

CONTROLE E IMPROBIDADE NO TERCEIRO SETOR

MALA CONDUCTA EN CONTROL Y TERCER SECTOR

Rosely da Silva Efraim*

1 Introdução; 2 O Terceiro Setor; 2.1 Parcerias e fomento do Poder Público às entidades do terceiro setor; 2.2 Instrumentos de controle das entidades do terceiro setor que podem colaborar na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa; 2.2.1 Principais mecanismos de controle interno e externo 2.2.2º controle externo exercido pelo Tribunal de Contas 3. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa no terceiro setor na jurisprudência mineira 4 Conclusão.

RESUMO

O trabalho desenvolvido 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 dogmático 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 trabajo 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.

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, § 4º 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 pesquisa 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 salientar 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 crédito 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 dogmática 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.

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)

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 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. 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 desprezar 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.

2 O TERCEIRO SETOR

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)

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 Fonseca 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 dizer 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.

Cumpre-se ressaltar que o estudo trata do terceiro setor enquanto parceiro do governo e do mercado no intuito de contribuir para a garantia do 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 discricionariedade 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 apontar 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, para 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 do terceiro setor para realizarem parcerias com o 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, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz:

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 (2007, p.187), 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.”

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.

2.1 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 noticia 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 receptora 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 sociais⁵, auxílios⁶ ou contribuições⁷, 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)⁸.

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 art. 1º da LIA, as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou crédito 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.

⁵São 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)

⁶ 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)

⁷ 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)

⁸ 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)

2.2 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.

2.2.1 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 a diminuição das barreiras 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 (2006, p. 62) destaca a necessidade da existência de um Conselho Fiscal.

A Lei nº 9.790/1999 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. 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.

Cumpra-se 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.

2.2.2 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-offício.

Janaina Schoenmaker enfatiza que: “Seja mediante provocação ou ex-ofício, 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 direto⁹ 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 neste trabalho 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 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)

⁹ O controle direto ocorrerá quando houver fiscalização por parte do Tribunal de Contas sobre dada entidade do terceiro setor (SCHOENMAKER, 2011, p. 95)

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, §2º¹⁰, 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.

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

¹⁰ 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 repassador 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.

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 Tribunal¹¹ acerca 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). 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

¹¹ Dados da entrevista. Pesquisa de campo realizada no TCEMG, em 05 de fevereiro de 2014.

Contas, a realização de tomada de contas especial, sob pena de responsabilidade solidária, sendo garantido aos envolvidos, o contraditório e ampla defesa.

Conforme apurado na entrevista realizada na Diretoria de Controle Externo do Estado do mencionado Tribunal¹² 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 TCEMG¹³, e nesta fiscalização é emitido relatório, apontando a situação encontrada nas entidades, os critérios de trabalho utilizados, a causa e efeitos da auditoria, apresentando também plano de ação de readequação caso sejam encontradas impropriedades.

¹⁵Art. 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.

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 Tribunal¹⁴, 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 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.

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

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 8.666/93, sem a devida comprovação de exclusividade e sem a justificação 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 8.666/93.

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.

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.

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 tópicos 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 4.320/64¹⁵. 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.

¹⁵ 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/14320.htm. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

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.

Cumpre se dizer, que analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a partir de seleção de julgados fornecida pela COPEQ-TJMG, foram analisados 14 (quatorze) julgados 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:

xxxxxxxxxxxxxxxx e xxxxxxxxxxxx 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 xxxxxxxxxxxx, do então Secretário Municipal de Juventude, Esporte e Lazer xxxxxxxxxxxx (ora agravante) e do Deputado Estadual xxxxxxxxxxxx, 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 idealizador 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 “xxxxxxxxx” 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 ressaltar que recentemente, no dia 6 de fevereiro de 2014, o Juiz da Comarca de Montes Claros proferiu sentença condenando xxxxxxxxxxxxxxxx, ex-prefeito de Montes Claros e o filho, xxxxxxxxxxxxxxxx, 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 xxxxxxxxxxxx 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.”

“xxxxxxxxxxxxx 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.

Cumpre-se dizer que 2 (dois) outros julgados analisados 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) dos julgados analisados, 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 Velinhos, 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 Velinhos. (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) julgados analisados, 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(dois) julgados 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.

4 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. Cumpre 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 salientar 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. Cumpre 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.

Cumprir dizer 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 consequentemente a 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. 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, franquia, 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. **Proibidade 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 Morais 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%20numero=1&%20listaProcessos=10012627. Acesso em 08/02/2014.

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

