uso em proveito próprio, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial da Administração Pública, compreendendo assim as entidades do terceiro setor, configura ato de improbidade administrativa que culmina no enriquecimento ilícito, previsto no inciso XII do art. 9º da LIA. Assim, se o dirigente da entidade desfrutar indevidamente de bens e valores públicos, mesmo que não tenha a intenção de agregá-los ao seu patrimônio, está sujeito às disposições do inciso XII do artigo em comento.

Nota-se que são várias as práticas que podem configurar improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, lembrando que o rol é taxativo.

3.3.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário

Foram aqui elencadas algumas das previsões da Lei de Improbidade Administrativa que causam danos ao erário, mais comuns de ocorrer no terceiro setor.

O artigo 10 da Lei 8.429/92 prevê os atos de improbidade administrativa que caracterizam lesão ao erário. Neste contexto, qualquer ação ou omissão do agente público, dolosa ou culposa, no exercício da função pública, que cause prejuízo efetivo ao patrimônio público, que compreenda perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos, configura-se ato de improbidade administrativa. Desse modo, o dirigente de entidade do terceiro setor que agir desta forma, sofrerá a incidência da referida Lei.

Este dispositivo legal prevê que a improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, ocorre se a ação ou omissão ocorrer em razão de dolo ou culpa.

É importante salientar o entendimento adotado nesta pesquisa de que a culpa está inserida inadequadamente no texto legal, e, portanto, como discutido anteriormente, não configura improbidade administrativa. Esta posição está sendo reconhecida pela jurisprudência mais recente, como ilustra o seguinte julgado do STF, que discutiu e entendeu pela necessidade de má-fé para a configuração de ato de improbidade administrativa:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. **ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE.** PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. STJ (BRASIL, 2011)²³

Sirlene Arêdes apresenta posicionamento neste mesmo sentido ao afirmar

²³ RESP 980706 – Relator Luiz Fux. Julgamento 03/02/2011 – Primeira Turma STF – Publicação 23/02/2011.

que:

[...] a improbidade administrativa exige a má-fé para ser configurada, de forma que apenas o desvio de finalidade, com intenção maliciosa, configura o ato de improbidade administrativa. O ato ilegal deve ser anulado e a conduta culposa ilegal do agente público deve ser punida, a punição, porém, por ato de improbidade administrativa somente pode ocorrer quando houver má-fé do agente. (ARÉDES, 2012, p.99)

Conforme previsão do inciso I, do art. 10, da LIA, o agente público que, no exercício da função pública, facilita ou concorre para que haja incorporação de bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio público ao patrimônio do particular, pratica ato de improbidade prejudicial ao erário. Assim, o dirigente de entidade do terceiro setor que pratica ato que se amolda a este dispositivo, pratica ato de improbidade administrativa.

O inciso II, do art. 10, da LIA, traz a permissão ou concorrência por parte de agente público no exercício da função pública, para que pessoa física ou jurídica privada use indevidamente bens ou valores públicos, como ato de improbidade que causa prejuízo ao erário. Tal ilícito se caracteriza em função da ação ou omissão, do agente público que tem sob sua responsabilidade esses bens ou valores da Administração Pública. Sendo assim, a entidade do terceiro setor que recebe recursos públicos e/ou bens do poder público enquadra-se perfeitamente nesta disposição legal, podendo cometer ato de improbidade administrativa.

A doação de bem público à pessoa física ou jurídica realizada por agente público, no exercício funcional, com inobservância das formalidades legais que regem a doação, proporcionando dano ao erário, conforme disposto do inciso III, do art. 10, da LIA, configura ato de improbidade, podendo desta forma, os gestores das entidades do terceiro setor que assim agirem, cometer este tipo de ato ímprobo.

Importante lembrar que a Administração Pública somente pode realizar a doação de bens imóveis após a desafetação desse bem, devendo atender o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal e na LGL – Lei 8.666/1993 em seu art.17 e seguintes. Para a realização desta doação, deve existir interesse público justificado, lei autorizativa, avaliação prévia e licitação na modalidade de concorrência. No que se refere a bens móveis deve, necessariamente, ser comprovada a finalidade social, ser realizada a avaliação, e autorizada, legalmente, a doação a particulares.

Nessa seara, a inobservância da finalidade pública e das formalidades legais,

por parte de agentes públicos responsáveis pela doação, pode desencadear dano patrimonial ao erário, que culmina na prática de ato de improbidade administrativa.

O inciso V, do art. 10 da LIA prevê como ato de improbidade administrativa lesivo ao erário a permissão ou facilitação da aquisição, permuta, aluguel de bem ou contratação de serviço particular por agente público, por quantia superior a de mercado, ou seja, por preço superfaturado. Esta modalidade de improbidade pode ocorrer no terceiro setor quando os referidos atos são realizados pelo dirigente da entidade, utilizando-se de recursos públicos, desrespeitando os valores de mercado. Os recursos públicos devem ser utilizados com responsabilidade, sem abusos e gastos exagerados ou superfaturados.

Previsão importante do inciso VII do art. 10 da LIA estabelece que a concessão ilegal de benefício administrativo ou fiscal com inobservância dos ditames legais e regulamentares configura-se ato de improbidade que causa prejuízo ao erário. A concessão de benefícios administrativos e fiscais, devido à incidência da redução da receita pública para que seja realizada, deve ter por objeto a finalidade pública e estar previsto legalmente. Devem observar a Legislação Tributária e a Lei de Responsabilidade Fiscal. O objetivo da LIA, nesta previsão, é punir o agente público responsável pela concessão de incentivos fiscais a entidade do terceiro setor, que sabe não ter finalidade pública, e que em razão disso, danos são provocados ao erário, pois a receita pública é reduzida.

De acordo com o inciso VIII, do art. 10 da LIA, a frustração do processo licitatório ou a dispensa indevida de licitação, configura ato de improbidade administrativa que acarreta prejuízo ao erário. Não havendo exigência de licitação no terceiro setor, entende-se que deve configurar improbidade quando é frustrado o procedimento de chamamento público previsto no Decreto nº 7.568/2011 para a escolha da entidade do terceiro setor a realizar parceria com o Poder Público. Entende-se também como ato de improbidade desta natureza, quando a entidade adquire bens ou serviços frustrando os princípios da Administração Pública e o regulamento próprio editado para este fim, como o referido Decreto que prevê o chamamento público como meio de escolha das entidades parceiras pelo poder público, e em decorrência disto, provoca danos ao patrimônio público.

Conforme o inciso IX, do mencionado artigo, a ordenação ou permissão para executar despesas públicas não autorizadas em lei configura improbidade administrativa. Assim, o agente público que autorizou ou ordenou a execução de

despesa pública em benefício ou a favor de entidade do terceiro setor, sem a devida autorização legal deve ser responsabilizado por improbidade administrativa. As despesas públicas devem ser realizadas observando os limites previstos no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, respeitando as disposições do art. 16, incisos e parágrafos da Lei de Responsabilidade Fiscal e dos Títulos I, II e III da Lei 4.320/64.

O agente público que agir com negligência na arrecadação de receitas tributárias ou na conservação do patrimônio público comete ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, tal como previsto no inciso X, do 10 da LIA. No que tange à preservação do patrimônio público, vale lembrar que as entidades do terceiro setor que passam a ser permissionárias de bens públicos, estão sujeitos às implicações da Lei. No que concerne à preservação desse patrimônio é dever do agente público, no caso os dirigentes da entidade privada parceira, conservá-lo, impedindo a sua deterioração ou abandono.

A imprescindibilidade de um controle eficiente é destacada por Emerson Garcia, ao afirmar que:

A tão alvitrada transparência, por sua vez, somente será preservada com a apresentação dos projetos que serão empreendidos pela pessoa jurídica beneficiada, a exigência de prestação de contas e a realização de uma fiscalização adequada, possibilitando o controle do destino dado ao dinheiro público. Não empreendidas essas providências e sendo causado dano ao patrimônio público, será possível perquirir a responsabilidade do agente desidioso, conforme resulta claro do art. 10, X, da Lei n. 8.429/92 (agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público).

Conforme dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 45²⁴, a liberação ilegal de verba pública e a influência de qualquer forma para sua aplicação irregular configura-se ato de improbidade administrativa que importa prejuízo ao erário.

O inciso XII do art. 10 da LIA dispõe que a permissão, facilitação ou

²⁴ Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. Parágrafo único. O Poder Executivo de cada ente encaminhará ao Legislativo, até a data do envio do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, relatório com as informações necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, ao qual será dada ampla divulgação. (BRASIL, 2014d)

concorrência para o enriquecimento ilícito de terceiro, configura ato de improbidade prejudicial ao erário. O dispositivo visa punir quem permite o enriquecimento ilícito com violação dos cofres públicos. Os gestores das entidades do terceiro setor que possibilitam o enriquecimento ilícito de terceiros através dos recursos públicos lhe repassados, bem como o gestor público repassador de recursos à entidade que permite, facilita ou concorre para o enriquecimento ilícito com utilização desses recursos, praticam ato de improbidade administrativa que se amolda neste dispositivo.

O inciso XIII do citado artigo traz como hipótese de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, a permissão, utilização em obra ou serviço particular, de veículos, de máquinas, de equipamentos ou de quaisquer materiais de propriedade ou à disposição da Administração Pública, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados pelas entidades da Administração Pública, elencados no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, abarcando assim, as entidades do terceiro setor nas hipóteses em que práticas dessa natureza ocorram.

3.3.3 Atos de improbidade decorrentes da ofensa aos princípios da Administração Pública

O artigo 11 da Lei 8.429/92 prevê como ato de improbidade administrativa, o comportamento violador aos princípios que regem a Administração Pública, reforçando o disposto no art. 37 da CR/1988. Protege também, através de rol exemplificativo, o dever de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, conforme assevera Wallace Paiva Martins Júnior: “A enumeração legal dos princípios constantes é mera exemplificação”. Traduzem de forma bem ampla a preocupação com a violação ao princípio da moralidade administrativa”. (2002, p.263).

Como já discutido anteriormente na seção deste trabalho que aborda os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário, vale dizer que, também nesta hipótese de improbidade administrativa é essencial que a ação ou omissão funcional do agente público seja dolosa, ou seja, para configurar ato de improbidade que atenta contra princípio que rege a Administração Pública, o agente tem que agir de forma ilícita, ciente da antijuridicidade do seu comportamento, consciente de que

está transgredindo determinado princípio constitucional. Assim, os atos ilegais que não sejam decorrentes de desonestidade ou má-fé, e sim da inabilitação, despreparo escusável do agente público constituem irregularidades anuláveis, não configurando ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, ilustrativa a decisão do STJ, nos autos do Recurso Especial nº 534575, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, que demonstrou a necessidade da existência de conduta dolosa para que a ofensa aos princípios da Administração Pública configure ato de improbidade administrativa:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART.11 DA LEI 8.429/92).

1. O tipo do artigo 11 da lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa.
2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.
3. Recurso especial provido. (BRASIL, 2004, p.205)²⁵

O art. 11 visa proteger as condutas que não implicam caráter material, como se dá com os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e àqueles que causam prejuízo ao erário, e sim, valores morais e éticos da Administração Pública.

A violação dos princípios da Administração Pública implica na desonestidade, mesmo que não produza nenhum efeito negativo ao patrimônio Público no âmbito financeiro. Essa inobservância e violação do dever de boa administração desencadeada pela ação ou omissão que viola os princípios norteadores da Administração Pública implicam em ato de improbidade administrativa.

Assim como a Administração Pública direta e indireta, as entidades do terceiro setor, em razão da relação que possuem com o poder público, devem observância aos princípios que regem a Administração Pública, sob pena de responsabilização de seus gestores por improbidade administrativa, assim como assevera a Lei nº 9.790/1999 em relação às OSCIPs:

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 interessada sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da

²⁵ REsp n. 534575 – Paraná. Relatora Ministra Eliana Calmon – DJ 29-3-2004, p.205.

eficiência. (BRASIL, 2014b, p. 2)

Constitui ato de improbidade administrativa, previsto no inciso I, do art. 11, da LIA, o ato do agente público visando fim contrário à Administração Pública. Desta forma, ocorre o abuso de poder ou de finalidade, pois os limites da competência funcional do agente público são ultrapassados, desviando das finalidades da Administração Pública, que visa ao interesse coletivo. Essa violação fere o princípio da moralidade administrativa. Corroborando esta assertiva, Hely Lopes Meirelles leciona que: “O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público.” (MEIRELLES, 2003, p.109)

O inciso II traz como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, o retardamento ou omissão de ato de ofício sem justificativa legal. É responsabilizado por essa conduta o agente público que retarda ou omite intencionalmente deixando de executar as atribuições funcionais para as quais é competente. A prática dessa conduta implica em improbidade administrativa violando a honestidade e a lealdade.

A norma contida no inciso III aponta que a revelação de fato ou circunstâncias em que o agente público tem conhecimento em razão das atribuições, e que deva permanecer em segredo, implica ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública. O agente age rompendo com o dever de lealdade que deve ter à Administração. A regra é a prevalência da publicidade, mas existem alguns atos da Administração que não podem ser divulgados, configurando a exceção ao princípio da publicidade.

Eurico Bitencourt Neto aponta que:

A ofensa à publicidade, quando o agente subtrai dos atos oficiais – inciso IV – demonstra deslealdade não com o Estado, mas com os cidadãos, a quem deve sempre o administrador prestar contas de sua conduta. A publicidade é valor central da Moral administrativa (BITENCOURT NETO, 2005, p. 126).

O agente público que violar o princípio da publicidade comete ato de improbidade administrativa, conforme prevê o inciso IV. O agente que age dessa forma é desleal com a sociedade que tem o direito de obter informação acerca dos atos da Administração Pública, ferindo a publicidade, transparência, lealdade e a moralidade. Prática dessa índole ocorrida nas entidades do terceiro setor também resulta improbidade administrativa, já que tem relação com o Poder Público,

conforme preconiza a Lei nº 12.527/2011 no art. 2º e parágrafo único.

É possível perceber que o princípio da impessoalidade é violado com muita frequência, visto que há relatos na literatura e na imprensa de entidades que são montadas por parentes ou amigos dos responsáveis pela ordenação das despesas, com o objetivo de receber os recursos e aplicar em finalidade diversa daquela proposta., como poderá se observar na seção deste trabalho que faz a análise da jurisprudência mineira.

Nessa seara, Andrea Nunes afirma:

A casuística revela entre as práticas mais comuns de infrigência ao art. 11 da Li 8.429/92 mediante o uso de entidades do Terceiro Setor a inobservância ao princípio da impessoalidade através do benefício financeiro a entidades cujas diretorias mantenham relações de parentesco, amizade ou vínculos políticos com os ordenadores de despesa responsáveis. Chega a existir a “montagem” de entidades casuísticas às pressas com filhos, genros, chefes de gabinete e esposas de ordenadores de despesas unicamente com o fito de receber tais recursos. Quando ocorre tal circunstância, teremos, no mínimo, violação ao princípio da impessoalidade e desvio de finalidade do ato administrativo, cuja motivação, como é óbvio, não atenderá ao interesse público, merecendo o aprofundamento da investigação a fim de verificar a hipótese de enriquecimento ilícito do agente através desta entidade. (NUNES, 2006, p. 178)

Desse modo, ações desta natureza devem ser sancionadas com base na Lei de Improbidade Administrativa, e as sanções, de fato, aplicadas, reprimindo com veemência tais práticas.

No que tange à prestação de contas, quando o agente público esteja obrigado a realizá-la e não o faz, pratica ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios conforme disposto no inciso VI, pois todos aqueles que administram a coisa pública têm o dever de prestar contas. Essa prática pode ocorrer nas entidades do terceiro setor se elas deixarem de prestar contas aos órgãos públicos parceiros, que repassam de recursos públicos e demais incentivos previstos nos instrumentos de parceria. A exigência de prestação de contas tem por escopo fiscalizar a aplicação dos recursos públicos, visando à preservação da probidade administrativa.

É possível perceber através das informações trazidas pelos meios de comunicação, que diversas entidades do terceiro setor recebem elevadas quantias provenientes do poder público, sendo a prestação de contas essencial para a fiscalização da destinação desses recursos. E a ausência ou inadequação de prestação de contas compromete o controle dessas entidades parceiras, o que

consequentemente afeta o poder público e a sociedade.

Nesse contexto, a atuação dos órgãos de controle, notadamente do Ministério Público, é fundamental, tanto no sentido de exigir a prestação de contas, quanto no sentido de buscar a punição dos responsáveis, por improbidade administrativa.

3.4 Sanções da Lei de Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa atribui aos agentes públicos que praticam atos de improbidade em detrimento da Administração Pública direta ou indireta bem como das entidades privadas que recebem incentivos públicos para atuarem como parceiras do poder público, reprimendas sancionatórias variadas.

As sanções aplicáveis aos agentes públicos que praticam atos de improbidade administrativa, bem como aos gestores de entidades do terceiro setor que a estes de equiparam, estão previstas no artigo 37, § 4º da CR/1988 e na Lei 8.429/92 em seu artigo 12²⁶.

A LIA, com base no art. 37, §4º, da CR/1988 prevê como sanções: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, o ressarcimento integral do dano, a perda dos bens obtidos irregularmente, a multa civil e a proibição de

²⁶ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 2014c)

contratar com a Administração Pública e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Faz-se necessário que as sanções sejam aplicadas observando a proporção e a gradação de acordo com a potencialidade do ilícito praticado, ressaltando a aplicação indistinta de todas as sanções. Não é possível a exclusão das sanções previstas legalmente, tampouco a redução ou aumento da pena em desconformidade com os limites estabelecidos pela lei. Desta forma, identificados os atos de improbidade administrativa, as sanções devem ser aplicadas.

As sanções estão previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa e são de natureza política, política-administrativa e civil, sendo cumulativas conforme assevera Wallace de Paiva Martins Júnior (2009, p.304): ‘ As sanções do art. 12 da Lei Federal n. 8.429/92 são cumulativas, não cabendo cogitar de alternatividade, portanto não se estabeleceu critério propício nesse sentido’.

Desta forma, a norma estabelece as sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa, ressaltando também a possibilidade de aplicação de sanção penal cabível.

Neste contexto, o agente público que pratica apenas um ato de improbidade administrativa pode sofrer várias sanções de diferentes espécies.

34.1 Suspensão dos direitos políticos

A CR/1988 garante como direito fundamental de todo cidadão, o exercício dos direitos políticos, constituindo desta forma, direito de cidadania.

Ocorre que o legislador, visando à probidade administrativa, estabelece como sanção político-civil àqueles que a violam, a suspensão dos direitos políticos. Esta suspensão cessa com o término do prazo fixado na sentença civil que aplicou a referida penalidade.

A referida espécie de sanção é autônoma e imposta no juízo civil decorrente de sentença que julga procedente a ação de improbidade administrativa, e se efetiva com o trânsito em julgado da sentença, prevalecendo durante o período por ela fixado. Cumprido o tempo determinado, restabelece os direitos políticos suspensos.

A suspensão dos direitos políticos varia de acordo com a espécie de ato de improbidade cometido. No que tange ao enriquecimento ilícito, a suspensão dos direitos políticos varia de um período de 8 a 10 anos. Nos casos de lesão ao erário a

suspensão dos referidos direitos varia de 5 a 8 anos e nas hipóteses em que ocorre a violação aos princípios que regem a Administração Pública, o período de suspensão pode compreender entre 3 a 5 anos.

3.4.2 Perda da função pública

A perda da função pública é espécie de sanção estabelecida pela Lei de Improbidade Administrativa que alcança todas as espécies de atos de improbidade.

Tal punição consiste na ruptura ou cessação do vínculo jurídico do agente público com o órgão ou entidade da Administração Pública. O agente público perderá a função pública após o trânsito em julgado da sentença que aplicou tal penalidade. Se o referido agente exercer mais de uma função pública perderá todas elas.

Vale salientar que a perda da função pública está relacionada com a suspensão dos direitos políticos. Desta forma, aquele agente público penalizado com a suspensão dos direitos políticos não poderá exercer qualquer função pública.

Cumpra-se destacar que o agente repassador de recursos públicos à entidade do terceiro setor, condenado por ato de improbidade administrativa, bem como o servidor público cedido a essas entidades que cometem atos desta natureza, estão sujeitos à perda função pública.

3.4.3 Ressarcimento integral dos danos

O agente público que causa danos ao erário, englobando aqui os gestores de entidades do terceiro setor, pratica ato de improbidade administrativa que culmina no dever de ressarcir integralmente o dano provocado. Pode-se dizer que o ressarcimento do dano possui natureza indenizatória, se aplicando a todas as modalidades de atos de improbidade administrativa.

Cumpra-se dizer que a reparação do dano é obrigatória, quando ocorre em função de ato de improbidade lesivo ao erário, e quando proveniente de ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito, a reparação do dano é condicionada à efetiva comprovação do prejuízo patrimonial. No que tange aos atos de improbidade que violam os princípios da Administração Pública, o ressarcimento refere-se unicamente, ao dano moral.

Sendo assim, independentemente da modalidade do ato de improbidade praticado, qualquer lesão ao patrimônio público praticada pelo agente público com má-fé, seja no âmbito da Administração Pública, seja na gestão de entidades do terceiro setor implicará no ressarcimento do dano, que deve afetar o direito de propriedade do agente ímprobo. O gestor da entidade do terceiro setor, bem como o agente repassador de recursos públicos a estas entidades, se cometerem atos ímprobos que lesionam o patrimônio público, devem ressarcir os danos provocados.

3.4.4 Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

Nesta espécie de sanção, os bens obtidos pelo agente público provenientes de ato de improbidade administrativa, devem ser excluídos do seu patrimônio. Faz-se necessário a comprovação do nexo causal entre a aquisição dos referidos bens e a função pública executada pelo agente para que essa penalidade seja aplicada.

Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior destaca:

A perda só tem lugar em razão da ilicitude ou da imoralidade do enriquecimento. O perdimento alcança o objeto do enriquecimento ilícito, bem como seus frutos e produtos. Se os bens são fungíveis (como o dinheiro), incide, se consumidos, sobre o equivalente existente no patrimônio do infrator (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 10)

Pode dizer-se, assim, que as consequências mais evidentes levam o agente ímprobo a perder os bens e valores adquiridos ilicitamente, que por sua vez não faziam parte do patrimônio do referido agente, autor do ato ilícito. As mesmas implicações sofrem os dirigentes de entidades do terceiro setor condenados pelo cometimento de atos de improbidade administrativa. Apesar disso, este não sofre perda em seu patrimônio, pois apenas restitui os bens e valores adquiridos ilicitamente, em detrimento do poder público.

3.4.5 Multa Civil

A multa civil é penalidade de natureza pecuniária aplicável a todas as modalidades de atos de improbidade administrativa, sendo graduada de acordo com as espécies, devendo-se observar a natureza e a gravidade do ato praticado. Desse modo, o dirigente de entidade do terceiro setor está sujeito a esta penalidade.

O julgador da ação de improbidade, ao reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e condenar o agente ímprobo por esse ilícito, não se pode eximir de aplicar a multa civil, excluindo-a da sentença. A multa é paga pelo agente ímprobo, sendo revertida à entidade pública, vítima do ato de improbidade praticado.

3.4.6 Proibição de contratar com o poder público

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa prevê que os agentes públicos que cometem atos ímprobos devem ser sancionados com a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A referida sanção se aplica na seguinte proporção: por um período de 10 (dez) anos, nos casos de improbidade que culminam no enriquecimento ilícito; 5 (cinco) anos, quando o ato de improbidade acarreta prejuízo ao erário e 3 (três) anos quando o ato de improbidade é decorrente da violação de princípios da Administração Pública.

Marino Pazzaglini Filho entende que:

Essas medidas punitivas administrativas devem constar expressa e motivadamente graduadas na sentença que julgar procedente a ação civil de improbidade administrativa, e sua extensão extrapola o âmbito do ente lesionado, estendendo-se a todos os entes da Federação, seus Poderes e seus organismos da administração direta e indireta (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p.150)

Vale destacar que esta sanção atinge todos que obtiveram ou concorreram para a obtenção de benefício em decorrência de ato ímprobo.

Desse modo, é possível inferir que a entidade do terceiro setor que tiver o seu gestor condenado por ato de improbidade administrativa, não poderá celebrar parceria com o poder público.

3.4.7 Responsabilidade penal

Vale salientar que um ato ilícito praticado pelo agente público pode configurar ato de improbidade e crime, simultaneamente. Nesta seara, deve ser

instauradas, respectivamente, ação civil pública e ação penal, pois há possibilidade de concomitante tramitação das referidas ações.

Nota-se que quase sempre os atos de improbidade administrativa constituem ilícitos penais, independentemente de constituir ilícito de índole civil, política ou administrativa.

4 APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR, NA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA

Depreende-se que a incidência da Lei de Improbidade Administrativa no terceiro setor é da mais significativa importância, visto que as entidades que o integram realizam as parcerias com o Estado com o propósito de aliado a ele, promover as políticas públicas, lembrando que para isso, recebem fomento do Poder Público.

Como visto nos capítulos anteriores, se as entidades do terceiro setor executam atividades de interesse social e para isso recebem incentivo público, devem, portanto, observar os princípios que regem a Administração Pública, desse modo, estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa pode incidir quando houver repasses de subvenções sociais sem lei específica e sem observar a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei 4.320/64²⁷.

A improbidade também pode estar presente quando as doações feitas ao terceiro setor sejam ilegais, bem como quando ocorrer fraudes na realização do procedimento de escolha da entidade parceira pelo poder público, e de aquisição de bens e serviços pela entidade.

Importante destacar a necessidade de observar os requisitos para a renúncia fiscal do poder público, sob pena de enquadrar a entidade que inobservá-los nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa em função de causar dano ao erário.

Diante da imprescindibilidade das entidades do terceiro setor, torna-se salutar resgatar a credibilidade do sistema, visto que este é bom e o Estado necessita de apoio; mas o que não pode continuar ocorrendo são os repasses de dinheiro público sem critérios justos e razoáveis, e a ineficiência e ausência de efetividade dos mecanismos de controle existentes que afastam o terceiro setor da incidência da lei de improbidade administrativa.

²⁷ Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito.

Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

Cumpra-se dizer, que analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a partir de seleção fornecida pela COPEQ-TJMG, foram analisadas 14 (quatorze) jurisprudências no que tange à improbidade administrativa no terceiro setor. Nos casos levantados foi possível perceber que as demandas nesse sentido apreciadas e julgadas pelo referido Tribunal nos últimos anos, no período de 2000 a 2013, se refere ao uso irregular de entidades do terceiro setor para promoção pessoal e favoritismo político. Nota-se a presença de desvio de finalidade pela entidade privada realizado a partir de repasses de verbas públicas com o fim diverso do interesse público, promoção pessoal e favoritismo político de parentes, gestores das entidades.

Nesse sentido vale citar trecho do Acórdão nº. 1.0433.10.012627-8/001 do TJMG, que discorre sobre fato ocorrido em Montes Claros-MG, em que o filho do Prefeito Municipal se tornou diretor de uma entidade, uma equipe esportiva, que recebia recursos públicos do município e através desta se promoveu e foi eleito Deputado Estadual:

EMENTA: Ação Civil Pública por ato de improbidade- enriquecimento ilícito imputado aos dois réus – fortes indícios de improbidade – motivos que demonstram desvio de finalidade e de uso indevido de verba pública – indisponibilidade de bens mantida.

Há farta documentação comprobatória de que houve o repasse é, em processo anexo, considerou-se o repasse de verbas ao time de vôlei, associação particular, quando o filho do prefeito era diretor, constitui – em primeira análise – violação do art. 100 da Lei Orgânica do Município de Montes Claros que contém vedação expressa. (TJMG, 2014)

Nesse contexto, foi determinada a indisponibilidade dos bens dos envolvidos, como pode se verificar, o que é contestado no mencionado Agravo:

Luiz Tadeu Leite e Luiz Tadeu Martins Leite agravaram da decisão interlocutória que em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Prefeito de Montes Claros Luiz Tadeu Leite, do então Secretário Municipal de Juventude, Esporte e Lazer Sebastião Wellington Pimenta (ora agravante) e do Deputado Estadual Luiz Tadeu Martins Leite, determinou a indisponibilidade de bens dos agravantes.

Nota-se que o Chefe do Executivo firmou parceria com entidade privada que tinha o filho, pretendo candidato a Deputado Estadual, e de fato eleito, como dirigente da entidade, que se apresentou na campanha eleitoral como idealizar da entidade, equipe de vôlei. Do relato do acórdão extrai-se a informação de que

Consta que, em 10.08.2009, poucos dias após a assinatura do convênio, o terceiro réu – filho do primeiro, conhecido como “Tadeuzinho” firmou “Termo de Adesão de Prestador de Serviço Voluntário” com a FUNADEM com a finalidade de agir nas atividades de direção da Equipe de Vôlei”.

Em razão de conduta dessa índole, sérios prejuízos ao erário podem ter ocorrido, num montante de R\$330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), levando a crer que ato de improbidade foi praticado tanto pelo repassador dos recursos, quanto pela entidade fomentada.

Vale destacar que recentemente, no dia 6 de fevereiro de 2014, quando o presente trabalho já caminhava para a finalização, o Juiz da Comarca de Montes Claros proferiu sentença condenando Luiz Tadeu Leite, ex-prefeito de Montes Claros e o filho, Luiz Tadeu Martins Leite, Deputado Estadual, por improbidade administrativa. A condenação se deu em razão de repasse de verba a time de vôlei em 2009, conforme salientado.

A sentença foi proferida pelo Juiz Lailson Braga Baeta Neves da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros. É válido destacar alguns trechos da decisão:

“valer-se de um convênio legalmente aprovado para apresentar-se publicamente como responsável pelos resultados da campanha do time em questão, assumindo-se como diretor da instituição, viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas”. (TJMG, 2014)

Nota-se que com a conduta praticada pelos acusados, sentenciados em 1º Instância, feriram todos os princípios da Administração Pública, além de provocar danos ao erário. Desse modo, está presente um flagrante desrespeito à Administração Pública e à sociedade.

Quanto às sanções aplicadas, cumpre-se destacar trechos finais da sentença:

Considerando os fatos constantes dos autos e fundamentação constante nos mesmos, julga parcialmente procedente o pedido inaugural para condenar Luiz Tadeu Leite à suspensão dos direitos políticos, em face da gravidade dos fatos, por cinco anos, mais o pagamento da multa no valor de 50 vezes ao valor percebido pelo prefeito municipal (cargo que ocupava à época dos fatos), bem como a proibição de contratação com o poder público e recebimento de benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que através de pessoa jurídica que seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

“Luiz Tadeu Martins Leite à suspensão dos direitos políticos, em face da gravidade dos fatos, por cinco anos, mais o pagamento da multa no valor de 50 vezes ao valor percebido pelo deputado estadual (cargo que exerce atualmente e que era o alvo de sua conduta) bem como a proibição de contratação com o poder público e recebimento de benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que através de pessoa jurídica que seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (TJMG, 2014)

Tal fato ilustra acontecimentos desta natureza que ocorrem em todo o país, conforme se tem notícia através da imprensa, mas a partir do momento em que a responsabilização se tornar efetiva, essas práticas diminuirão. A decisão proferida no caso exposto, ainda é de 1ª Instância, sendo passível de recurso, mas o que se espera é que se a improbidade ocorreu, os responsáveis sejam devidamente responsabilizados. A aplicação da Lei pelo Judiciário funciona como controle dos atos de improbidade, inibindo a prática desses atos.

Cumpra-se dizer que 2 (duas) outras jurisprudências analisadas demonstram a ocorrência de improbidade em razão da inobservância de princípios da Administração Pública em que os gestores públicos beneficiaram familiares com bolsas de estudos viabilizadas através de convênio celebrado com entidades particulares que desenvolvem atividades educacionais.

Vale salientar que irregularidades no que se refere a repasses de recursos públicos pelo poder público ao terceiro setor, sem autorização legislativa, ocorre com certa frequência, visto que 3 (três) das jurisprudências analisadas, apresentam irregularidades desta natureza, desrespeitando os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, caracterizando despesa ilícita e lesiva aos cofres públicos. Muitas vezes são feitas leis posteriores ao Convênio, ratificando-os, o que tem sido aceito pelo TJMG, desde que comprovado o uso do recurso na finalidade proposta.

Nesse sentido vale apontar o acórdão nº 1.0476.10.000079-5/001 que não acolheu o pedido de reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa, uma vez que lei municipal ratificou o repasse de recursos feito às entidades privadas.

Destaca-se trecho do acórdão que salienta:

A doação de dinheiro público a pessoa jurídica de direito privado sem a demonstração de que foram respeitados os princípios consagrados no art. 37 da CF, causa prejuízo irreparável, pois o mesmo montante poderia ser aplicado em áreas prioritárias da Administração. Entretanto, não há como acolher o pedido de reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa se lei municipal posterior (válida) ratificou e legitimou a conduta do Chefe do Executivo que beneficiou as

entidades privadas aqui nominadas, bem como o agente político que a concretizou. (TJMG, 2014)

Ainda vale destacar o trecho do acórdão que demonstra que uma das entidades que recebeu recursos públicos nesta parceria citada, foi condenada à restituição dos valores que lhe foram destinados, uma vez que a Lei que ratificou o repasse não abarcou a referida instituição:

Com relação ao Lar dos Velhinhos, apesar da existência de prova do repasse de verba, a entidade não foi incluída dentre aquelas cujos procedimentos foram ratificados pela Lei Municipal nº 1842/2010.

Cingindo-se o pedido formulado pelo autor à declaração de nulidade das regras contidas nas leis municipais e à condenação do Prefeito Municipal ao ressarcimento ao erário dos valores repassados e ratificados, foi correta a sentença em julgar parcialmente procedente o pedido, condenando-o à restituição dos valores destinados a esta última entidade – o Lar dos Velhinhos. (TJMG, 2014)

O que se percebe é que fato desta natureza ocorre devido à ausência ou ineficiência de controle e fiscalização pela Administração Pública, no intuito de verificar o procedimento de repasses de recursos públicos destinados à entidade privada, visto que muitas vezes os gestores públicos para simplificar o procedimento de repasse, agem com irresponsabilidade.

Foi possível verificar que algumas demandas acerca da ocorrência de improbidade administrativa no terceiro setor chegaram ao Tribunal de Justiça de Minas em 2013, o que alerta para maior fiscalização dos órgãos públicos e das entidades do terceiro setor para evitar irregularidades dessa monta. Lembrando que além da necessidade de autorização legislativa, deve existir previsão orçamentária e observância dos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nota-se que os questionamentos acerca da improbidade nesses casos destacados têm ocorrido mais recentemente, o que demonstra que a fiscalização tem avançado, e que a sociedade não tolera a impunidade daqueles que fazem mal uso do dinheiro público.

Cumprir dizer que nos anos anteriores, no período compreendido de 2000 a 2010, eram quase inexistentes questionamentos quanto à improbidade administrativa no terceiro setor no Tribunal de Minas, diante da seleção feita pelo COPEQ do TJMG. O que se tinha com frequência eram demandas de improbidade em decorrência de celebração de convênios entre o poder público e Fundações Federais, Estaduais e Municipais, sendo que das 14 (quatorze) jurisprudências

analisadas, 5 eram nesse sentido, sendo 4 (quatro) delas referentes a convênios celebrados pelo poder público com a FUNASA e referente a irregularidades em procedimentos licitatórios para realização de repasses de verbas para realização de shows artísticos por empresas de publicidade, forte esquema de superfaturamento de notas e fraudes em licitações, resultando no desvio de dinheiro público, sendo identificadas 2(duas) jurisprudências nesse sentido

Vale apontar alguns dizeres do Acórdão nº 1.0123.04.008847-8/001, que verificou irregularidades no convênio celebrado pelo município de Capelinha com a Fundação Federal, identificando a malversação de recursos públicos:

Cabalmente comprovada nos autos a malversação de recursos públicos obtidos por meio de convênio celebrado com Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, em decorrência de irregularidades na contratação da empresa prestadora de serviços e na execução parcial das obras de instalação de módulos sanitários, impõe-se manter a condenação do ex-prefeito a ressarcir aos cofres municipais a importância equivalente aos serviços não executados. (TJMG, 2014)

Dos dados coletados e analisados percebeu-se que demandas desta natureza começam a chegar no Judiciário, e que a Lei incide sobre essas entidades, e que a aplicação da mesma tem se tornado efetiva, caminhando o Judiciário para atuar como forte mecanismo de controle externo dos atos de improbidade administrativa, mas para isso os demais institutos de controle devem funcionar, sobretudo o controle social.

No que tange ao controle jurisdicional das relações da Administração Pública com as entidades do terceiro setor, Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 384) conclui: “O controle jurisdicional da administração pública, no que diz respeito às relações desta com as entidades privadas sem fins lucrativos, parece estar distante do limite excessivo ao exercício do poder discricionário dos gestores públicos. Ao contrário, tal controle é incipiente.”

Nesse enfoque, vale dizer que aprofundar o estudo da improbidade administrativa no terceiro setor é imprescindível no sentido de possibilitar maior controle das ações das entidades que compõem esse setor, e, sobretudo inibir as práticas imorais, irresponsáveis e ímprobas, já que somente com o controle impessoal, eficiente e efetivo pode inibir a prática desses atos, e possibilitar a aplicabilidade da lei às entidades que estiverem em dissonância com os preceitos do referido diploma normativo. Essas ações permitem tornar mais eficaz, o controle

externo realizado pelo Poder Judiciário, por intermédio da ação de improbidade administrativa.

5 CONCLUSÃO

A Lei de Improbidade Administrativa consiste em importante mecanismo de controle preventivo e repressivo das condutas ímprobas na Administração Pública, sobretudo nas entidades do terceiro setor que atuam como colaboradoras do Poder Público, devendo necessariamente, obediência aos princípios que regem a Administração Pública.

As implicações da Lei de Improbidade Administrativa são rígidas, pois prevê penalidades severas para os agentes que a desrespeita, por isso serve como mecanismo inibidor de práticas desonestas.

Cumprido destacar que a Lei de Improbidade apesar de sua magnitude, e de incidir sobre as entidades do terceiro setor, conforme se confirma no art. 1º e parágrafo único da LIA, é pouco aplicada aos gestores destas entidades quando ocorre prática de condutas ímprobas.

A partir do estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acerca da aplicação da Lei às entidades do terceiro setor foi possível perceber que diante do elevado número de entidades desta natureza existentes, e das notícias de irregularidades e desmandos de dinheiro público são poucas as ações de improbidade visando a responsabilização dos agentes destas entidades por improbidade administrativa.

Desse modo, pode se avaliar que no âmbito do Estado de Minas Gerais a maioria das ações de improbidade ajuizadas resulta em condenações, afastando desse modo, a impunidade. Percebe-se que demandas dessa natureza chegam de fato ao Judiciário mineiro, quando, na maioria dos casos, os indícios são fortes, resultando quase sempre na condenação.

Apesar das informações coletadas, ainda há dúvidas sobre a questão da improbidade administrativa no terceiro setor: será que as demandas acerca de improbidade administrativa em desfavor de entidades do terceiro setor, bem como dos entes públicos repassadores de recursos a essas entidades são poucas, por que de fato as práticas dessas condutas são raras, ou demandas dessa índole não chegam ao Judiciário com a frequência que deveria, para que de fato o Judiciário possa funcionar como mecanismo de controle externo eficiente?

O que é possível perceber que mesmo com a tentativa de dificultar e evitar os desvios de recursos públicos, através de exigências necessárias de constituição

das entidades, bem como para que o poder público possa vir a realizar parcerias, na aquisição de qualificação, controle rígido, ainda existe facilidade e falhas, sobretudo no que se refere a inexigência legal de licitação para aquisição de bens e serviços nestas entidades.

Acredita-se que quando existem recursos públicos, a Lei de Licitações deve estar ao lado, já que apesar de falha, é o melhor mecanismo legal, aliado à Lei de Responsabilidade Fiscal para conduzir com mais moralidade e honestidade os destinos dos recursos públicos, que devem ser aplicados sempre na garantia do interesse público. Felizmente quanto à escolha das entidades pelo poder público para realizar parcerias, o Decreto nº 7.568 de 16 de setembro de 2011, veio regular e garantir maior isonomia e moralidade nas parcerias com o terceiro setor.

Cumprir destacar também que muitas irregularidades encontradas são no sentido de concessão de repasse sem autorização legal, ferindo brutalmente os princípios da Administração Pública, e abrindo brechas para o cometimento de prejuízos ao erário e enriquecimento ilícito dos dirigentes das entidades.

Nota-se que a partir da pesquisa realizada no Tribunal de Contas de Minas Gerais foi possível detectar que existem muitas entidades sérias que se preocupam em cumprir os objetivos sociais, e de prestar contas de suas ações e gastos. Possuem controle interno atuante e eficiente, tranquilizando a população acerca da preocupação com o destino do dinheiro público, que deve atender as necessidades sociais, já que são tantas as demandas da sociedade que clama pela implementação de políticas públicas. Cumprir destacar que as irregularidades constantemente encontradas são de ordem formal, podendo ser corrigidas a partir de orientações e sugestões.

É evidente e perceptível, através deste estudo, que também existem diversas entidades do terceiro setor que fogem das premissas sociais e caminham para a imoralidade.

Há de reconhecer que o terceiro setor é grande aliado do poder público, e que tem contribuído sobremaneira para a implementação e desenvolvimento de projetos sociais e políticas públicas marcantes no nosso país, e não pode “*a laranja podre*” contaminar as outras, uma vez que a parceria funciona, e pode funcionar bem, o que foi possível perceber neste estudo. Assim, o que seria do Estado hoje, sem a atuação do terceiro setor? Aliás, o que seria da sociedade que sofre todos os reflexos da ineficiência do Estado?

É salutar dizer que o controle é o melhor caminho para evitar que condutas imorais e ímprobos ocorram, e até mesmo para se chegar ao ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa quando for necessária.

O controle efetivo e impessoal é primordial para fiscalizar as entidades do terceiro setor que recebem incentivos públicos, bem como os órgãos públicos parceiros. O controle interno das entidades e do órgão público devem de fato funcionar. Vale lembrar que os órgãos públicos parceiros devem fiscalizar as entidades colaboradoras, visto que estes devem prestar contas ao Tribunal de Contas.

Nota-se que apesar das exigências para enquadramento das entidades como terceiro setor, que são diversas e de mais variada complexidade, o fomento público a estas entidades revela a importância da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa quando ocorrer desvios de conduta dos gestores. Com isto estar-se-á conseguindo preservar nas entidades, pessoas que realmente tem a intenção de colaborar com a prestação de serviço social e comunitário.

Deixar de aplicar recursos públicos nas entidades assistenciais está fora de cogitação porque necessitam desta fonte para realizar o trabalho proposto com eficiência, e o Estado necessita desta parceria. O que é necessário de fato é a fiscalização efetiva tanto no âmbito interno, quanto o controle externo pelo Ministério Público, Tribunal de Contas, Legislativo, sociedade e do Judiciário através das responsabilizações dos malversadores de recursos públicos.

Vale destacar que foi identificada a existência de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no período compreendido entre os anos de 2006 a 2013, aplicando a LIA às entidades do terceiro setor que atuam em colaboração com o poder público, visto que estas devem obediência aos princípios constitucionais, assim como a Administração Pública.

Desse modo, o terceiro setor é sujeito passivo de atos de improbidade administrativa sempre que receba incentivos ou subvenções do poder público. Em decorrência disso, os dirigentes de entidades desse setor estão sujeitos às sanções da Lei de improbidade administrativa.

Assim, demonstrou-se a incidência e aplicação da Lei de improbidade administrativa às entidades do referido setor, podendo assim, verificar a efetividade da mencionada Lei, apesar desta efetividade ainda se apresentar de forma tímida,

comprometendo a eficácia da Lei, em decorrência da fragilidade da atuação dos mecanismos de controle existentes.

É salutar destacar a imprescindibilidade e importância do controle realizado pelo Tribunal de Contas, dando destaque ao Tribunal de Contas de Minas Gerais, em razão dos resultados satisfatórios por ele obtidos. Isso eleva a credibilidade das entidades do terceiro setor, levando-nos a acreditar que o terceiro setor pode ser considerado fundamental para o atendimento das demandas sociais, pois está mais perto da sociedade e conhece a realidade e necessidades sociais, além de poder discutir com ela quais as prioridades e buscar através do diálogo, a melhor solução, contribuindo com o Estado, ineficiente e distante da realidade social.

Cumprido destacar que a publicidade das ações do terceiro setor é fundamental para atuação dos mecanismos de controle, principalmente do social, que encontra mais dificuldade para ter acesso aos documentos e prestações de contas das entidades. Mas esta publicidade, a divulgação das ações da entidade privada colaboradora deve se dar numa linguagem e através de meios de comunicação acessíveis que possibilite o alcance e o entendimento pela sociedade.

O controle social é fundamental, pois além da sociedade e terceiro setor estarem mais próximos, esta pode levar ao conhecimento dos demais institutos de controle as irregularidades observadas, fazendo com que a conduta seja investigada e a consequente responsabilização do gestor seja efetivada. Isto fortalece a cidadania e conseqüentemente democracia.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito brasileiro. In: **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Define as sanções a serem aplicadas aos agentes públicos.

BRASIL, **Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Decreto nº 7.568 de 16 de setembro de 2011**. Altera o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, que regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Lei 9.790 de 03 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reforma_sistematicas/sinteselegislacao/leis/LEI%2009.790.99.pdf. Acesso em: 15 de janeiro de 2012.

BRASIL. Secretaria de Gestão. Ministério do Planejamento. **Relações de Parceria entre Poder Público e Entes de Cooperação e colaboração no Brasil**. Brasília: SEGES, 2010.

CABRAL, Eloísa Helena de Souza. **Terceiro Setor: gestão e controle social**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos materiais e processuais. In: **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CASTRO, Gabriel. ONGs: o caminho fácil para a corrupção. Disponível em: www.veja.abril.com.br/noticia/brasil/ongs-o-caminho-facil-para-a-corrupcao> Acesso em: 25 /02/2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **HABERMAS e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Responsabilidade do administrador público. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 126-139, jul./set. 2002.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, Salvador, n. 44, p. 58-74, mar./abr. 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 227-244.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir da relação entre o estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008b. p. 261-

291.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: Comentários, artigo por artigo, da Lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens de diretor-presidente de companhia estatal. Desproporcionalidade da medida. Necessidade do Devido Processo Legal. Arbitrariedade da Medida. Considerações acerca da Lei 8.429/92. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 91-100, jan./mar 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 38-44, jul./set. 1999.

FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI. **Del Rey Jurídica**, Ano 10, nº. 19, p. 5-7, 2º semestre, 2008.

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

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Disponível em: <http://www.femperj.org.br/pesquisas/artigos>. Publicado em 2004. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V.II, 2.ed. tradução; Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HENRIQUES, Antonio. Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006.

MARIN, Francisco Eriberto. Entidades de Utilidade Pública: Efeitos Jurídicos de sua declaração. In: Ver. Fac. Dir. UFG, v.19/20, n.1, 1995/96. p. 39-46.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Granda da Silva Martins, NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

NUNES, Andrea. **Terceiro Setor: controle e fiscalização**. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSA, Alexandre Moraes da, GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus, 2001.

SERPA, Maria do Carmo Aboudib Varella. Terceiro Setor: retrospectiva histórica, avanços e desafios. In: **Terceiro Setor**: fundamentos e entidades de interesse social. Vitória: CEAFF, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Revista atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Regimentointerno/Reg-Int08%20Atualizado.pdf>. Acesso em 26/01/2014.

http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimenta%20coes.%20jsp?com%20rCodigo=433&n%20umero=1%20listaProcessos=10012627. Acesso em 08/02/2014.

<http://www.tribuna-da-imprensa.jusbrasil.com.br>. Acesso em 24/02/2014.

ANEXOS